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

31

DOCTRINA

DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

01/ La aplicación del Derecho extranjero en Iberoamérica y la Unión Europea: Paralelismos desde la diferencia. Carlos Esplugues Mota (España) 14

TEORÍA GENERAL DEL DERECHO

02/ La interpretación jurídica con perspectiva de género. Un decálogo de estándares interpretativos. Gabriel R. Juan (Argentina) 60

DERECHO DE FAMILIA

03/ Tras la constitución de 2019: ¿albores de la responsabilidad parental en Cuba? Jané Manso Lache (Cuba) 90

OBLIGACIONES Y CONTRATOS

04/ Algunas reflexiones acerca de la STJUE de 9 de julio de 2020 sobre los pactos novatorios en materia de cláusulas suelo. Carolina del Carmen Castillo Martínez (España) 132

DERECHOS REALES

05/ La nueva oportunidad de la hipoteca inversa. Ana Suyapa Fernández-Sancho Tahoces (España) 160

DERECHO PROCESAL

06/ El consentimiento en el proceso penal, ¿un oxímoron? Silvia Barona Vilar (España) 208

07/ Principios rectores en la adopción de diligencias limitativas de los derechos reconocidos en el art. 18 CE. Carolina Sanchis Crespo (España) 236

08/ Neutralidad y honorabilidad del árbitro: de la ética a la diligencia. Ana Isabel Blanco García (España). 264

DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO

09/ El crimen de agresión. ¿Es posible su persecución judicial internacional? María Carro Pitarch (España). 286

DERECHO FINANCIERO

10/ Contratos de permuta financiera ante el impuesto sobre el valor añadido. Enrique de Miguel Canuto (España) 322

DERECHO PENAL

11/ Los programas de cumplimiento penal: aspectos generales. José León Alapont (España) 354

DERECHO DEL TRABAJO

12/ Contenido de la carta individual de extinción en el marco del despido colectivo: incidencia sobre la afectación de trabajadoras embarazadas. Juan Alberto Tormos Pérez (España) 390

DERECHO Y NUEVAS TECNOLOGÍAS

13/ Un cuento de robots: la hija cibernética de Descartes. Miguel L. Lacruz Mantecón (España) 422

14/ Reflexiones a propósito de la protección de datos en el escenario global digital: el derecho de daños en la litigiosidad internacional. David Carrizo Aguado (España) 442

15/ Anulación del privacy shield en las transferencias internacionales de datos: ¿presenciamos un desplazamiento fáctico de la responsabilidad? Juan Francisco Rodríguez Ayuso (España) 476

CUESTIONES DE INTERÉS JURÍDICO

16/ Consideraciones sobre la cláusula IRPH a la luz de sus antecedentes y de la doctrina consolidada del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Carolina del Carmen Castillo Martínez (España) 504

17/ Determinación de la edad de un extranjero indocumentado. A propósito de la SAP de Barcelona, de 24 de enero de 2020. Alfonso Ortega Giménez (España) y Lerdys Heredia Sánchez (España)..... 550

18/ La inscripción de la ciudadanía en la Cuba neocolonial (1902-1919). Sucinta referencia histórico-jurídica. Alejandro Pérez Diz (Cuba) 576

COMENTARIOS JURIPRUDENCIALES

A) DERECHO DE FAMILIA

19/ En torno al artículo 76.2 del Código civil. Comentario a la SAP Barcelona núm. 21/2020, de 15 de enero. Salvador Carrión Olmos (España) 596

20/ Sobre el desequilibrio económico en materia de pensión compensatoria: algunas novedades jurisprudenciales. Comentario a las SSTS de España núm. 495/2019, de 25 septiembre 2019, núm. 100/2020, de 12 febrero 2020, y 29 junio 2020 (Rec. 3672/2019). José Ramón de Verda y Beamonte 620

21/ Liquidación de la sociedad de gananciales: el caso de la adjudicación forzosa de participaciones sociales de carácter ganancial a un solo cónyuge. Comentario a la STS de España núm. 458/2020, de 28 de julio. Romina Santillán Santa Cruz (España) 634

B) DERECHO PENAL

22/ El delito de impago de pensiones (art. 227 CP) tras la última jurisprudencia del Tribunal Supremo español (SSTS núms. 346/2020

de 25 de junio; 348/2020 de 25 de junio; y 557/2020 de 29 de octubre). Comentario a la STS núm. 348/2020 de 25 de junio. Luis de las Heras Vives (España) 650

C) DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO

23/ La constitución del parlamento en caso de presuntas irregularidades electorales. Comentario a la STEDH de 10 de julio de 2020. Caso Mugemangango c. Bélgica. Jorge Antonio Climent Gallart (España). 662

PANORAMA

24/ Dictamen profesional sobre la fusión y escisión como estrategias alternativas en un grupo de sociedades. Álvaro Bueno Biot (España) 676

RECENSIONES

25/ MARTÍNEZ CALVO, J.: La guarda y custodia, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2019. Daniela Jarufe Contreras 750

26/ BERROCAL LANZAROT, A. I.: Estudio jurídico-crítico sobre la ley orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales, Editorial Reus, Madrid, 2019. David López Jiménez 758

27/ SANTILLÁN SANTA CRUZ, R.: Disposición de bienes en la sociedad de gananciales, Palestra Editores, Lima, 2020. Pedro Chaparro Matamoros 764

28/ PÉREZ UGENA, M.: El uso on-line de la mediación, servicio de solución de conflictos, Dykinson, Madrid, 2020. Patricia Vargas Portillo 772

29/ GONZÁLEZ CABRERA, I.: Bajo el paraguas de la economía colaborativa: el transporte a escena, Dykinson, Madrid, 2020. David López Jiménez 776

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 APLICACIÓN DEL DERECHO EXTRANJERO EN IBEROAMÉRICA Y LA UNIÓN EUROPEA: PARALELISMOS DESDE LA DIFERENCIA*

THE APPLICATION OF FOREIGN LAW IN IBERO-AMERICA AND THE EUROPEAN UNION: PARALLELISMS FROM THE DIFFERENCE

Rev. Boliv. de Derecho Nº 31, enero 2021, ISSN: 2070-8157, pp. 14-59

"Este mundo es el camino para el otro, que es morada sin pesar, mas cumple tener buen tino para andar esta jornada sin errar. Partimos cuando nascemos andamos cuando bivimos y allegamos al tiempo que fenescemos; así que, cuando morimos, descansamos". Coplas a la muerte de su padre Jorge Manrique, V, 49-60

A la memoria imborrable del Prof. José Luis Iglesias Buhigues, maestro y amigo, cuya presencia constante siento, y cuya ausencia no hago más que lamentar.

Carlos
ESPLUGUES
MOTA

ARTÍCULO RECIBIDO: 14 de octubre de 2020
ARTÍCULO APROBADO: 13 de noviembre de 2020

RESUMEN: La posible aplicación de un Derecho extranjero constituye el resultado lógico de cualquier modelo de Derecho internacional privado. A pesar de su trascendencia, la cuestión no encuentra una respuesta común en un sistema integrado como el de la UE. En contraste con ello, el análisis de las soluciones alcanzadas en Iberoamérica sobre esta cuestión, amén de atribuir una dimensión novedosa a la situación europea en este ámbito, pone en valor una realidad meritoria que presenta un elevado y muy valioso grado de concierto.

PALABRAS CLAVE: Derecho extranjero; aplicación del Derecho extranjero; prueba del Derecho extranjero; alegación y prueba del Derecho extranjero; codificación internacional; Unión Europea; Latinoamérica.

ABSTRACT: *The potential application of a foreign law constitutes the logical outcome of any Private International Law' system. However, and despite its relevance, this issue lacks a common answer in the EU. In contrast to this, the analysis of the solutions drafted in Latin America as regards this issue grants a novel dimension to the European situation on this issue as well as highlights a meritorious reality that shows a high and very relevant degree of harmonization.*

KEY WORDS: *Foreign Law; application of foreign Law; proof of foreign Law; ascertainment of the content of foreign Law; international codification; European Union; Latin America.*

SUMARIO.- I. UN TEMA LATENTE Y CRECIENTEMENTE RECURRENTE. II. EL PUNTO DE REFERENCIA: LA PROCRASTINACIÓN DE LA ARTICULACIÓN DE UNA RESPUESTA COMÚN A LA CUESTIÓN DE LA APLICACIÓN DEL DERECHO EXTRANJERO POR LAS AUTORIDADES JUDICIALES NACIONALES, COMO TALÓN DE AQUILES DEL MODELO EUROPEO DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO.- 1. La carencia de una posición común respecto de la naturaleza atribuida al Derecho extranjero, y de una práctica coherente con la posición teórica adoptada.- 2. La alegación y prueba del Derecho extranjero en el proceso, y la ausencia de una posición clara respecto del papel reconocido a las partes en este proceso, con independencia de la naturaleza que le sea atribuida a aquel.- A) Dependencia del carácter imperativo o facultativo de la norma de conflicto.- B) El juego del principio iura novit curia.- C) La redefinición de los papeles asignados al juez y a las partes en el proceso de aplicación del Derecho extranjero.- 3. La determinación del contenido del Derecho foráneo y las consecuencias de su falta de prueba.- A) La prueba del Derecho extranjero, y las consecuencias de su ausencia.- B) La revisión de la aplicación o inaplicación del Derecho extranjero por los órganos superiores.- III. ¿EXPLORANDO EL OTRO LADO DEL ESPEJO?: LA SITUACIÓN EXISTENTE EN IBEROAMÉRICA EN RELACIÓN CON LA APLICACIÓN DEL DERECHO EXTRANJERO POR LOS JUECES NACIONALES.- 1. El proceso de codificación del Derecho internacional privado en Iberoamérica y su impacto en la problemática de la aplicación del Derecho extranjero por las autoridades judiciales nacionales.- A) Los Protocolos Adicionales de los Tratados de Montevideo de Derecho internacional privado de 1889 y 1940.- B) El Código de Bustamante de 1928.- C) Las Convenciones de Montevideo sobre normas generales de Derecho internacional privado y sobre prueba e información acerca del Derecho extranjero, de 8 de mayo de 1979.- 2. La proyección en el ámbito estatal de los parámetros recogidos en el plano convencional.- A) La aceptación de la aplicación de oficio del Derecho extranjero por el juez nacional.- B) Algunas soluciones indeterminadas.- C) Exigencia de prueba, y en su caso de alegación, del Derecho extranjero.- IV. EL JUEGO DE LOS ESPEJOS: SIMILITUDES DESDE LA DIVERGENCIA.

I. UN TEMA LATENTE Y CRECIENTEMENTE RECURRENTE.

La cuestión de la aplicación del Derecho extranjero por parte de los tribunales nacionales constituye un tema clásico del Derecho internacional privado, que trasciende su estricta relevancia teórica, convirtiéndose en un factor "crucial"[1] para el funcionamiento de cualquier sistema que pueda diseñarse. El modelo internacional privatista savigniano puede conducir a la aplicación de un Derecho

1 Nishitani, Y.: "Preface", en AA.VV.: *Treatment of Foreign Law–Dynamics towards Convergence?* (editado por Nishitani, Y.), Springer, The Netherlands, 2017, p. v.

• Carlos Esplugues Mota
Catedrático de Derecho internacional privado en la Universitat de València (España) desde 1997. Hasta septiembre de 2017 fue también presidente de la Asociación española de Profesores de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales. Igualmente es representante del Reino de España en la Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (UNCITRAL/CNUDMI) y ha formado parte de diversas comisiones legislativas en la UE, actuando de forma regular como árbitro y mediador internacional. Es uno de los más destacados especialistas españoles en Derecho Internacional Privado y Derecho Comercial Internacional contando con una obra, traducida al español, inglés, japonés y ruso, que es amplísima en número y materias tratadas. Correo electrónico: carlos.esplugues@uv.es.

foráneo que, con independencia de cuál sea su naturaleza final, tiende en la práctica a encontrarse en una situación de relativa inferioridad respecto del Derecho nacional[2], suscitando problemas relevantes no sólo en lo referente a su naturaleza sino, también, en relación con su tratamiento procesal.

Sin embargo, y a pesar de la aceptación generalizada de esta trascendencia en el plano comparado, estamos ante uno de esos temas cuya constante -y creciente- manifestación en la práctica diaria contrasta con la ausencia de respuestas elaboradas en múltiples ordenamientos jurídicos. Así como con la insignificancia de las soluciones articuladas hasta el momento en el plano internacional que vienen marcadas generalmente por su antigüedad, limitada ambición geográfica y no siempre amplia aplicación. No deja de resultar significativo en este sentido, la decisión adoptada en marzo de 2015 por parte del *Council on General Affairs and Policy* de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado "to remove from the Agenda of the Hague Conference the topic of accessing the content of foreign law, with the understanding that this issue may be revisited at a later stage"[3].

Las respuestas ofertadas a la cuestión de la naturaleza atribuida al Derecho extranjero, de su tratamiento procesal y de los medios de verificar su contenido por parte de las autoridades judiciales, y también extrajudiciales, de los diversos Estados, o las potenciales vías de recurso ante la ausencia o incorrecta aplicación del Derecho foráneo, entre otras cuestiones, varían de forma notable de país a país, generando problemas varios en la práctica diaria de los distintos modelos de Derecho internacional privado. Llama así la atención que incluso en espacios jurídicamente armonizados como pueda ser el europeo, en el que interactúan un conjunto de instrumentos dotados de un alto grado de sofisticación, que cubren un número importante de materias, se carece de una respuesta normativa armonizada a esta relevante cuestión, lo que incide negativamente en el funcionamiento del sistema como un todo.

Lejos de atenuarse, además, la relevancia de la cuestión se acrecienta. El constante incremento del número de relaciones jurídico-privadas internacionales, unido a realidades terceras, como las propuestas formuladas en diversos Estados de los Estados Unidos de América del Norte[4], o a la creciente relevancia de

2 Carrillo Salcedo, J.A.: *Derecho internacional privado. Introducción a sus problemas fundamentales*, Madrid, Tecnos, 1971, p. 254.

3 Hcch, *Conclusions & Recommendations Adopted by the Council on General Affairs and Policy of the Conference (24-26 March 2015)*, disponible en: https://assets.hcch.net/upload/wop/gap2015concl_en.pdf Tanto estos enlaces, como el resto de los utilizados en este artículo, se entienden visitados por última vez el 12.10.2020).

4 Vid. Esplugues, C.: "¿Nuevos derroteros del Derecho internacional privado? El caso de la normativa estatal americana prohibiendo la aplicación del Derecho extranjero por sus tribunales y autoridades", *InDret Privado. Revista para el Análisis del Derecho,* núm. 2, 2015, pp. 25 y ss.

la cuestión en el plano arbitral[5], están dotando de un renovado protagonismo a la problemática de la aplicación del Derecho extranjero por las autoridades judiciales y extrajudiciales nacionales. En este sentido, las recientes reformas de los modelos de Derecho internacional privado de algunos países Iberoamericanos ofrecen una oportunidad idónea para analizar cuál ha sido el tratamiento de esta problemática en el subcontinente, y valorar qué perspectivas de futuro se aprecian en relación con ella. En esta tarea, el examen, breve, de los muy limitados resultados obtenidos en este sector en Europa sirve, a su vez, para contextualizar y, en ocasiones, poner en valor, las respuestas aportadas en Iberoamérica. En este análisis nos focalizaremos en la aplicación del Derecho extranjero por los jueces estatales, dejando de lado el estudio de la realidad extrajudicial.

II. EL PUNTO DE REFERENCIA: LA PROCRASTINACIÓN DE LA ARTICULACIÓN DE UNA RESPUESTA COMÚN A LA CUESTIÓN DE LA APLICACIÓN DEL DERECHO EXTRANJERO POR LAS AUTORIDADES JUDICIALES NACIONALES, COMO TALÓN DE AQUILES DEL MODELO EUROPEO DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO.

La aplicación del Derecho extranjero por las autoridades judiciales estatales ha sido calificada de forma gráfica como la "crux of the conflict of laws"[6]. A pesar de esta relevancia, resulta muy significativo que el largo y fructífero proceso de armonización del Derecho internacional privado desarrollado en el seno de la Unión Europea no haya dado lugar a soluciones comunes en relación con esta cuestión[7]. Que no se hayan elaborado, y que, además, no se vislumbren, tampoco, a corto o medio plazo.

La Unión cuenta con un amplio y sofisticado sistema de Derecho internacional privado destinado a ofrecer a los ciudadanos el máximo nivel de certeza, a la hora de especificar el marco jurídico aplicable a las diversas situaciones privadas con elementos de internacionalidad en que puedan verse envueltos. Este rico y complejo sistema diseñado, en el que se combinan normas de competencia judicial internacional, de ley aplicable y de reconocimiento y ejecución de resoluciones extranjeras, los tres ámbitos clásicos del Derecho internacional privado, carece, sin embargo, de una norma que, de manera sencilla, previsible y, sobre todo,

5 Vid. Esplugues, C.: "The Application of Foreign Law by Judicial and Non-Judicial Authorities: Any News?", *ZZPInt*, 2019, vol. 24, p. (en prensa).

6 Fentiman, R.: *Foreign Law in English Courts. Pleading, Proof and Choice of Law,* Oxford, OUP, 1998, p. 1.

7 Con la sola excepción del mandato contenido en el art. 30.1.i) del Reglamento (CE) nº 864/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11.7.2007, relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales (Roma II), DO L 199, de 31.7.2007, y en la "Declaración de la Comisión sobre el tratamiento de la ley extranjera", anexo al anterior (p. 49), y que refieren, ambos, a la obligación de que se publique cuatro años después de la plena eficacia del Reglamento "un estudio horizontal sobre la aplicación del Derecho extranjero en asuntos civiles y mercantiles por los tribunales de los Estados miembros, teniendo en consideración los objetivos del Programa de La Haya" (p. 49), y sobre su impacto en el funcionamiento del Reglamento. Algo que no ha ocurrido hasta la fecha.

común, permita a las autoridades judiciales determinar el contenido del Derecho convocado por la norma de conflicto europea[8].

La trascendencia objetiva de la carencia de una respuesta armonizada sobre esta cuestión se ve incrementada por el hecho de que en seno de la Unión coexisten una amplia pluralidad de soluciones en relación con la pluralidad de problemas que genera la determinación del contenido del Derecho extranjero convocado por la norma de conflicto recogida en los distintos instrumentos europeos[9].

Desde una perspectiva macro, esta situación conduce al debilitamiento global del proceso de armonización del Derecho internacional privado europeo. Y conlleva el correlativo peligro de socavar la efectividad y eficiencia de sus soluciones, sobre todo en el plano del Derecho aplicable[10]. En la medida en que, amén de favorecer el "*forum shopping*", fomenta el territorialismo y constituye un acicate para la aplicación del Derecho nacional por los tribunales de los distintos Estados de la Unión, perjudicando la armonía en las decisiones alcanzadas por ellos[11].

A su vez, desde una perspectiva micro, la carencia de una norma común europea sobre la aplicación del Derecho extranjero daña la certeza y previsibilidad de las respuestas ofrecidas por el sistema y, por ende, las expectativas jurídicas -y vitales- de todos los que viven y desarrollan su actividad en el territorio europeo, al suponerles, entre otros efectos, la imposición de respuestas más onerosas y, en todo caso, no siempre previstas por ellos[12]. Como la Comisión Europea reconoce[13], todo lo anterior se traduce en un aumento de los riesgos jurídicos

8 Una situación que recuerda a la descrita en su día por Cavers respecto de los Estados Unidos de América del Norte al señalar que: "while the conduct of business and certain social activities may be embarrassed by a want of uniformity in the laws of the forty-eight states that embarrassment springs primarily from the cost and difficulty of ascertaining accurately the content of those laws and not from the admitted difficulty of predicting their territorial application." (Cavers, D.F.: "A Critique of the Choice-of-Law Problem", *Harv.L.Rev.*, 1933-1934, vol. 47, p. 199).

9 Esplugues, C.: "The Long Road towards a Common Rule on the Application of Foreign Law by Judicial Authorities in Europe", *ZZPInt*, 2009, vol. 14, pp. 202-204.

10 Vid. Esplugues Mota, C.: "La imperfección de la perfección: la ausencia de reglas comunes sobre aplicación del derecho extranjero por los jueces, como talón de Aquiles del proceso europeo de armonización del derecho internacional privado", en AA.VV.: *Estudios jurídicos en homenaje a Vicente L. Montés Penadés* (editado por Blasco Gascó, F., Clemente Meoro, M., Orduña Moreno, J. *et al.*), Valencia, Tirant lo Blanch, 2011, vol. I, p. 977 y ss.

11 Jänterä-Jareborg, M.: "Application of Foreign Law in Swedish Courts – Recent Developments", en AA.VV, *Modern Issues in European Law Nordic Perspectives Essays in Honour of Lennart Palsson* (editado por Melander, G.), Dordrecht, Brill / Nijhoff, 1997, p. 98; Jänterä-Jareborg, M.: "Foreign Law in National Courts a Comparative Perspective", *Recueil des Cours*, 2003, vol. 204, p. 218.

12 Al respecto, Azcárraga Monzonís, C.: "The Urgent Need for Harmonisation of the Application of Foreign Laws by National Authorities in Europe", *IJPL*, vol. 3, núm. 1, 2013, pp. 106-110.

13 Vid. European Commission: *Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and the Committee of the Regions. A Common European Sales Law to Facilitate Cross-Border Transactions in the Single Market*, Brussels 11.10.2011 COM (2011) 636 final, p. 2 (http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2011:0636:FIN:EN:PDF) y European Commission: *Proposal for a Regulation of the European Parliament and the Council on a Common European Sales Law*, Brussels 11.10.2011

asociados a los litigios con elementos de extranjería, amén de en un incremento, tanto del coste, como de la duración de éstos[14].

1. La carencia de una posición común respecto de la naturaleza atribuida al Derecho extranjero, y de una práctica coherente con la posición teórica adoptada.

Históricamente, el Derecho extranjero se ha visto atribuido distintos tratamientos ante los tribunales estatales. Fundamentalmente, su aproximación como un mero hecho se ha combinado con la aceptación de su condición jurídica: es un Derecho, extranjero, pero Derecho a la postre, y debe ser tratado como tal por los tribunales nacionales que lo aplican al amparo de sus normas de Derecho internacional privado[15]. Esta posición dual se ve reproducida en los distintos países de la Unión Europea. Así, un análisis de las soluciones mantenidas en ellos pone de manifiesto como:

1) La mayoría de los Estados de la Unión atribuyen una naturaleza jurídica al Derecho extranjero cuando éste es abordado o valorado por sus tribunales[16]. Sin embargo, y a partir de la aceptación de esta condición, los diversos países europeos presentan notables diferencias, tanto en lo relativo a la fundamentación normativa de esta premisa, como en relación con la claridad y amplitud del reconocimiento de la naturaleza jurídica del Derecho foráneo. En algunas ocasiones, la condición jurídica atribuida tiene una base legal más o menos explícita[17], con independencia de las mayores o menores críticas que esta opción reciba[18]. En otros casos, por el

COM (2011) 635 final 2011/0284 (COD), p. 3 (https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2011:0635:FIN:en:PDF).

14 Fentiman, R.: *Foreign Law,* p. 283.

15 Considérese, Nishitani, Y.: "Treatment of Foreign Law: Dynamics Towards Convergence? General Report", en AA.VV.: *Treatment of Foreign Law–Dynamics towards Convergence?* (editado por Nishitani, Y.), Springer, The Netherlands, 2017, pp. 17-20. Un análisis de los argumentos a favor y en contra se encuentran en Hartley, T.C.: "Pleading and Proof of Foreign Law: The Major European Systems Compared", *ICLQ,* 1996, pp. 272-274; Jänterä-Jareborg, M.: "Foreign Law", cit., pp. 228-229 y p. 264 y ss.

16 Al respecto, Esplugues, C.: "General Report on the Application of Foreign Law by Judicial and Non-Judicial Authorities in Europe (Project JLS/CJ/2007-1/03)", en AA.VV., *Application of Foreign Law*, Munich (editado por Esplugues, C., Iglesias, J.L. y Palao, G.), Sellier, 2011, p. 10; Geeroms, S.: *Foreign Law in Civil Litigation: A Comparative and Functional Analysis*, Oxford, OUP, 2004, p. 42 y ss.

17 Tal sería el caso, por ejemplo, de Austria, Bélgica, Eslovenia, Estonia, Grecia, Hungría, Italia, Portugal, República Checa y, hasta cierto punto, Bulgaria y Rumania. Considérese en este sentido, Esplugues, C.: "General Report", cit., p. 11.

18 Así, por ejemplo, en países como Bélgica o Italia, esta opción se encuentra sometida a presión (Vid. Esplugues, C.: "General Report", cit., pp. 11-12). En relación específicamente con Italia, nótese, Queirolo, I. (coord.): "Italy", en AA.VV.: *Application of Foreign Law by Judicial and Non-Judicial Authorities in Europe*, Munich (editado por Esplugues, C., Iglesias, J. L. y Palao, G.), Sellier, 2011, pp. 239-242. También, Boschiero, N. y Ubertazzi, B., "Italy: Proof and Information about Foreign Law in Italy", en AA.VV.: *Treatment of Foreign Law–Dynamics towards Convergence?* (editado por Nishitani, Y.), Springer, The Netherlands, 2017, pp. 260-263. Respecto de Bélgica, nótese, Traest, M.: "Belgium", en AA.VV.: *Application of Foreign Law by Judicial and Non-Judicial Authorities in Europe*, Munich (editado por Esplugues, C., Iglesias, J. L. y Palao, G.), Sellier, 2011, pp. 129-130 y Wautelet, P.: "Belgium: Foreign Law in Belgian Courts – From Theory to Practice", en AA.VV.: *Treatment of Foreign Law–Dynamics towards Convergence?* (editado por Nishitani, Y.), Springer, The Netherlands, 2017, pp. 69-70.

contrario, esta naturaleza se imputa, a través de vías diversas, sin que exista base normativa expresa alguna[19].

2) En contraste con lo anterior, en otros países de la Unión, la minoría, el Derecho foráneo se ve atribuida una condición fáctica. Se trata, generalmente, de naciones vinculadas a la tradición jurídica británica como Malta[20], Chipre[21] o Irlanda[22]. Aunque también España[23] y Luxemburgo[24], ambos de base continental, siguen en Europa esta posición, cada uno de ellos por razones varias.

La realidad, empero, es mucho más compleja que la teoría, y la diferenciación entre estos dos grandes grupos de países se encuentra plena de matizaciones y excepciones en el panorama jurídico europeo; restándole valor, y atribuyéndole un carácter altamente aleatorio.

1) En primer lugar, la realidad práctica manifiesta que, junto a la doble alternativa manejada -naturaleza jurídica y naturaleza fáctica del Derecho extranjero- existe un reducido número de Estados que le atribuyen una condición híbrida. Se conforma, así, una especie de *tertium genuus* que no siempre es claramente definido, y que resulta dependiente de factores diversos como pueda ser el de la posible revisión de la aplicación del Derecho extranjero por parte de un órgano judicial superior[25].

2) Junto a ello, en segundo lugar, el panorama jurídico europeo muy pocas veces, prácticamente nunca, refleja una proyección lineal en la práctica diaria de cualquiera de las distintas posiciones teóricas mantenidas en relación con la naturaleza del Derecho foráneo. Ningún Estado miembro de la Unión parece aceptar de forma plena las consecuencias derivadas del apoyo a una naturaleza jurídica, fáctica o híbrida, del Derecho extranjero[26].

Al contrario, se observan importantes incoherencias en la proyección de ésta en la realidad práctica vinculadas, por ejemplo, a la naturaleza facultativa o imperativa atribuida a las normas de conflicto. En muchos casos, además, estas

19 En tal sentido, Alemania, Francia, los Países Escandinavos o Polonia. Vid. Esplugues, C.: "General Report", cit., p. 13).

20 Vid. Sciberras, T. y Borg, K.A.: "Malta", en AA.VV.: *Application of Foreign Law by Judicial and Non-Judicial Authorities in Europe*, Munich (editado por Esplugues, C., Iglesias, J. L. y Palao, G.), Sellier, 2011, p. 266.

21 Al respecto, Emilianides, A.C.: "Cyprus", en AA.VV.: *Application of Foreign Law by Judicial and Non-Judicial Authorities in Europe*, Munich (editado por Esplugues, C., Iglesias, J. L. y Palao, G.), Sellier, 2011, pp. 161-162.

22 Binchy, W.: *Irish Conflicts of Law*, Dublin, Butterworth, 1988, p. 104 y ss.

23 Vid. Azcárraga Monzonís, C.: "Spain: The Application of Foreign Laws in Spain – Critical Analysis of the Legal Novelties of 2015", en AA.VV.: *Treatment of Foreign Law–Dynamics towards Convergence?* (editado por Nishitani, Y.), Springer, The Netherlands, 2017, pp. 331-332.

24 C.App., 22.12.1916, *Pasicrise Lux.* 10.14; Tr.Arr. Luxembourg, 5.11.1997, n. 3/97. Vid. Cuniberti, G. y Rueda, I.: "Luxembourg", en AA.VV.: *Application of Foreign* cit., p. 256.

25 Así ocurre, por ejemplo, en Letonia, Lituania y, hasta cierto punto, en los Países Bajos. Vid. Esplugues, C.: "General Report", cit., pp. 16-17.

26 Hartley, T.C.: "Pleading and Proof", cit., p. 271.

incoherencias no dejan de ser manifestaciones de temores, prejuicios e, incluso, tentaciones, de los distintos órganos jurisdiccionales[27]. En ocasiones exacerbados por el papel relevante atribuido a la normativa procesal de cada Estado en ámbitos tales como la alegación y prueba del Derecho extranjero, la determinación de su contenido, la aplicación del principio *iura novit curia* en relación con el Derecho extranjero en el proceso, o el juego del sistema de recursos en los casos en que éste debe ser aplicado, a los que seguidamente nos referiremos.

2. La alegación y prueba del Derecho extranjero en el proceso, y la ausencia de una posición clara respecto del papel reconocido a las partes en este proceso, con independencia de la naturaleza que le sea atribuida a aquel.

Como punto de partida, la naturaleza atribuida al Derecho extranjero marca de forma clara el papel jugado por las partes, y por los tribunales, en lo relativo a la alegación y prueba de aquel en el marco de un proceso[28].

En los lugares en que el Derecho extranjero se ve dotado de una condición jurídica, deberían ser los tribunales, en detrimento de las partes, quienes se vean atribuidos un papel plenamente activo y de liderazgo respecto de su aplicación, y de la verificación de su vigencia y contenido. Las cuestiones de derecho deben ser consideradas por el tribunal *ex officio,* y se entienden subordinas al principio *iura novit curia*, resultando su aplicación sometida al control por parte de los tribunales superiores. Correlativamente con este papel activo reconocido al juez, las partes no deberían verse compelidas a alegar o probar el Derecho foráneo y su contenido, esperándose de ellas una posición totalmente pasiva al respecto.

En claro contraste con lo anterior, cuando el Derecho extranjero se ve tratado como un mero hecho, son las partes las que se verían otorgadas una posición activa, y casi exclusiva, en lo referente a su alegación y prueba de su contenido y vigencia. Siendo los tribunales, consecuentemente, los que pasan a adoptar una posición meramente pasiva al respecto[29]. Las cuestiones fácticas exceden las atribuciones del juez, y deben ser alegadas y probadas por las partes en consonancia con el principio de libre disposición sobre el que se articulan los diversos procesos civiles europeos. Los hechos quedan sujetos a la evidencia aportada por las partes al juez, y resultan vinculantes para los tribunales superiores[30]. Sin esta información, el juez no puede, ni saber que existe un Derecho distinto del nacional susceptible de ser

27 Jänterä-Jareborg, M.: "Application of Foreign", cit., pp. 79-80.

28 Vid. Lalani, Sh.: "Establishing the Content of Foreign Law: A Comparative Study", *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 2013, vol. 20, pp. 75-112; Geeroms, S.: *Foreign Law,* cit., p. 15 y ss.

29 Hausman, R.: "Pleading and Proof of Foreign Law – a Comparative Analysis", *The European Legal Forum,* 1-2008, p. 1-2; Hartley, T.C.: "Pleading and Proof", cit., pp. 271-272.

30 Hausman, R.: "Pleading and Proof", cit., p. 1-2.

aplicado, ni determinar –*sua sponte*– su contenido, debiendo, consecuentemente, esperar a que alguna de las partes alegue su eventual aplicación[31].

La práctica, no obstante, difiere notablemente de estos rígidos parámetros teóricos. Como seguidamente veremos, la dependencia, en última instancia, del papel atribuido a las partes y al juez del carácter facultativo o imperativo concedido a la norma de conflicto (A), se combina con una aplicación del principio *iura novit curia* respecto del Derecho extranjero que, en la mayoría de los Estados miembros de la Unión, resulta en demasiadas ocasiones más teórica que real (B). Ello, unido a otros factores de índole diverso, conducen a que la actuación de los tribunales y de las partes en el proceso de alegación y prueba de Derecho foráneo se aleje notablemente de los papeles que les son idealmente asignados en las distintas aproximaciones teóricas existentes (C).

A) Dependencia del carácter imperativo o facultativo de la norma de conflicto.

En línea con lo apuntado con anterioridad, gran parte de los países que apoyan la condición jurídica del Derecho extranjero reconocen de forma expresa el papel de liderazgo jugado por el juez a la hora de determinar su aplicación, y fijar su vigencia y contenido. Y, correlativamente, la ausencia de un papel activo asignado a las partes en esta tarea[32]. El propio Instituto de Derecho Internacional en su Resolución sobre *Equality of Treatment of the Law of the Forum and of Foreign Law*, aprobada en su sesión de Santiago de Compostela, de 1989, recomendaba a los Estados, en cuanto lo permitan sus normas procesales, que al poner en práctica las normas de conflicto, y atendida su naturaleza bilateral que permite referir la situación al Derecho nacional o al extranjero, "require their competent authorities to raise ex officio the question of the application of the choice of law rule" y cuando sea aplicable "apply ex officio the foreign law determined by it"[33].

Sin embargo, en muchas ocasiones la delimitación exacta de estos papeles asignados al juez y a las partes resultan dependientes, en última instancia, del carácter imperativo o facultativo atribuido a las normas de conflicto[34]. Así, en aquellos supuestos en que éstas cuentan con una naturaleza imperativa, las partes devienen más pasivas al ser los tribunales quienes se ven impelidos a aplicar *ex officio* el Derecho convocado por la oportuna norma de conflicto[35]. Mientras

31 Por su parte, aquellos países que proceden a conceder una naturaleza híbrida al Derecho extranjero mantienen ciertas diferencias entre sí en relación con el papel jugado por el juez y las partes en relación con el Derecho extranjero. Vid. al respecto, Esplugues, C.: "General Report", cit., pp. 28-29.

32 Este sería el caso de Alemania, Austria, Bélgica, Bulgaria, Eslovaquia, Eslovenia, Estonia, Grecia, Hungría, Italia, Polonia, Portugal, Rumania o la República Checa. Vid. en tal sentido, Esplugues, C.: "General Report", cit., pp. 22-25.

33 II.a), https://www.idi-iil.org/app/uploads/2017/06/1989_comp_02_en.pdf.

34 Jänterä-Jareborg, M.: "Foreign Law", cit., p. 243.

35 Basedow, J.: *The Application of Foreign Law – Comparative Remarks on the Practical Side of Private International Law*, Max Planck Private Law Research Paper, núm. 14/17, p. 86.

que, por el contrario, cuando la norma de conflicto se ve asignada una condición facultativa, y con independencia de la naturaleza jurídica que le sea atribuida al Derecho extranjero, las partes se ven requeridas a alegar la aplicación de éste al tribunal, y a probarle su contenido, con vistas a que el órgano judicial proceda a su toma en consideración: la situación existente en Francia[36] o en los países escandinavos[37] constituirían buenos ejemplos de ello.

B) El juego del principio iura novit curia.

Por su parte, y respecto de la aceptación y efectividad del juego del principio *iura novit curia* en relación con el Derecho extranjero, llama la atención las diferencias existentes en los distintos Estados de la Unión Europea que atribuyen naturaleza jurídica al Derecho foráneo. En este sentido, en la práctica, sólo un número reducido de países -cuatro[38]- reconocen de forma plena la naturaleza jurídica del Derecho extranjero, y los efectos derivados de tal aceptación: entre ellos, el de su conocimiento y aplicación automática por la autoridad judicial. Por contra, la mayoría de los sistemas jurídicos europeos asumen la imposibilidad del juez nacional de conocer el Derecho de todos los países del mundo y, en consecuencia, entienden que el juego del principio *iura novit curia* queda limitado exclusivamente al Derecho interno[39]. Lo que, como veremos seguidamente, conlleva el correlativo reconocimiento a las partes de un papel a la hora de averiguar el contenido y vigencia del Derecho extranjero convocado por la norma de conflicto.

C) La redefinición de los papeles asignados al juez y a las partes en el proceso de aplicación del Derecho extranjero.

La dependencia del carácter imperativo o facultativo de la norma de conflicto, y el rechazo del juego del principio *iura novit curia* en relación con el Derecho extranjero en la mayoría de los países que apoyan la condición jurídica de aquel, entre otros factores, presentan un impacto directo en la concreción de los papeles asignados a las partes y al juez en el proceso de la alegación y prueba del contenido del Derecho foráneo; hasta el punto de redefinirlos.

36 C.Cass. (Civ.), 11.10.1998, *Rebouh* & C.Cass. (Civ.), 18.10.1988, *Schule*, ambas en *J.D.I.*, 1989, 349. Vid., Hausman, R.: "Pleading and Proof", cit., p. 1-4; Solenik, D.: *L'application de la loi étrangère par les juges du fond anglais et français : réflexions pour une approche convergente dans l'espace européen*, Paris, Le Manuscrit, 2006, p. 198 y ss.; Mélin, F.: *La connaissance de la loi étrangère par les juges du fond (Recherches sur l'infériorité procédurale de la loi étrangère dans le procès civil)*, Aix-en-Provence, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2002, p. 137.

37 Jänterä-Jareborg, M.: "Foreign Law", cit., p. 277-280; Ervo, L. *et al,* "Scandinavian Countries", en AA.VV.: *Application of Foreign Law by Judicial and Non-Judicial Authorities in Europe*, Munich (editado por Esplugues, C., Iglesias, J. L. y Palao, G.), Sellier, 2011, p. 329; Hartley, T.C.: "Pleading and Proof", cit., pp. 289-290.

38 En concreto, Bélgica, Eslovenia, Hungría y Portugal. Vid. al respecto, Esplugues, C.: "General Report", cit., pp. 32-33.

39 Vid. Esplugues, C.: "General Report", cit., pp. 33-36.

Con independencia de la posición teórica de base mantenida en relación con la naturaleza del Derecho foráneo –jurídica, fáctica o, incluso, híbrida-, la conjunción de todos estos elementos se traduce en que ni las partes ni el juez cuentan con una posición plenamente pasiva o activa en relación con la alegación y prueba de su vigencia y contenido. Antes, al contrario, ambos acaban compartiendo una actitud proactiva en la determinación de su contenido, con vistas a su aplicación. El propio Instituto de Derecho Internacional, en su mencionada Resolución de 1989 sobre *Equality of Treatment of the Law of the Forum and of Foreign Law* no duda en resaltar esta idea de colaboración entre el juez y las partes, al afirmar que resulta recomendable que las autoridades judiciales, a través de los medios disponibles de acuerdo con su Derecho procesal, "should be able to take the necessary initiatives to ascertain the content of foreign law as applied in the foreign country, in particular by seeking the assistance of the parties."[40]

El análisis de la práctica europea refleja que la intensidad y amplitud de la actuación de unos y otros, y el grado de obligatoriedad que acompaña a ésta, varía de forma notable a lo largo del continente europeo. Y, de hecho, en muchas ocasiones se carece de soluciones jurídicas claras[41], lo que afecta negativamente a la seguridad jurídica y a la previsibilidad.

En todo caso, el papel suplementario eventualmente atribuido a las partes en el proceso de verificación del contenido del Derecho extranjero implica para éstas costes adicionales, planteando la cuestión del acceso a la asistencia jurídica gratuita de acuerdo con el artículo 47[42] de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea[43]. Una posibilidad que se aborda con un planteamiento restrictivo cuando las partes tienen la obligación de probar al juez la vigencia y el contenido del Derecho extranjero aplicable al fondo del litigio. Y que, se dice, sin que exista una respuesta clara y unívoca al respecto en Europa, que se aproxima de una manera más flexible cuando es el juez quien solicita auxilio al respecto a las partes[44].

40 II.b).

41 Vid. Esplugues, C.: "General Report", cit., pp. 39-45; Mélin, F.: *La connaissance*, cit., p. 82 y ss.

42 Art. 47 – Derecho a la tutela judicial efectiva y a un juez imparcial: "Toda persona cuyos derechos y libertades garantizados por el Derecho de la Unión hayan sido violados tiene derecho a la tutela judicial efectiva respetando las condiciones establecidas en el presente artículo. Toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa y públicamente y dentro de un plazo razonable por un juez independiente e imparcial, establecido previamente por la ley. Toda persona podrá hacerse aconsejar, defender y representar. Se prestará asistencia jurídica gratuita a quienes no dispongan de recursos suficientes siempre y cuando dicha asistencia sea necesaria para garantizar la efectividad del acceso a la justicia."

43 DO C 364 de 18.12.2000. Significativamente, la Directiva 2002/8/CE del Consejo, de 27.1.2003, destinada a mejorar el acceso a la justicia en los litigios transfronterizos mediante el establecimiento de reglas mínimas comunes relativas a la justicia gratuita para dichos litigios (DO L 26 de 31.1.2003) mantiene silencio en relación con este punto.

44 Al respecto, Esplugues, C.: "General Report", cit., pp. 57-59.

3. La determinación del contenido del Derecho foráneo y las consecuencias de su falta de prueba.

Los distintos sistemas jurídicos europeos coinciden en la exigencia de probar de forma válida y suficiente el contenido del Derecho extranjero convocado por la norma de conflicto, como requisito ineludible para su aplicación por el juez. Una aplicación que, además, deberá intentar realizarse en los mismos términos en que lo haría el operador jurídico del país de origen[45].

Por su propia naturaleza, ésta es una cuestión que debe decidir el juez con base en la información reunida. En este sentido, el Derecho extranjero sólo será aplicado si el tribunal considera que ha alcanzado un conocimiento suficiente de su contenido e interpretación en el país de origen. Una operación puramente subjetiva que deberá determinarse caso a caso[46]. Una vez más, la posibilidad de revisión de la no aplicación, o incorrecta aplicación, del Derecho extranjero encuentra diversas soluciones en los distintos países de la Unión.

A) La prueba del Derecho extranjero, y las consecuencias de su ausencia.

La realidad europea manifiesta, tanto la presencia de una exigencia común en cuanto a la necesidad de determinar el contenido del Derecho foráneo con el objeto de proceder a su aplicación en los mismos términos en que sería aplicado por los tribunales del Estado que lo promulgó. Como la existencia de diferentes estándares de prueba en el continente.

La convivencia en Europa de culturas jurídicas variadas, unido a la pervivencia de criterios diversos a la hora de determinar el contenido del Derecho extranjeros, o la presencia de posibles plazos establecidos por el juez para desarrollar este objetivo, juegan en contra de la existencia de una práctica uniforme en este ámbito, y pueden conducir a soluciones imprevisibles e inequitativas, minando, como resultado final, el proceso de armonización del Derecho internacional privado europeo[47].

45 En consonancia con la naturaleza misma de la norma de conflicto. Vid. Esplugues Mota, C., "La determinación del derecho aplicable a las situaciones jurídico privadas internacionales: aspectos generales", en AA.VV., *Derecho internacional privado* (editado por Esplugues, C., Iglesias, J.L. y Palao, G.), Valencia, Tirant lo Blanch, 14ª ed., 2020, pp. 230-231.

46 Nótese en relación con este punto, Markesinis, B. y Fedtke, J.: *Giudici e diritto straniero. La pratica del diritto comparator,* Bologna, Il Mulino, 2009, p. 241 y ss. De hecho, los medios utilizados por los tribunales y las partes con vistas a determinar el contenido del Derecho extranjero son, quizás, y con independencia de la naturaleza finalmente atribuida a éste, uno de los pocos aspectos en los que, aun perviviendo diferencias, se constata la presencia de una cierta armonía, que no uniformidad, en Europa. Vid., Esplugues, C.: "General Report", cit., pp. 48-55.

47 Como ocurre en Austria (§4 (2) IPRG); Bélgica (art. 15.2.II CPIL); Eslovaquia (art. 53 PILA); Estonia (§4 (4) PILA) o la República Checa (art. 53 PILA).

Significativamente, tampoco existe una respuesta común para aquellos supuestos en que los jueces europeos consideran que el Derecho extranjero no ha sido suficientemente probado y no puede, por lo tanto, ser aplicado. Ciertamente, con más o menos amplitud, y con fundamentaciones diversas, los distintos Estados Miembro aceptan que en estos casos deberá procederse a aplicar la *lex fori*[48].

A la vez, sin embargo, se tiende a pensar en esta posibilidad como un *último recurso.* Como una respuesta aportada, únicamente, cuando hayan sido realizados todos los posibles esfuerzos para determinar el contenido del Derecho extranjero, y sin que pueda entenderse como suponiendo un incentivo para la aplicación del Derecho nacional[49]: Francia[50] o Eslovenia[51] constituirían buenos ejemplos de ello.

Como decimos, la aplicación del Derecho del foro en lugar del Derecho extranjero convocado por la norma de conflicto se presenta como la regla más habitual en Europa. Mas su aceptación, y puesta en práctica, parecería ser realizada con cierta prevención por parte de los tribunales en cuanto supone, de alguna manera, un fracaso del sistema conflictual. En este sentido, la realidad europea muestra el diseño de algunas respuestas alternativas, o complementarias, en algunos países del continente[52]. Se observan, de esta suerte, referencias a "any other relevant choice-of-law rule" (Italia)[53], a "whichever law would be competent in the alternative" (Portugal)[54] o a la aplicación del contenido "probable" del Derecho foráneo (Alemania[55] y Suecia[56]). Así como al recurso al Derecho Sueco, si esto se entiende como aceptable y equitativo (Suecia)[57]; a la aplicación de otras normas del propio Derecho extranjero convocado por la norma de conflicto (Bulgaria[58]); a la referencia a la ley de un tercer país que tenga una mayor vinculación más íntima

48 Considerése al respecto, Esplugues, C.: "The Long Road", cit., p. 219; Esplugues, C.: "General Report", cit., pp. 70-72.

49 Basedow, J.: *The Application*, cit., p. 96.

50 Jänterä-Jareborg, M.: "Foreign Law", cit., pp. 292; Carneloup, S.: "The Evoling Balance Between the Judge and the Parties in France", en AA.VV.: *Treatment of Foreign Law–Dynamics towards Convergence?* (editado por Nishitani, Y.), Springer, The Netherlands, 2017, p. 173.

51 Knez, R. y Rosic, V.: "Slovenia", en AA.VV.: *Application of Foreign Law by Judicial and Non-Judicial Authorities in Europe*, Munich (editado por Esplugues, C., Iglesias, J. L. y Palao, G.), Sellier, 2011, p. 347.

52 Considérese, Mélin, F.: *La connaissance*, cit., p. 247 y ss.

53 Art. 14(2) PILA. Vid. Mengozzi, P.: *La riforma del diritto internazionale private italiano. La legge 31 maggio 1995 n. 218*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2ª ed., 1997, pp. 65-67.

54 Art. 23(2) CC. Al respecto, Moura Ramos, R.M.: "Proof of and Information about Foreign Law", *Bol. Fac. Direito U. Coimbra*, 2014, vol. 90-1, pp. 437-438.

55 BGH, 23.12.1981, IVb ZR 643/80, NJW 1982, 1215. Vid. Geeroms, S.: *Foreign Law, cit.,* p. 211.

56 Ervo, L. *et al*: "Scandinavian Countries", cit., p. 71.

57 Ervo, L. *et al*: "Scandinavian Countries", cit., p. 71.

58 Natov, N.: "Bulgaria", en AA.VV.: *Application of Foreign Law by Judicial and Non-Judicial Authorities in Europe*, Munich (editado por Esplugues, C., Iglesias, J. L. y Palao, G.), Sellier, 2011, pp. 151-152.

con la disputa (República Checa[59], Alemania[60] o Eslovaquia[61]) o, sin más, al recurso a los principios de Derecho aceptados internacionalmente (Países Bajos[62]).

En un pequeño grupo de países, la ausencia de prueba del Derecho extranjero ha conducido, incluso, a la desestimación de la pretensión en ciertos casos: España[63] o Suecia[64] constituyen buenos ejemplos de ellos.

B) La revisión de la aplicación o inaplicación del Derecho extranjero por los órganos superiores.

La posibilidad de revisión por un órgano superior de la eventual sentencia dictada, con base en la inaplicación de la norma de conflicto o del derecho convocado por ésta, o a la aplicación incorrecta de éste es vista en Europa[65] como una opción imprescindible para garantizar los derechos de las partes, amén de para asegurar el correcto funcionamiento del modelo de Derecho internacional privado de la UE asegurando, por ende, un grado suficiente de seguridad y certeza jurídica en su territorio[66].

La aceptación unánime de este principio, sin embargo, viene acompañada de la presencia de múltiples diferencias en cuanto a los específicos motivos en que fundamentar el recurso, así como en relación con la amplitud de éste. Diferencias que se hacen patentes, igualmente, en lo relativo a los recursos disponible o a los tribunales competentes para conocer de éstos. A ello se une, además, el hecho de que, en algunos casos, no se prevé de forma explícita por el legislador la posibilidad de que la aplicación del Derecho extranjero por parte del órgano inferior sea revisada por el superior[67].

59 Pauknerova, M. y Brodec, J.: "Czech Republic", en AA.VV., *Application of Foreign,* pp. 179-180, nota a pie 36.

60 Bach, I. y Gruber, U.P.: "Austria and Germany", en AA.VV.: *Application of Foreign Law by Judicial and Non-Judicial Authorities in Europe*, Munich (editado por Esplugues, C., Iglesias, J. L. y Palao, G.), Sellier, 2011, pp. 109-110.

61 Pauknerova, M. y Brodec, J.: AA.VV.: *Application of Foreign Law by Judicial and Non-Judicial Authorities in Europe*, Munich (editado por Esplugues, C., Iglesias, J. L. y Palao, G.), Sellier, 2011, p. 179-180, nota a pie 36.

62 Van den Eeckhout, V.: "The Netherlands", en AA.VV.: *Application of Foreign Law by Judicial and Non-Judicial Authorities in Europe*, Munich (editado por Esplugues, C., Iglesias, J. L. y Palao, G.), Sellier, 2011, pp. 383-384.

63 Iglesias, J.L., Esplugues, C., Palao, G. *et al*., "Spain", en AA.VV., *Application of Foreign,* cit., pp. 363-364.

64 Con relación a la situación existente hasta 1973, vid Jänterä-Jareborg, M.: "Foreign Law", cit., p. 326; Maunsbach, U.: "Sweeden: Proof of and Information About Foreign Law in Civil and Commercial Matters – Swedish Perspective", en AA.VV.: *Treatment of Foreign Law–Dynamics towards Convergence?* (editado por Nishitani, Y.), Springer, The Netherlands, 2017, p. 357.

65 En línea, por ejemplo, con lo que señala el IDI en su mencionada Resolución de 1989 sobre *Equality of Treatment of the Law of the Forum and of Foreign Law*: II…. "c) It is recommended that the application of foreign law shall allow for the granting of remedies similar to those available when the law of the forum is applied."

66 Vid. Esplugues, C.: "General Report", cit., pp. 75.

67 Al respecto, Esplugues, C.: "General Report", cit., pp. 75-78.

III. ¿EXPLORANDO EL OTRO LADO DEL ESPEJO?: LA SITUACIÓN EXISTENTE EN IBEROAMÉRICA EN RELACIÓN CON LA APLICACIÓN DEL DERECHO EXTRANJERO POR LOS JUECES NACIONALES.

La situación existente en la Unión Europea en relación con la aplicación del Derecho extranjero convocado por la norma de conflicto por el juez nacional adquiere una dimensión adicional si la abordamos desde el estudio de las soluciones presentes en otros ámbitos geográficos, en los que el nivel de integración jurídica y de armonización del Derecho internacional privado no ha alcanzado los niveles de amplitud y sofisticación del modelo europeo. La realidad iberoamericana resulta, en este sentido, especialmente interesante al reproducir en su seno el debate sobre la naturaleza jurídica o fáctica del Derecho extranjero, con variantes y matizaciones propias[68], y sobre su tratamiento procesal, así como las dudas -fundadas- sobre su correlación con la práctica.

1. El proceso de codificación del Derecho internacional privado en Iberoamérica y su impacto en la problemática de la aplicación del Derecho extranjero por las autoridades judiciales nacionales.

El fructífero proceso de codificación del Derecho internacional privado iberoamericano[69] permite contar hoy con algunos textos convencionales que, con distintos orígenes y elaborados en momentos diversos, abordan la problemática de la aplicación del Derecho extranjero por parte del juez nacional. Hablamos, en concreto, del Código de Derecho internacional privado, hecho en La Habana el 20 de febrero de 1928 -el Código de Bustamante[70]-, de la Convención interamericana sobre normas generales de Derecho internacional privado, hecha en Montevideo el 8 de mayo de 1979[71] y de la Convención interamericana sobre prueba e información acerca del Derecho extranjero, hecha en Montevideo el 8

68 Así, por ejemplo, en torno al debate en torno a la diferenciación entre aplicación del "Derecho extranjero" y de las "leyes extranjeras", vid. Baltar, L. y Scotti, L.B.: "La aplicación del Derecho extranjero, la cláusula de excepción y el reenvío en el Derecho internacional privado argentino: un trinomio pragmático", *Revista electrónica de estudios internacionales*, núm. 36, 2018, pp. 9-10.

69 Una aproximación general se encuentra en Pereznieto Castro, L.: "Notas sobre el Derecho internacional privado en América Latina", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado,* nueva serie, año XLVIII, núm. 144, 2015, pp. 1064-1069. Igualmente, vid. Fernández Arroyo, D.: *La codificación del Derecho internacional privado en América Latina. (Ámbitos de producción jurídica y orientaciones metodológicas)*, Tesis Doctoral, Universidad Complutense de Madrid, 1993, p. 86 y ss. (disponible en: https://eprints.ucm.es/53495/).

70 Y que a fecha de 2020 vincula, con múltiples reservas depositadas, a Bahamas, Bolivia, Brasil, Costa Rica, Cuba, Chile, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Haití, Honduras, Nicaragua, Panamá, Perú, República Dominicana y Venezuela (vid. http://www.oas.org/es/sla/ddi/tratados_multilaterales_interamericanos_A-31_Codigo_Bustamente_firmas.asp).

71 A fecha de septiembre de 2020, el Convenio vincula a Argentina, Brasil, Colombia, Ecuador, Guatemala, México, Paraguay, Perú, Uruguay y Venezuela (vid. https://www.oas.org/juridico/spanish/firmas/b-45.html).

de mayo de 1979[72]. A ellas deben unirse, a su vez, los Protocolos Adicionales de los Tratados de Montevideo de Derecho Internacional Privado de 1889 y de 1940[73].

Significativamente, todos estos textos coinciden en el mantenimiento, de base, de una posición favorable a la aplicación *ex oficio* del Derecho convocado por la norma de conflicto abrazando, por lo tanto, la naturaleza jurídica del Derecho extranjero. Esta premisa, compartida por una doctrina que de forma mayoritaria la ha apoyado[74], se ve, sin embargo, afectada por algunas matizaciones, vinculadas en gran medida a su tratamiento procesal, que vienen recogidas en los propios textos concluidos.

A) Los Protocolos Adicionales de los Tratados de Montevideo de Derecho internacional privado de 1889 y 1940.

Los Protocolos adicionales de los Tratados de Montevideo de Derecho internacional privado de 1889 y 1940 explicitan en sus respectivos artículos 1, la aplicación de las leyes de los Estados contratantes[75], "en los casos ocurrentes, ya sean nacionales o extranjeras las personas interesadas en la relación jurídica de que se trata". Y, en línea con lo que dos años después, en 1891, señalará el Instituto de Derecho Internacional en su sesión de Hamburgo, al afirmar en su Declaración sobre *Moyens à proposer aux gouvernements en vue d'assurer la preuve des lois étrangères devant les tribunaux*, que "dans l'état actuel de la science du droit et des rapports internationaux, et en présence du plus grand nombre de lois élaborées dans les pays civilisés, la preuve des lois étrangères ne peut être une question de fait abandonnée à l'initiative des parties"[76], el artículo 2 de ambos Protocolos adicionales explicita que dicho Derecho será aplicado "de oficio por el juez de la causa". Sin que, sin embargo, ello impida a las partes "alegar y probar la existencia y contenido de la ley invocada" ante el juez[77].

---

72 A fecha de septiembre de 2020, el Convenio vincula a Argentina, Brasil, Chile, Colombia, Ecuador, España, Guatemala, México, Paraguay, Perú, Uruguay y Venezuela (vid. https://www.oas.org/juridico/spanish/firmas/b-43.html).

73 El Protocolo vincula, a fecha de septiembre de 2020, a Argentina y Paraguay (vid. http://www.oas.org/juridico/spanish/firmas/f-18.html).

74 Vid. Tellechea Bergman, E.: "Aplicación e información del derecho extranjero a nivel interamericano y especialmente uruguayo", en AA.VV.: *Derecho internacional privado – derecho de la libertad y el respeto mutuo. Ensayos a la memoria de Tatiana B. de Maekelt* (dirigido por Fernández Arroyo, D.P. y Moreno Rodríguez, J.A.), CEDEP / ASADIP, Asunción, 2010, pp. 273-275.

75 Entendiendo esta expresión en el sentido de Derecho aplicable. Al respecto, Tellechea Bergman, E.: "Aplicación e información", cit., p. 273.

76 IDI, *IV. Moyens à proposer aux gouvernements en vue d'assurer la preuve des lois étrangères devant les tribunaux* (https://www.idi-iil.org/en/sessions/hamburg-1891/?post_type=publication).

77 Los arts. 6 del Protocolo adicional de 1889, y 5 del de 1940, por su parte, establecieron la obligación de los Estados de transmitirse recíprocamente dos ejemplares auténticos de las leyes vigentes, y de las que posteriormente se sancionen en sus respectivos Estados debido a la inexistencia en la época de órganos especializados encargados de transmitir tal información. Un compromiso que no gozó de virtualidad en la práctica. Al respecto, Tellechea Bergman, E.: "Aplicación e información", cit., p. 273.

En todo caso, y tal como apuntan los respectivos artículos 4 de ambos Protocolos, las normas de Derecho de los distintos Estados parte "jamás serán aplicadas" por los tribunales del resto de Estados "contra las instituciones políticas, las leyes de orden público o las buenas costumbres del lugar del proceso"[78].

Ambos Protocolos inciden, en sus respectivos artículos 3, en la condición jurídica del Derecho extranjero, afirmando que todos los recursos acordados por las leyes de procedimiento del lugar del juicio son igualmente admitidos respecto de las resoluciones judiciales que se decidan aplicando las leyes de cualesquiera de los otros Estados parte en el Convenio[79].

B) El Código de Bustamante de 1928.

También el Código Bustamante de 1928 afirma la aplicación imperativa del Derecho extranjero convocado por la norma de conflicto por parte de los tribunales nacionales. El artículo 408 del texto compele a los jueces y tribunales de los Estados contratantes a aplicar "de oficio, cuando proceda, las leyes de los demás sin perjuicio de los medios probatorios a que este capítulo se refiere".

En todo caso, en línea con lo que señalan los Protocolos Adicionales de 1889 y 1940, y con independencia de la obligación que acompaña al juez nacional de aplicar de oficio el Derecho del resto de Estados contratantes, el Código reconoce la capacidad de las partes de invocarle a aquel la aplicación del Derecho foráneo. El artículo 409, en este sentido, declara que la "parte que invoque la aplicación del derecho de cualquier Estado contratante en uno de los otros, o disienta de ella, podrá justificar su texto, vigencia y sentido, mediante certificación de dos abogados en ejercicio en el país de cuya legislación se trate, que deberá presentarse debidamente legalizada."

La lectura conjunta de los artículos 408 y 409 del Código parece poner de manifiesto una visión acorde con la aceptación de la naturaleza jurídica del Derecho extranjero: el juez viene vinculado al principio *iura novit curia* y aplica el Derecho extranjero de oficio. Las partes, en todo caso, si lo estiman oportuno, pueden

78 A pesar de mantenerse una clara posición favorable a la condición jurídica del Derecho extranjero, en cuanto sea el Derecho de un Estado parte en los Convenios de Derecho internacional privado de Montevideo en sus dos versiones de 1889 y 1940, el art. 5 del Protocolo de 1940, que no aparece recogido en el de 1889, parece sembrar ciertas dudas al respecto. El precepto prohíbe a las partes modificar la "ley aplicable según los respectivos tratados… salvo en la medida en que lo autorice dicha ley. El Perú, país no vinculado por el Protocolo, procedió en el momento de su firma a depositar una reserva, afirmando que el art. 5 es entendido en el sentido de que la voluntad de las partes no puede variar las reglas que sobre competencia legislativa o judicial establecen los Tratados de Montevideo.

79 La virtualidad de estos Protocolos es muy limitada. En el caso concreto del de 1940, Perú, país no vinculado por el Protocolo, procedió en el momento de su firma a depositar una reserva afirmando reproducidas respecto de la materia que cubren los arts. 1 y 2 del Protocolo las reservas realizadas en su día respecto del Tratado de Derecho Civil Internacional.

desarrollar una actuación de apoyo que, sin embargo, no oculta el predominio del operador jurídico[80].

En línea con ello el artículo 410 del Código articula mecanismos para la averiguación de su conocimiento. En tal sentido, el precepto afirma que a "falta de prueba o si el juez o el tribunal por cualquier razón la estimaren insuficiente, podrán solicitar de oficio, antes de resolver, por la vía diplomática, que el Estado de cuya legislación se trate proporcione un informe sobre el texto, vigencia y sentido del derecho aplicable". Información que, de acuerdo con el artículo 411 del Código, deben suministrar los Estados contratantes a la mayor brevedad posible[81].

En todo caso, la aplicación del Derecho extranjero realizada por el juez nacional queda sometida al sistema de recursos existente en el país. El artículo 412 declara, así, que en todo Estado contratante donde exista el recurso de casación o la institución correspondiente, podrá éste "interponerse por infracción, interpretación errónea o aplicación indebida de una ley de otro Estado contratante, en las mismas condiciones y casos que respecto del derecho nacional."[82]

C) Las Convenciones de Montevideo sobre normas generales de Derecho internacional privado y sobre prueba e información acerca del Derecho extranjero, de 8 de mayo de 1979.

El Convenio de Montevideo sobre normas generales de Derecho internacional privado de 1979 ratifica la línea argumental recogida en los Protocolos Adicionales a los Tratados de Derecho internacional privado de Montevideo, de 1889 y 1940, y en el Código de Bustamante de 1928.

La Convención de Montevideo sobre normas generales de Derecho internacional privado de 1979 recoge en su artículo 2 el mandato de la aplicación *ex officio* del Derecho extranjero -entendido éste en un sentido amplio[83]- convocado por la norma de conflicto por parte de los jueces y autoridades de los Estados parte. Añadiendo, en aparente desarrollo de la reconocida "teoría del uso jurídico"[84], que éstos quedan "obligados a aplicar el derecho extranjero tal como

80 Al respecto, Delgado Barreto, C., Delgado Menéndez, M.A., Candela Sánchez, C. et al.: *Introducción al Derecho internacional privado. Tomo III. Conflictos de jurisdicciones, arbitraje internacional y sujetos de las relaciones privadas internacionales*, Lima, Fondo Editorial, Pontificia Universidad Católica del Perú, 2015, p. 77.

81 Vid. Tellechea Bergman, E.: "Aplicación e información", cit., p. 274.

82 A dicho recurso le serán de aplicación, de acuerdo con el mandato del art. 413 del Código, las reglas establecidas en los mencionados arts. 408 a 411 del propio Código, aunque el juez o tribunal inferior haya ya hecho uso de ellas.

83 Tellechea Bergman, E.: "Aplicación e información", cit., p. 278.

84 Goldschmidt, W.: *Derecho Internacional Privado. Derecho de tolerancia*, Buenos Aires, Depalma,1988, p. 137; Scotti, L.B.: "Werner Goldschmidt: el gran Maestro del Derecho Internacional Privado del Siglo XX", en AA.VV.: *La Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires hacia su Bicentenario* (coord. por Ortiz, T. y Scotti, L.), Buenos Aires, Universidad de Buenos Aires, Facultad de Derecho, Departamento de

lo harían los jueces del Estado cuyo derecho resultare aplicable"[85]. Aunque no se hace una mención explícita a la expresión "*ex officio*", la doctrina entiende que el precepto consagra "de forma indubitada su aplicación preceptiva"[86].

Esta aplicación de oficio, empero, viene de nuevo combinada, tal como hacían los Protocolos y el Código de Bustamante, con el reconocimiento a las partes de un cierto papel en el proceso tanto de alegación como de prueba del Derecho foráneo al juez del caso, al añadir el mencionado artículo 2, *in fin*e, la expresión "sin perjuicio de que las partes puedan alegar y probar la existencia y contenido de la ley extranjera invocada". Estas contarán, además, al amparo del artículo 4 del texto convencional, con acceso a todos los recursos otorgados por la ley procesal del lugar del juicio para los casos de aplicación de la ley de cualquiera de los otros Estados Parte convocada por la oportuna norma de conflicto[87].

El mandato de aplicar de oficio el Derecho extranjero, no obstante, viene limitado por la propia Convención en tres supuestos, dos de ellos facultativos y otro imperativo:

1) En primer lugar, el artículo 3 prevé que cuando la ley de un Estado Parte presente instituciones o procedimientos esenciales para su adecuada aplicación que no estén contemplados en la legislación de otro Estado Parte, éste "podrá negarse" a aplicar dicha ley, "siempre que no cuenta con instituciones o procedimientos análogos".

2) Junto a ello, en segundo lugar, y de acuerdo con el tener del artículo 5 de la Convención, la ley extranjera "podrá no ser aplicada" en el territorio del Estado Parte "que la considerare manifiestamente contraria a los principios de su orden público"[88].

Publicaciones, 2019, pp. 65-67; De Maekelt, T.B.: *Teoría General del Derecho internacional privado*, Caracas, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, 2005, pp. 258-259; Fernández Arroyo, D.: "El derecho internacional privado en el diván – Tribulaciones de un ser complejo", *Derecho internacional privado y Derecho de la integración. Libro Homenaje a Roberto Ruiz Díaz Labrano*, Asunción, CEDP, 2013, p. 22, nota 17.

85 Al respect, Fernández Arroyo, D. y All, P.M.: "Argentina: The Changing Character of Foreign Law in Argentinian Legal System", en AA.VV.: *Treatment of Foreign Law–Dynamics towards Convergence?* (editado por Nishitani, Y.), Springer, The Netherlands, 2017, p. 457. El art. 2 de la Convención ha sido objeto de una reserva depositada por México en el sentido de que el mencionado precepto crea una obligación de aplicación *ex officio*, "únicamente cuando ante el juez o autoridad se ha comprobado la existencia del derecho extranjero o sus términos son conocidos para ellos de alguna otra manera." (vid. https://www.oas.org/juridico/spanish/firmas/b-45.html).

86 Tellechea Bergman, E.: "Aplicación e información", cit., pp. 276 - 278. Aunque no implicaría el reconocimiento del principio iura novit curia, al respecto, Arellano García, C.: "Nuevas normas sobre aplicación del Derecho extranjero", *Revista de la Facultad de Derecho de México*, 1991, pp. 84-85.

87 En todo caso, incluso cuando son varios los Derechos extranjeros susceptibles de aplicación a los diversos aspectos de una concreta situación jurídica, el Convenio hace votos de aplicación armónica, "procurando realizar las finalidades perseguidas por cada una de dichas legislaciones" e intentando resolver las posibles dificultades derivadas de su aplicación simultánea teniendo en cuenta, tal como precisa el art. 9 del Convenio, "las exigencias impuestas por la equidad en el caso concreto".

88 En relación con el significado atribuido al orden público, la República Oriental del Uruguay realizó en el momento de firmar el Convenio una Declaración señalando que éste constituye un instituto jurídico

3) Por último, y tal como precisa el artículo 6 de manera taxativa "No se aplicará como derecho extranjero" el derecho de un Estado Parte, cuando artificiosamente se hayan evadido los principios fundamentales de la ley de otro Estado Parte, correspondiendo a las autoridades competentes del Estado determinar la intención fraudulenta de las partes interesadas[89].

Por su parte, la Convención de Montevideo sobre prueba e información acerca del Derecho extranjero constituye el complemento lógico al texto anterior, estableciendo normas sobre la cooperación internacional entre los Estados Parte del Convenio para la obtención de elementos de prueba e información acerca del derecho de cada uno de ellos[90].

2. La proyección en el ámbito estatal de los parámetros recogidos en el plano convencional.

El análisis de las diversas soluciones articuladas en el marco del proceso de codificación regional del Derecho internacional privado en Iberoamérica manifiesta la presencia de, al menos, tres ideas compartidas por todos los textos diseñados, con mayor o menor nivel de claridad, amplitud y radicalidad: (1) en primer lugar, el Derecho extranjero es Derecho y, como tal, se conoce por el juez nacional y se aplica *ex officio* por éste, siendo esta aplicación o inaplicación susceptible de revisión por las instancias judiciales superiores. (2) En segundo lugar, y con referencia a su tratamiento procesal, el papel protagonista atribuido al juez no impide a las partes mantener una posición cooperativa, reconociéndoseles la capacidad de proceder a su alegación y prueba ante la autoridad judicial competente. (3) Por último, en tercer lugar, el Derecho extranjero no será aplicado en ciertos casos, por ejemplo, cuando resulte contario al orden público del juez, sin que generalmente se apunte[91], correlativamente, que ley será aplicable en su lugar.

Al valorar su plasmación en el plano estatal, el análisis de las distintas soluciones nacionales refleja distintos grados de aceptación de estos principios. Ciertos países los admiten de forma plena, mientras que otros incorporan posiciones menos claras o carentes de elaboración. A su vez, algunos otros Estados, los menos, asumen con

singular no identificable, necesariamente, con el orden público interno de cada Estado. Y afirmando que el precepto "comporta una autorización excepcional a los distintos Estados Parte para que en forma no discrecional y fundada, declaren no aplicables los preceptos de la ley extranjera cuando éstos ofendan en forma concreta, grave y manifiesta, normas y principios esenciales de orden público internacional en los que cada Estado asiente su individualidad jurídica" (vid. https://www.oas.org/juridico/spanish/firmas/b-45.html).

89 La República Oriental del Uruguay formuló una reserva a la aplicación del precepto (vid. https://www.oas.org/juridico/spanish/firmas/b-45.html).

90 Nótese que algunos Estados parte en el Convenio lo son, igualmente, del Protocolo de Las Leñas de Cooperación y Asistencia Jurisdiccional en Materia Civil, Comercial, Laboral y Administrativa, Decisión CMC 05/97, Cap. VII, "Información del Derecho Extranjero", arts. 28 a 30.

91 Con algunas excepciones, como la fijada en el art. 2049 Cc peruano o en el art. 86.II de la Ley sobre Derecho internacional privado de la República Dominicana.

fundamentaciones diversas, la condición fáctica del Derecho extranjero, exigiendo a las partes la prueba de su contenido y vigencia al juez.

A) La aceptación de la aplicación de oficio del Derecho extranjero por el juez nacional.

Los parámetros mencionados se encuentran reproducidos de partida en un amplio número de legislaciones iberoamericanas, tanto antiguas como más recientes, con independencia del grado de articulación de sus respuestas. En ellas se reconoce la obligación del juez foráneo de aplicar el Derecho extranjero, tal como lo haría "su par extranjero, "sin muletas adicionales", pero sin desconocer las dificultades que esto supone"[92].

Con respecto a las más antiguas, el supuesto de Venezuela resulta sintomático. La Ley de Derecho internacional privado, de 1998, atribuye de forma expresa la condición jurídica al derecho extranjero[93], y señala de forma taxativa en su artículo 60 que, el "Derecho extranjero será aplicado de oficio". El principio *iura novita curia* vincula al juez venezolano tanto respecto del derecho nacional como del extranjero[94]. Las partes se ven, eso sí, reconocido el derecho a "aportar informaciones relativas al derecho extranjero aplicable y los Tribunales y autoridades podrán dictar providencias tendientes al mejor conocimiento del mismo"[95].

El Derecho extranjero, además, en consonancia con el tenor del artículo 2 de la Ley, "se aplicará de acuerdo con los principios que rijan en el país extranjero respectivo, y de manera que se realicen los objetivos perseguidos por las normas venezolanas de conflicto".

Esta exigencia de aplicación *ex officio* se resalta por el artículo 61 de la Ley al afirmar que los "recursos establecidos por la ley serán procedentes cualquiera que fuere el ordenamiento jurídico que se hubiere debido aplicar en la decisión contra la cual se interponen"[96].

92 De Maekelt, T.B.: *Teoría General,* cit., p. 259.

93 Pérez Pacheco, Y.: "Aportes de la Ley de Derecho internacional privado venezolano a la codificación ius internalprivatitsta", *Ars Boni et Aequi*, año 10, núm. 2, 2014, p. 70; De Maekelt, T.B.: "Ley de Derecho Internacional Privado venezolano. Comentarios generales", *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Universidad Central de Venezuela*, núm. 117, 2000, p. 154.

94 Hernández Bretón, E. y Madrid Martínez, C.: "Venezuela: Finding Foreign Law in Venezuela. General Overview", en AA.VV.: *Treatment of Foreign Law–Dynamics towards Convergence?* (editado por Nishitani, Y.), Springer, The Netherlands, 2017, p. 490.

95 Incorporando, igualmente, ciertas excepciones a la aplicación del Derecho extranjero en sus arts. 8, relativo al orden público internacional; 9, sobre instituciones desconocidas ó 10, relativo a la prevalencia de las normas imperativas venezolanas, dotando al juez de cierta flexibilidad a la hora de aplicarlo, al respecto, Pérez Pacheco, Y.: "Aportes de la Ley", cit., pp. 70-71.

96 Sobre las soluciones recogidas vid., entre otros muchos, De Maekelt, T.B.: *Teoría General,* cit., pp. 275-279; AA.VV.: *Ley de Derecho internacional privado comentada* (coordinada por De Maekelt, T.B., Esis Villaroel, I. y Resende, C.), Caracas, Universidad Central de Venezuela, 2005, T. I, p. 195 ("Artículo 2") y T. II, p. 1225

En esta misma línea se manifiesta el Título X del Código Civil peruano, de 1984, al explicitar su artículo 2051 que "El ordenamiento extranjero competente según las normas de Derecho Internacional Privado peruanas, debe aplicarse de oficio"[97], tanto por los jueces como por el resto de las autoridades peruanas competentes[98]. Debiendo, además, ser éste interpretado, tal como explícitamente exige el artículo 2055 Cc, "de acuerdo al sistema al que pertenezcan."

Esta exigencia de aplicación de oficio se acompaña del reconocimiento a los jueces, en el artículo 2053 Cc, de su derecho a solicitar, de oficio o a pedido de parte, "al Poder Ejecutivo que, por vía diplomática, obtenga de los tribunales del Estado cuya ley se trata de aplicar, un informe sobre la existencia de la ley y su sentido." En todo caso, añade el artículo 2052 Cc que las "partes litigantes pueden ofrecer las pruebas que tengan por conveniente sobre la existencia de la ley extranjera y su sentido". Pudiendo el juez "rechazar o restringir los medios probatorios que no considere idóneos."

La radicalidad de esta solución no se vería afectada por el equívoco tenor del artículo 190, inciso 4, del Código Procesal Civil peruano[99]. Como señala la doctrina, este precepto debe ser interpretado atendiendo el mandato de los artículos 2051 a 2053 del Código civil, lo que conduce a entender que "la norma extranjera se aplica en su condición de derecho extranjero y, por lo tanto, no puede ser considerada un "hecho procesal" sino que constituye "el conjunto de normas jurídicas apropiadas" que resolverán el litigio. En consecuencia, la "carga de la prueba" respecto a la aplicación de la norma extranjera -existencia y sentido- no debe recaer en las partes, pues el derecho no se prueba, sino que debe ser aplicado de oficio por el juez"[100].

La práctica peruana en la materia, empero, es limitada y no siempre clara. Resulta en tal sentido interesante la muy criticada Sentencia de la Sala civil transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, el 18 de noviembre de

("Artículo 60") y p. 1233 ("Artículo 61"); Figuera Vargas, S.C.: "Análisis de la Ley de Derecho internacional privado venezolana como propuesta académica y logro legislativo", *Anuario español de Derecho internacional privado*, 2013, T. XIII, pp. 820-821.

97 Vid. García Calderón Moreyra, G.: "Ley aplicable en las obligaciones contractuales a la luz del Derecho Internacional Privado Peruano", *Decreto Legislativo nº. 296 Código Civil*, Lima, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 16ª ed., 2015, p. 667. El Cc recoge limitaciones a la aplicación de dicho derecho en el art. 2049 por resultar su aplicación incompatible con el orden público internacional o con las buenas costumbres", aplicándose en tal caso el Derecho interno peruano.

98 Nótese, el art. 11 del Texto Único Ordenado del Reglamento General de Registros Públicos.

99 "Art. 190.- Pertinencia e improcedencia. Los medios probatorios deben referirse a los hechos y a la costumbre cuando ésta sustenta la pretensión. Los que no tengan esa finalidad, serán declarados improcedentes por el Juez.

Son también improcedentes los medios de prueba que tiendan a establecer: …4.- El derecho nacional, que debe ser aplicado de oficio por los Jueces. En el caso del derecho extranjero, la parte que lo invoque debe realizar actos destinados a acreditar la existencia de la norma extranjera y su sentido."

100 Delgado Barreto, C., Delgado Menéndez, M.A., Candela Sánchez, C. et al.: *Introducción al Derecho*, cit., p. 78.

2016[101]. El Alto Tribunal, en un supuesto de contrato de distribución, entiende que atendido el tenor de la cláusula de elección de derecho y tribunales incorporada en el contrato que hacía referencia genéricamente al Derecho del Reino Unido. Al no haber colaborado las partes a fijar el contenido del Derecho extranjero *ex* artículo 2095 Cc, dado, se aplica de modo subsidiario la ley del cumplimiento del contrato, esto es, la ley peruana[102].

Estas posiciones recogidas en las legislaciones venezolana y peruana se reproducen, igualmente, en algunas de las recientes legislaciones iberoamericanas de Derecho internacional privado, aclarando, ratificando o modificando la situación existente hasta el momento en ellos: la Argentina, la República Dominicana o el Uruguay son buenos ejemplos de ello.

El caso de Argentina es significativo. El artículo 2595 del Código Civil y Comercial de la Nación Argentina, rubricado "Aplicación del derecho extranjero" delimita una serie de principios esenciales a la hora de aplicar el Derecho extranjero convocado por la oportuna norma de conflicto[103], que sirven para resolver algunas de las dudas suscitadas por el artículo 13 del antiguo Código civil argentino[104]. De entre ellos destacamos:

1) En primer lugar, señala el artículo 2595 del Código Civil y Comercial en su apartado a), que el contenido del Derecho extranjero viene "establecido"[105] por el juez. Quien "está obligado a interpretarlo como lo harían los jueces del Estado al que ese derecho pertenece" [106]. Lo que "implica no sólo el análisis de la norma escrita extranjera sino también las interpretaciones doctrinales y

101 Casación nº. 4800-2012 LIMA. Vid. al respecto, Delgado Barreto, C., Delgado Menéndez, M.A., Candela Sánchez, C. et al.: *Introducción al Derecho*, cit., pp. 79-80.

102 Fundamentos de Derecho, 6, 7 y 8. La sentencia se encuentra disponible en: http://blog.pucp.edu.pe/blog/contribuyente/2018/02/19/incumplimiento-contractual-en-el-derecho-internacional-privado/

103 Ya sea convencional o estatal, tal como afirma el art. 2594 del mismo cuerpo legal.

104 Apoyado en su interpretación por el tenor del apartado tercero del art. 377 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. Sobre el art. 13, significado y práctica, vid. Wegher Osci, F.S.: "Da mihi factum dabo tibi ius. Notas sobre la aplicación del derecho extranjero en casos iusprivatistas multinacionales y su vinculación con el acceso a la justicia en el Código Civil y Comercial de la República Argentina", *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, 2019, vol. XIX, p. 504 y ss.; Baltar, L. y Scotti, L.B.: "La aplicación del Derecho", cit., p. 7. Un análisis en profundidad de la jurisprudencia existente al amparo del precepto se encuentra, que en ocasiones ha seguido siendo aplicado incluso tras su pérdida de vigencia, en Fernández Arroyo, D. y All, P.M.: "Argentina", cit., pp. 461-465.

105 Sobre el significado de esta expresión, vid. Wegher Osci, F.S.: "Da mihi factum", cit., p. 503 y ss. Una crítica al uso del verbo "establecer" frente a "aplicar", recogido en el art. 2 de la Convención interamericana sobre normas generales de Derecho internacional privado, de 1979 y con el art. 1 del Convenio entre la República Argentina y la República Oriental del Uruguay sobre aplicación e información del derecho extranjero de 20.11.1980 se encuentra en Baltar, L. y Scotti, L.B.: "La aplicación del Derecho", cit., pp. 10-11.

106 En línea con lo que afirman los mencionados arts. 2 de la Convención interamericana sobre normas generales de Derecho internacional privado, de 1979 y 1 del Convenio entre la República Argentina y la República Oriental del Uruguay sobre aplicación e información del derecho extranjero de 20.11.1980.

jurisprudenciales de la misma que se hubieran formulado, en el país de donde tal Derecho procede"[107].

2) Se trata, en suma, de un "hecho notorio" que debe ser aplicado de oficio por el juez[108], sin necesidad de que lo demuestren los interesados[109]. Lo que, sin embargo, no impide la eventual colaboración de las partes en su alegación y prueba. El apartado a) del artículo 2595 habla así de "sin perjuicio de que las partes puedan alegar y probar la existencia de la ley invocada".

3) Este mismo apartado a) del artículo 2595, por último, precisa que si el contenido del derecho extranjero no puede ser establecido se procederá a aplicar en su lugar el derecho argentino[110].

El precepto ha sido ya objeto de alguna aplicación en la práctica. Cabe, así, mencionar la decisión de la Cámara Primera de la 1ra. Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial y Minas, de Mendoza de 19 de agosto de 2015 en el asunto *F., M.C. c/ K., M. s/ Alimentos Provisorios - Compulsa*[111], que aplica de forma lineal el artículo 2595, recurriendo para conocer el contenido del Derecho extranjero, en este caso el alemán, a la denominada "Red Judicial Europea en materia civil y mercantil, de la Comisión Europea" [112].

El tribunal señala en tal sentido que, "Tenemos presente que el inc. a)- del art. 2595 obliga a los magistrados nacionales, cuando el derecho extranjero sea aplicable, a establecer su contenido y a interpretarlo como lo harían los jueces del Estado al que ese derecho pertenece, sin perjuicio de que las partes puedan alegar y probar la existencia de la ley invocada. La excepción estará dada cuando no se pueda establecer cuál es el contenido de la ley extranjera, en cuyo caso se aplicará

107 Bottiglieri, M.G.: "Importantes avances en la codificación del Derecho internacional privado argentino", *Anuario Español de Derecho internacional privado*, 2013, T. XIII, p. 653. Sobre la eventual vinculación de la solución aportada a la teoría del "uso jurídico", vid., entre otros, Rodríguez, M.S.: "Algunos problemas sobre la aplicación del Derecho Extranjero en el Nuevo Código Civil y Comercial Argentino: El tratamiento de las cuestiones propias del Derecho Internacional Privado", *Pensar en Derecho*, 2016, nº. 8, pp. 219-220.

108 En favor de tal aplicación de oficio, vid. Feuillade, M.C.: "Aplicación del Derecho extranjero en el Código Civil y Comercial, con especial referencia a los elementos culturales", *Prudentia Iuris*, núm. 83, 2017, p. 171, o Wegher Osci, F.S.: "Da mihi factum", cit., p. 490. Una posición matizada por algún sector de la doctrina que valora las dificultades prácticas de tal mandato de aplicación *ex officio* y articula el significado del precepto focalizándose en la forma en que debe ser aplicado el Derecho foráneo. Al respecto, vid. Uzal, M. E.: *Derecho Internacional Privado*, Buenos Aires, La Ley, 2016, pp. 119-125. Las mismas dificultades son resaltadas por Magallón Elósegui, N.: "La reforma del sistema de Derecho internacional privado en la República Argentina", *Revista electrónica de estudios internacionales*, núm. 14, 2007, p. 16.

109 Baltar, L. y Scotti, L.B.: "La aplicación del Derecho", cit., p. 1

110 Junto a ello, los arts. 2597 –"Cláusulas de excepción"-, 2599 –"Normas internacionalmente imperativas" y 2600 –"Orden público"- del mismo cuerpo legal prevén excepciones a la aplicación del Derecho foráneo. Al respecto, vid. Baltar, L. y Scotti, L.B.: "La aplicación del Derecho", cit., pp. 17-21.

111 http://www.saij.gob.ar/1ra-camara-apelaciones-civil-comercial-minas-local-mendoza-mc--alimentos-provisorios-compulsa-fa15190019-2015-08-19/123456789-910-0915-1ots-eupmocsollaf? Al respecto, vid. Wegher Osci, F.S.: "Da mihi factum", cit., pp. 506-508.

112 https://e-justice.europa.eu/content_about_the_network-431-pt-es.do?init=true&member=1

el derecho argentino. Recordamos que esta norma no estaba vigente cuando resolvió la señora jueza de familia, fecha para la cual la aplicación del derecho extranjero se regía por el art. 13 del Cód. Civil. En el caso, dadas las limitaciones que nos impone la clara barrera idiomática para cumplir con la obligación que nos impone la última norma analizada, recurrimos a la información brindada al respecto por organismos internacionales y trabajos de doctrina que tratan el tema en nuestra lengua."[113].

En el caso de la República Dominicana, la Ley 544-14, sobre Derecho internacional privado, de 5 de diciembre de 2014, afirma en su artículo 80 el carácter imperativo de las normas de conflictos presentes en el ordenamiento jurídico dominicano. Añadiendo el artículo 82 la obligación de los jueces y autoridades dominicanos de "aplicar la ley extranjera[114] tal como lo harían los jueces del Estado cuyo derecho resultare aplicable, sin perjuicio de que las partes puedan alegar y probar la existencia y contenido de la ley extranjera invocada."[115].

La Ley reconoce el protagonismo del operador jurídico dominicano a la hora de aplicar el Derecho extranjero que es realizada de oficio por aquel. En este sentido, el artículo 81 les compele a observar, con vistas a la determinación de su contenido, los instrumentos indicados por los convenios internacionales, los dictámenes de expertos del país cuya ley se pretende aplicar, los dictámenes de instituciones especializadas de Derecho Comparado y cualquier otro documento que acredite el contenido, la vigencia y la aplicación al caso concreto de dicha ley. Añadiendo el párrafo del precepto que, "Si con el concurso de las partes, el juez no puede llegar a establecer la ley extranjera designada, determinará la ley aplicable mediante otros criterios o aplica la ley dominicana."[116]

Por su parte, la propuesta de Ley General de Derecho internacional de la República Oriental del Uruguay, que el 1 de septiembre de 2020 ha recibido la sanción de la Cámara de Senadores de la República y pasa ahora a la Cámara de Representantes[117], en línea con lo señalado en el artículo 2 de la Convención interamericana sobre normas generales de Derecho internacional privado, de 1979, y con el artículo 1 de los Convenios concluidos por la República Oriental

113 Expediente COM 007808/2012/CA004, https://app.vlex.com/#search/jurisdiction:AR+content_type:2+date:2014-12-01../%22derecho+extranjero%22+2595. Igual aplicación se produce en la Sentencia de Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial - Cámara Comercial - Sala A, de 31.10.2018

114 Incluso si está recogido en un texto de Derecho Público, art.

115 El precepto incluye un párrafo que afirma que "La ley extranjera se aplica según sus criterios de interpretación y de aplicación en el tiempo".

116 En todo caso, el art. 86 de la Ley impide la aplicación de la ley extranjera cuando sea contrario al orden público internacional de la República Dominicana. Apuntando el párrafo II del precepto que, "Admitida la incompatibilidad de la ley extranjera, se aplicará la ley señalada mediante otros criterios de conexión previstos para la misma norma de conflicto y, si esto no es posible, se aplicará la ley dominicana".

117 Al respecto, Fresnedo de Aguirre, C.: *El Proyecto de Ley General de Derecho Internacional Privado obtuvo media sanción legislativa*, http://www.asadip.org/v2/?p=6496

del Uruguay con Chile o Argentina sobre aplicación e información del Derecho extranjero, incorpora un precepto, el 2º, rubricado "Aplicación del derecho extranjero", que específica de forma taxativa que éste "debe ser aplicado de oficio e interpretarse tal como lo harían los tribunales del Estado a cuyo orden jurídico pertenece la norma respectiva"[118].

Esta solución estaría en línea con la práctica uruguaya existente hasta el momento, que parece apoyar "el mandato de que el Derecho extranjero debe aplicarse e investigarse de oficio, sin perjuicio de los aportes informativos de las partes" [119].

En coherencia con esta exigencia, el artículo 3 –"Conocimiento del Derecho extranjero"- afirma que el "texto, la vigencia y la interpretación del derecho extranjero aplicable deben ser investigados y determinados de oficio por los tribunales u otras autoridades competentes", debiendo interpretarla teniendo en cuenta el mandato del artículo 2 antes mencionado[120]. A tal efecto, añade el párrafo 2 de este artículo 3, se podrá recurrir a todos los medios de información idóneos que resulten admitidos en el Uruguay o en el Estado cuyo derecho resulte aplicable. Una vez más, este papel protagonista es atribuido al juez, "sin perjuicio de la colaboración que al respecto presten las partes o los interesados en su caso".

La obligación de aplicar el Derecho extranjero de oficio que acompaña a los tribunales y otras autoridades competentes de la República Oriental del Uruguay se resalta por el mandato recogido en el artículo 5 del Proyecto de Ley General en el sentido de que en aquellas ocasiones en que corresponda aplicar Derecho extranjero "se admitirán todos los recursos previstos por la ley nacional".

B) Algunas soluciones indeterminadas.

En contraste con estas posiciones claramente favorables a la aplicación de oficio del Derecho extranjero, existen otras posiciones, algunas recientes, menos claras al respecto. Así, por ejemplo, el nuevo Código de Derecho internacional privado panameño, de 2014, no aporta una respuesta taxativa sobre la naturaleza

118 Esta regla viene excepcionada en diversos supuestos previstos por el propio proyecto, entre otros, en sus arts. 5 –"orden público internacional"-, 6 –"Normas de aplicación necesarias"-, ó 7 –"Fraude de Ley"-. Igualmente, se prevé en el art. 13 unas soluciones especiales para el supuesto del Derecho comercial internacional. Al respecto, Tomás Ortíz de la Torre, J.A.: "El Derecho internacional privado de la República Oriental del Uruguay: una aproximación con motivo de la Ley General del 2016", *Anuario Hispano – Luso – Americano de Derecho internacional*, 2017-2018, pp. 435-436.

119 Tellechea Bergman, E.: "Aplicación e información del Derecho extranjero en el ámbito interamericano y mercosureño con especial referencia al Derecho uruguayo", *Revista de Doutrina da 4ª Região*, núm. 25, 2008, p. 10; Abal Oliu, J.: "La prueba del Derecho en el proceso jurisidiccional", *Revista de Derecho*, Segunda época, año 8, núm. 8, 2013, p. 29-47; Fresnedo de Aguirre, C.: "Uruguay: Proof and Information About Foreign Law in Uruguay", en AA.VV.: *Treatment of Foreign Law–Dynamics towards Convergence?* (editado por Nishitani, Y.), Springer, The Netherlands, 2017, pp. 474-481.

120 Apartado 3, art. 3.

del Derecho extranjero y sobre el papel asignado al juez nacional en relación con él. El artículo 167 del Código afirma que los jueces y tribunales panameños "podrán aplicar de oficio" -no dice que 'deberán hacerlo', lo que *de facto* le atribuye una naturaleza facultativa- "cuando proceda, las leyes de los demás, sin perjuicio de los medios probatorios a que este Capítulo se refiere." Esta aplicación, de acuerdo con el tenor del artículo 170 de este cuerpo legal, se realizará por el juez panameño "de conformidad con su sentir y alcance de su ordenamiento jurídico"[121].

Este papel primigenio atribuido al juez se ve matizado en el Código, reflejando las dudas sobre la naturaleza y condición del Derecho foráneo. Así, en el artículo 168 se explicita que aquella parte que invoque la aplicación del derecho extranjero, o disienta de ella, "podrá justificar su texto, vigencia y sentido" de la forma prevista en el propio precepto[122]. En línea con la peculiar posición atribuida al juez panameño en relación con la fijación del contenido del Derecho extranjero y su aplicación, el apartado segundo del propio artículo 168 precisa que, con independencia de esta facultad reconocida a las partes, "el juez podrá investigar directamente el derecho extranjero, acudiendo a cualquier fuente o medio idóneo". Y, en consecuencia, si llega a conocer su contenido, aplicarlo de oficio.

En todo caso, el artículo 169 del Código añade que, a falta de prueba de su contenido y vigencia, "o si el juez o el tribunal por cualquier razón la estimara insuficiente, podrán solicitar de oficio, antes de resolver, por la vía diplomática, que el Estado de cuya legislación se trata proporcione un informe sobre el texto, vigencia y sentido del derecho aplicable"

Por su parte, el nuevo Código de Procedimiento Civil boliviano de 2013 regula la cuestión de la prueba del Derecho extranjero en su artículo 141.II, afirmando que el derecho extranjero, al igual que la costumbre, sólo necesitan ser probados cuando la autoridad judicial los desconozca. Se establece así una extensión *sui generis* del principio *iura novit curia* respecto del Derecho foráneo, reconociendo el carácter de auténtico derecho; y no de mero hecho, por lo que quedaría directamente dependiente de la voluntad de las partes, aunque subordinando su aplicación al conocimiento de su contenido por el juez. En coherencia con este principio, el precepto añade que con vistas a la prueba de dicho derecho foráneo –"Para la determinación de las normas de esta clase…"- la autoridad judicial no queda limitada por las pruebas que con tal finalidad ofrezcan las partes,

121 El Código incorpora limitaciones a la aplicación del Derecho extranjero convocado por la norma de conflicto, fundamentalmente vinculadas a su contrariedad con el orden público internacional y la presencia de principios y normas de tal condición en Panamá: así lo reflejan los arts. 6, 7, 37, 42, 46, 56, 77, 104, 105, 155 ó 170. Vid. al respecto, Boutin Icaza, G.: "Sobre la ideología del nuevo Código de Derecho internacional privado panameño", *Anuario Español de Derecho internacional privado*, 2013, T. XIII, p. 740.

122 "… mediante copia autenticada de la misma ley, de las decisiones de los tribunales, de los estudios doctrinales, así como con dictamen o certificación de dos abogados en ejercicio del país cuya legislación se trate, que deberá presentarse debidamente legalizado."

atribuyéndosele una posición claramente activa en el desempeño de esta tarea al reconocérsele que está facultada para servirse de otras fuentes de conocimiento "y para ordenar todo lo que conduzca al aprovechamiento de los mismos."[123]

Esta regla general se acompaña y complementa por lo dispuesto en el artículo 493.II CPC, en el que se señala con claridad que el derecho extranjero, "cuando corresponda, será aplicado e interpretado de oficio por las autoridades judiciales del Estado Plurinacional, en la misma forma en que lo harían las autoridades jurisdiccionales del país a cuyo ordenamiento jurídico pertenezca la norma invocada. Sin perjuicio de que, las partes también podrán acreditar la existencia, vigencia y contenido de la ley extranjera."[124]. En línea con ello, el artículo 493.V CPC acepta la plena aplicación de los recursos consagrados en la legislación boliviana en aquellos casos en que fuere procedente la aplicación del derecho foráneo.

Por último, Colombia mantiene una situación peculiar en relación con la naturaleza del Derecho extranjero y su tratamiento en el proceso. El artículo 177 del nuevo Código General del Proceso reproduce los grandes parámetros del artículo 188 del antiguo CPC. El nuevo precepto, rubricado "Prueba de las normas jurídicas" precisa que el texto de normas jurídicas que no tengan alcance nacional y el de las leyes extranjeras, se aducirá en copia al proceso, "de oficio o a solicitud de parte".

El artículo 177 CGP requiere, en su apartado segundo, que la copia total o parcial de la ley extranjera "deberá expedirse por la autoridad competente del respectivo país, por el cónsul de ese país en Colombia o solicitarse al cónsul colombiano en ese país". Pudiendo igualmente adjuntarse, de acuerdo con el apartado tercero de este precepto, dictamen pericial rendido por persona o institución experta en razón de su conocimiento o experiencia, en cuanto a la ley de un país o territorio fuera de Colombia, con independencia de si está habilitado para actuar como abogado allí. O, como afirma el apartado cuarto del artículo 177 CGP, cuando se trate de ley extranjera no escrita, podrá probarse con el testimonio de dos o más abogados del país de origen o mediante dictamen pericial en los términos del inciso precedente[125].

123 El Derecho extranjero, tal como añade el apartado IV de este art. 493 CPC, podrá ver denegada su aplicación en aquellas ocasiones en que éste resulte manifiestamente contrario a los "principios esenciales del orden público internacional reconocido por convenios y tratados suscritos y ratificados por el Estado Plurinacional".

124 Un análisis en profundidad de las soluciones recogidas en el CPC de 2013 se encuentra en Esplugues Mota, C.: "Una aproximación internacional privatista al nuevo Código de Procedimiento Civil de Bolivia, de 2013", *Revista Boliviana de Derecho*, núm. 18, 2014, pp. 44-45.

125 El parágrafo que acompaña al precepto señala que, "Cuando sea necesario se solicitará constancia de su vigencia."

La doctrina tiende a entender que el modelo se articula sobre la premisa de que el Derecho extranjero no constituye un hecho necesariamente conocido por el juez, de ahí que sea necesaria su prueba[126].

Sin embargo, la situación parece más compleja y voluble. El nuevo precepto ratifica la existencia de lo que, en palabras de la Corte Constitucional de Colombia, recogidas en su Sentencia de 16 de octubre de 2014, constituye el diseño de un "sistema mixto de prueba del Derecho extranjero" en el ordenamiento colombiano. En la medida en que se consagran "simultáneamente los poderes oficiosos del juez junto con la diligencia de las partes en la obtención del derecho extranjero"[127]. Un sistema mixto que, según apunta la propia Corte, no debe hacer olvidar que, en última instancia, "el sistema colombiano prescribe que este debe ser investigado de oficio por la autoridad judicial, como si se tratara de su propio ordenamiento, aunque no descarta la colaboración de las partes interesadas, quienes podrán invocar y probar su existencia y contenido."[128]

La Corte Constitucional reconoce que "el derecho extranjero no se aborda como una simple cuestión fáctica en tanto existe una responsabilidad expresa en cabeza de las autoridades judiciales en su consecución, pero tampoco es un asunto de puro derecho, por cuanto el ordenamiento colombiano reconoce que su contenido, alcance y vigencia puede ser alegado, probado y discutido también por las partes interesadas"[129]. Pero que, en todo caso "ninguna autoridad judicial puede, sin vulnerar el derecho fundamental al debido proceso y a la efectiva administración de justicia, desconocer su corresponsabilidad en la materia y pretender trasladar completamente esa carga a las partes procesales. Más aún, en los casos en que la norma extranjera resulta indispensable para la resolución de la disputa y es de difícil obtención para los particulares, debido a sus limitaciones financieras o logísticas." [130]

Los problemas planteados por el sistema son reconocidos por el Alto Tribunal al apostar, como respuesta "satisfactoria" a ellos, por un análisis caso a caso, "en tanto el ordenamiento jurídico no estableció prevalencia alguna -al menos no expresamente- entre el deber oficioso del juez y la actividad de las partes en la obtención del derecho extranjero."[131] Análisis que deberá realizarse atendiendo a

126 Al respecto, y sobre las razones de la condición fáctica atribuida a la ley extranjera, vid. Manrique-García. J.: "La prueba de la Ley extranjera en Colombia: análisis comparado", *Revista Colombiana de Derecho Internacional*, núm. 20, 2012, pp. 59-60.

127 Corte Constitucional, Sentencia SU768/14, de 16.10.2014.

128 *Ibid*., nº. 7.3.

129 *Ibid*., nº. 6.3.

130 *Ibid*., nº. 7.3.

131 *Ibid*., nº. 6.3.

una serie de criterios fijados por la Sentencia de 2014: a saber, relevancia, calidad de las partes y disponibilidad de la norma[132].

En cualquier caso, se exige una actuación por parte del juez. De hecho, en el supuesto abordado, la Corte reprocha específicamente al juez de instancia que "la sentencia atacada no haya entrado a resolver de fondo la demanda presentada por el ciudadano belga, con el argumento que este no aportó copia auténtica del derecho hondureño para demostrar la legítima transmisión de la propiedad sobre la nave. Si el fallador tenía alguna duda sobre el derecho extranjero aplicable, contaba con el tiempo y las competencias jurisdiccionales necesarias para auscultar su contenido." [133]

C) Exigencia de prueba, y en su caso de alegación, del Derecho extranjero.

Las posiciones apuntadas contrastan con las mantenidas en algunos sistemas jurídicos iberoamericanos en los que una aparente posición originariamente favorable a la aplicación de oficio del Derecho extranjero y, por ende, a su eventual consideración como auténtico Derecho, se plasma en la práctica en un tratamiento fáctico de éste y, por lo tanto, sometido a la eventual alegación y prueba de su contenido por las partes: México y Chile son, por razones distintas, ejemplos de ello.

En el caso de México, el artículo 14 del Código civil para el Distrito Federal, ahora Ciudad de México, un precepto que se observará cuando resultare aplicable el derecho de otra entidad de la Federación, explicita que, al proceder a aplicar el Derecho extranjero, éste "I. Se aplicará como lo haría el juez extranjero correspondiente, para lo cual el juez podrá allegarse la información necesaria acerca del texto, vigencia, sentido y alcance legal de dicho derecho". Esta aplicación se ve limitada por el mandato del artículo 15 en relación, principalmente, con la contrariedad de su contenido, o efectos, con el orden público mexicano.

Estas disposiciones se ven acompañadas de lo dispuesto en el artículo 284 del Código de Procedimiento civil para el Distrito Federal, que atribuye la exigencia de prueba solo respecto de los hechos[134]. Y en el artículo 284 bis del mismo cuerpo legal que, reconoce la exigencia de aplicación del Derecho extranjero "tal como lo harían los jueces del Estado cuyo derecho resultare aplicable, sin perjuicio de que las partes puedan alegar la existencia y contenido del derecho extranjero invocado." Añadiendo que, "Para informarse del texto, vigencia, sentido y alcance legal del derecho extranjero, el tribunal podrá valerse de informes oficiales al

132 *Ibid*., nº. 6.3.

133 *Ibid*., nº. 7.3.

134 "… así como los usos y costumbres en que se funde el derecho".

respecto, pudiendo solicitarlos al Servicio Exterior Mexicano, o bien ordenar o admitir las diligencias probatorias que considere necesarias o que ofrezcan las partes"[135].

Esta solución general encuentra una excepción en materia mercantil. El artículo 1197 del Código de Comercio afirma que solo los hechos están sujetos a prueba y que el "derecho lo estará únicamente cuando se funde en leyes extranjeras: el que las invoca debe probar la existencia de ellos y que son aplicables al caso". De ello se deduce que corresponde a las partes ponderar la aplicabilidad y aplicación del derecho extranjero y que, correlativamente, "tienen la carga de introducirlo a la controversia (carga de la afirmación) y, además, de acreditar su existencia y aplicabilidad (carga de la prueba)"[136].

Del análisis de este elenco de preceptos se derivaría la regla general de la obligación del juez de investigar de oficio el contenido y vigencia del Derecho extranjero convocado por la norma de conflicto mexicana con objeto de proceder a su aplicación[137]. Sin embargo, la práctica del modelo apoya la inaplicación del principio *iura novit curia* respecto del Derecho extranjero. En este sentido, el Tercer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito es claro al exigir, ya en 2001, que "quien funde su derecho en leyes extranjeras, tiene la carga procesal de probar la existencia de las mismas y que son aplicables al caso"[138].

En línea con ello, el Quinto Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito apuntó el 15 de diciembre de 2011 que "no puede exigirse al juzgador su conocimiento estricto sobre dicho derecho, pues no es razonable exigir a los Jueces y tribunales de un Estado el conocimiento de todos los ordenamientos jurídicos. Los Jueces mexicanos no son, motu proprio, órganos aplicadores de las leyes extranjeras y, por ende, el derecho extranjero no puede ocupar la misma

135 Ambos preceptos se reproducen de forma mimética en los arts. 86 y 86bis del Código Federal de Procedimientos Civiles. Sobre el valor de la opinión consular de las autoridades mexicanas al respecto, vid. Segundo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Tercer Circuito, de 31.3.2017, Amparo Directo 865/2016, Tribunales Colegiados de Circuito, tesis III.2o.C.84 C (10a), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, Libro 43, junio de 2017, T. IV, p. 2901.

136 Quinto Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito, 15.12.2011, Amparo directo 740/2010, Tribunales Colegiados de Circuito, Tesis I.5o.C.42 C (10a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima época, Libro XXIII, agosto de 2013, Tomo 3, p. 1638.

137 Al respecto, Pereznieto Castro, L.: *Derecho internacional privado. Parte General*, México, OUP, 7ª ed., 1998, p. 167; Ordiozola Mariscal, C.E.: "El principio iura novit curia en México: hacia un instituto federal de especialistas en Derecho internacional privado y Comparado", *Obra en homenaje a Rodolfo Cruz Miramontes* (coordinado por Becerra Ramírez, M., Cruz Barney, O, González Martín, N. *et al*), México, Instituto Investigaciones Jurídicas / UNAM, 2008, p. 107.

138 Tercer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito, 12.6.2001, Amparo directo 10523/2000, Tribunales Colegiados de Circuito, Tesis I.3o.C.260 C, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena época, Tomo XIV, septiembre de 2001, p. 1311.

posición procesal que el derecho nacional, lo que ha conducido a equiparar el tratamiento de aquel derecho al que corresponde a los hechos cuestionados."[139]

Se resalta la correlativa obligación de las partes de invocar el Derecho foráneo, así como el hecho de que les corresponde igualmente la carga de probar su contenido. Sin perjuicio de la actividad que pueda desarrollar al respecto el juez *motu proprio*, "si bien el citado artículo 14 establece cómo debe aplicarse el derecho extranjero, y no se refiere a cuestiones específicas sobre la carga procesal de demostrarlo … se debe concluir que la normativa extranacional si bien debe ser invocada y demostrada su existencia y aplicabilidad por las partes, el juzgador podrá allegarse la información necesaria acerca del texto, vigencia, sentido y alcance legal de ese derecho, para la debida resolución del caso."[140]

Por su parte, la situación de Chile difiere de la mexicana tanto por sus fundamentos legales como por la radicalidad de la respuesta aportada. El Código Bustamante se transmutó en el Código de Derecho internacional privado chileno al ser ratificado en su momento por Chile. Las respuestas aportadas por el Código vienen doblemente limitadas. Por un lado, por el reducido ámbito de aplicación geográfica del Código, un dato inherente al propio texto. Y, por otro, un dato exógeno al contenido de éste, por la reserva depositada en su día por Chile en el sentido de que "ante el Derecho chileno y con relación a los conflictos que se produzcan entre la legislación chilena y alguna extranjera, los preceptos de la legislación actual o futura de Chile, prevalecerán sobre dicho Código, en caso de desacuerdo entre unos y otros"[141].

La práctica del modelo chileno refleja una disociación entre la posición teórica aparentemente mantenida de partida en relación con la naturaleza del Derecho extranjero y su práctica. O, al menos, pone de manifiesto una ausencia de claridad en relación con los términos de su proyección en la realidad.

En Chile, el Derecho foráneo vendría reconocida su condición jurídica tanto al amparo del Código de Derecho internacional privado como del Convenio sobre aplicación e información del Derecho extranjero concluido entre Chile

139 Quinto Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito, de 15.12.2011, cit., tesis I.5o.C.40 C (10a.), p. 1636.

140 *Ibid*, tesis I.5o.C.43 C (10a.), p. 1639. Nótese, igualmente, Tercer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito, 18.10.2001, Amparo Directo 10623/2001, Tribunales Colegiados de Circuito, tesis I.3o.C.303 C, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena época, Libro XV, 2002, p. 1248 o Segundo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Tercer Circuito, 25.9.2015, Amparo Directo 292/2015, Tribunales Colegiados de Circuito, tesis II.2o.C.39 C (10a), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima época, Libro 28, marzo de 2016, T. II, p. 1703. Nótese, en este sentido, Pereznieto Castro, L.: "El derecho internacional privado y su normatividad en su incorporación en el sistema jurídico mexicano", *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, 2015, vol. XV, pp. 808—810; Ordiozola Mariscal, C.E.: "El principio iura novit", cit., pp. 108-111.

141 Vid. http://www.oas.org/es/sla/ddi/tratados_multilaterales_interamericanos_A-31_Codigo_Bustamente_firmas.asp#Chile

y la República Oriental del Uruguay en 1984[142] que, para algunos, cuenta con una aplicación universal en este punto[143]. Sin embargo, la práctica jurisprudencial parece desatender esta condición jurídica. El limitado alcance del Código de Derecho internacional privado y la aparente indeterminación doctrinal sobre su naturaleza[144], unido al tenor del artículo 441 CPC[145] que permite al tribunal oír "el informe de peritos: … 2º Sobre puntos de derecho referentes a alguna legislación extranjera"[146], habrían llevado a la jurisprudencia chilena a mantener una posición inconcluyente sobre este punto.

Se habla así de una jurisprudencia "vacilante"[147] en la que, ciertamente, se constata la existencia de supuestos en los que la jurisprudencia chilena ha apoyado la condición jurídica del Derecho foráneo, admitiéndose en ocasiones su aplicación *ex officio*[148]… Sin embargo, se trata de casos habitualmente antiguos que contrastan con la práctica reciente de los tribunales chilenos, en la que se manifiesta una clara tendencia a atribuir al Derecho extranjero la condición fáctica. Debatiéndose, igualmente, el alcance del sistema de recursos en cuanto a su aplicación[149].

En este sentido, la jurisprudencia chilena reciente en materia civil y comercial[150] tiende a considerar al Derecho foráneo como un mero hecho, negando la vinculación del juez al principio *iura novit curia* y exigiendo, lógicamente, su

142 Decreto 752 del Ministerio de Relaciones Exteriores, de 13.8.1985. El art. art. 1 del Convenio es taxativo al afirmar que, "Los jueces y autoridades de las Partes, cuando así lo determinen sus normas de conflicto, estarán obligados a aplicar el derecho extranjero tal como lo harían los jueces u órganos administrativos del Estado a cuyo ordenamiento éste pertenece". Estando esta aplicación sometida al régimen de recursos existente en ambos países al amparo del art. 2 del Convenio.

143 Villaroel B., C. y Villaroel B., G.: "La aplicación del Derecho extranjero en Chile después del Tratado con Uruguay", *Revista chilena de Derecho*, vol. 18, núm. 1, 1991, pp. 83 y 86 y ss.

144 En este sentido se manifiesta Gallegos Zuñiga, J.: "Aspectos generales del Derecho internacional privado en Chile", *Revista del Magíster y Doctorado en Derecho*, núm. 3, 2009-2010, p. 161. Esta afirmación, sin embargo, no parece tan nítida, dado que a favor de la condición jurídica se manifiestan relevantes autores como Duncker, F.: *Derecho internacional privado*, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1967, p. 345 o Ramírez Necoechea, M.: *Derecho internacional privado*, Santiago, Legal Publishing, 2009, p. 112. Por su parte, Guzmán Latorre, quien también afirma la condición jurídica del derecho extranjero, resalta el silencio normativo respecto de la naturaleza de éste (Guzmán Latorre, D.: *Tratado de Derecho internacional privado*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1989, p. 330). Sobre su tratamiento como "hecho fuera de la causa", reproduciendo básicamente lo que manifiestan Villaroel B., C. y Villaroel B., G.: "La aplicación del Derecho", cit., pp. 83-84, vid, Picand Albonico, E.: "El juez y el Derecho extranjero en el proceso de extradición", *Revista jurídica del Ministerio Público*, núm. 34, 2008, pp. 177 y ss., especialmente p. 182.

145 Al respecto, Rol nº 4485/2005 (Sección civil). Resolución nº 46499 de Corte de Apelaciones de Concepción, de 9.12.2005. También se hace referencia al art. 160 CPC: "Las sentencias se pronunciarán conforme al mérito del proceso, y no podrán extenderse a puntos que no hayan sido expresamente sometidos a juicio por las partes, salvo en cuanto las leyes manden o permitan a los tribunales proceder de oficio."

146 Vid. Villaroel B., C. y Villaroel B., G.: "La aplicación del Derecho", cit., p. 75.

147 En palabras de Villaroel B., C. y Villaroel B., G.: "La aplicación del Derecho", cit., p. 75.

148 RDJ, de 12.11.1926, Tomo XXIV, sec. 1°, p. 289; RDJ, de 16.12.1941, Tomo XXXIX, sec. 1°, p. 388 o RDJ, de 27.10.1954, Tomo LI, sec. 1°, p. 547. Vid. más fallos en Guzmán Latorre, D.: *Tratado de Derecho,* cit., p. 334.

149 Gallegos Zuñiga, J.: "Aspectos generales", cit., pp. 163-164.

150 Cuestión distinta es la situación existente en el ámbito constitucional. Al respecto, Nogueira Alcalá, H.: "El uso del Derecho extranjero y del Derecho internacional por parte del Tribunal Constitucional chileno durante el período 2006-2007", *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso,* 2011, vol. XXXVII, p. 280 y ss.

alegación y prueba por las partes. Tal como afirma la Corte de Apelaciones de Antofagasta, en su resolución de 13 de julio de 2007, "la legislación nacional no asimila el derecho extranjero al concepto de ley del artículo 1 del Código Civil"[151].

En línea con este principio se manifiesta la Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de Chile de 30 de noviembre de 2004[152], al precisar que "la sentencia de primera instancia que rechazó la demanda, estableció que no se probó el derecho extranjero y debió acreditarse con el objeto de establecer la intención de las partes y la extensión de las cláusulas del contrato; Que en consecuencia, los hechos fundantes de la demanda no resultaron probados"[153]. Por consiguiente, añade la Corte Suprema, "al establecer la sentencia que la legislación aplicable es la del derecho extranjero y que al no haberse éste acreditado por el actor, debió, como lo hizo, rechazar la demanda, ha dado una correcta aplicación al inciso 2° del artículo 16 del Código Civil y 113 del Código de Comercio"[154].

Reincidiendo en esta idea, la Sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago de 31 de julio de 2003[155] señala en relación con el Derecho extranjero que "hay aspectos de hecho, como son la existencia y vigencia de las normas jurídicas o la recepción en él de determinados principios o lo relativo a su predominio, sobre los cuales las partes pueden acordar o discordar"[156], de ahí la posibilidad de la prueba pericial reconocida en el CPC chileno. En suma, como resalta la Corte de Apelaciones de Temuco en su decisión de 8 de abril de 2010 "la presunción de conocimiento de la ley, que emana del artículo 7 y 8 del Código Civil Chileno, que disponen que 'desde su publicación la ley se entenderá conocida de todos y será obligatoria' y que 'nadie podrá alegar ignorancia de la ley después que ésta haya entrado en vigencia', sólo alcanza a la norma de derecho nacional, y por ende solo este Derecho no se prueba, porque es el único que se supone conocido de acuerdo a lo establecido en las normas citadas. Por lo mismo el derecho extranjero deberá ser probado en lo que respecta a su existencia, contenido y vigencia por la parte que sostiene su concurrencia"[157].

IV. EL JUEGO DE LOS ESPEJOS: SIMILITUDES DESDE LA DIFERENCIA.

El actual *status quo* existente en la Unión Europea en relación con la aplicación del Derecho extranjero por las autoridades judiciales nacionales resulta, de

151 Rol 230/2007 (Civil). Resolución nº. 9809 de Corte de Apelaciones de Antofagasta, de 13.7.2007, numeral 4.

152 Rol 868/2003 (Casación). Resolución nº. 23198 de Corte Suprema, Sala Primera (Civil) de 30.11.2004.

153 Numeral 7.

154 Numeral 10.

155 Rol 11276/2002 (Civil). Resolución nº. 94840 de Corte de Apelaciones de Santiago, de 31.7.2003.

156 Numeral 6.

157 Numeral 7, Rol 199/2010 (Penal). Resolución nº 6803 de Corte de Apelaciones de Temuco, de 8.4.2010.

partida, poco compatible con la idea misma de la existencia de un espacio europeo integrado de seguridad de justicia. Adicionalmente, las consecuencias para las partes en términos de costes, imprevisibilidad e inseguridad son notables y, lejos de reducirse, irán creciendo según se acentúe la consolidación del mercado interior y, con ello, el incremento de situaciones transnacionales planteadas ante los tribunales.

Varias y distintas soluciones se manejan para justificar o templar las consecuencias de esta situación[158]. Pero lo cierto es que a fecha de hoy no se prevé una acción armonizadora a corto plazo por parte de la Unión. El Convenio Europeo acerca de la Información sobre el Derecho Extranjero, hecho en Londres el 7 de junio de 1968 en el marco del Consejo de Europa[159] y al que se encuentran vinculados los distintos Estados miembros de la Unión cuenta con un ámbito limitado y una muy esporádica aplicación[160]. Y la presencia de instrumentos diversos como la ya mencionada Red Judicial Europea en materia civil y mercantil, el Atlas judicial europeo en materia civil[161] o el portal Europeo de e-*justice*[162], pensado para ser en el futuro una ventanilla única en el ámbito de la justicia y del que cuelgan los dos anteriores, si bien sirven para aportar información básica sobre los modelos jurídicos de la Unión Europea[163], no de terceros países, no mitigan los negativos efectos de la ausencia de una solución común sobre los distintos ámbitos y cuestiones que acompañan a la aplicación del Derecho extranjero por parte del juez europeo.

El estudio de la realidad existente en Iberoamérica en relación con esta relevante problemática, a la vez que permite redimensionar el destacado proceso de codificación del Derecho internacional privado desarrollado en Europa, manifestando algunas de sus limitaciones y carencias, lanza una señal en contra el geocentrismo imperante, realzando la ineludible exigencia de, siguiendo las palabras del más famoso Gaviero que haya jamás existido, "negar toda orilla".

Iberoamérica ha sido desde antiguo el centro de un vasto y rico proceso de codificación del Derecho internacional privado. En relación específicamente con la problemática de la aplicación del Derecho extranjero, este proceso ha permitido que hoy, en un amplio número de países iberoamericanos, se compartan, con

158 En relación con estas soluciones, vid. Esplugues, C.: "Harmonization of Private International Law in Europe and Application of Foreign Law: The "Madrid Principles" of 2010", *Yearbook of Private International Law*, 2011, vol. 13, pp. 290-293.

159 Que cuenta con 46 ratificationes / adhesiones en 2020. El Convenio se complementa con un Protocolo adicional de 15.3.1978 (que cuenta con 41 ratificationes / adhesiones em 2020).

160 Esplugues, C.: "Harmonization of Private", cit., p. 291.

161 https://e-justice.europa.eu/content_european_judicial_atlas_in_civil_matters-321-es.do

162 https://e-justice.europa.eu/home.do?action=home&plang=es

163 Aunque tanto en la UE como fuera de ella, estas bases no dejan de sembrar ciertas dudas sobre la validez de sus contenidos. Al respecto, Moura Ramos, R.M.: "Proof of and Information", cit., p. 444.

diversos grados de amplitud y lealtad, tres ideas sobre la aplicación del Derecho extranjero por los tribunales estatales. Se acepta así que, el Derecho extranjero es Derecho y, como tal, se conoce por el juez nacional y se aplica *ex officio* por éste, siendo esta aplicación o inaplicación susceptible de revisión por las instancias judiciales superiores. Correlativamente, y en lo referente a su tratamiento procesal, se reconoce el papel protagonista atribuido al juez sin que ello impida a las partes mantener una posición cooperativa al respecto, reconociéndoles la capacidad de proceder a su alegación y prueba ante la autoridad judicial competente. Por último, y como no podía ser de otra forma, las dos afirmaciones anteriores no pueden constituir un salto sin red, lo que se traduce en que el Derecho extranjero no será aplicado en ciertos casos, por ejemplo, cuando resulte contario al orden público del juez.

La proyección en la práctica de estos tres principios, lo volvemos a apuntar, presenta diversas gradaciones e intensidades, existiendo algunas excepciones nacionales. Este hecho, sin embargo, no resta valor ni trascendencia alguna al proceso de codificación desarrollado en la materia que, de hecho, adquiere una relevancia adicional cuando lo comparamos con lo que está ocurriendo en la UE en relación con este punto; permitiendo poner en valor ese "futuro del presente" iberoamericano, al que refiere el poeta, oculto para muchos al otro lado del Atlántico.

BIBLIOGRAFÍA

AA.VV.: *Ley de Derecho internacional privado comentada* (coordinada por De Maekelt, T.B., Esis Villaroel, I. y Resende, C.), Caracas, Universidad Central de Venezuela, 2005.

Abal Oliu, J.: "La prueba del Derecho en el proceso jurisidiccional", *Revista de Derecho*, Segunda época, año 8, núm. 8, 2013.

Arellano García, C.: "Nuevas normas sobre aplicación del Derecho extranjero", *Revista de la Facultad de Derecho de México*, 1991.

Azcárraga Monzonís, C.:

- "Spain: The Application of Foreign Laws in Spain–Critical Analysis of the Legal Novelties of 2015", en AA.VV.: *Treatment of Foreign Law–Dynamics towards Convergence?* (editado por Nishitani, Y.), Springer, The Netherlands, 2017.

- "The Urgent Need for Harmonisation of the Application of Foreign Laws by National Authorities in Europe", *IJPL*, vol. 3, núm. 1, 2013.

Bach, I. y Gruber, U.P.: "Austria and Germany", en AA.VV.: *Application of Foreign Law by Judicial and Non-Judicial Authorities in Europe,* Munich (editado por Esplugues, C., Iglesias, J. L. y Palao, G.), Sellier, 2011.

Baltar, L. y Scotti, L.B.: "La aplicación del Derecho extranjero, la cláusula de excepción y el reenvío en el Derecho internacional privado argentino: un trinomio pragmático", *Revista electrónica de estudios internacionales*, núm. 36, 2018.

Basedow, J.: *The Application of Foreign Law – Comparative Remarks on the Practical Side of Private International Law*, Max Planck Private Law Research Paper, núm. 14/17.

Binchy, W.: *Irish Conflicts of Law*, Dublin, Butterworth, 1988.

Boschiero, N. y Ubertazzi, B., "Italy: Proof and Information about Foreign Law in Italy", en AA.VV.: *Treatment of Foreign Law–Dynamics towards Convergence?* (editado por Nishitani, Y.), Springer, The Netherlands, 2017.

Bottiglieri, M.G.: "Importantes avances en la codificación del Derecho internacional privado argentino", *Anuario Español de Derecho internacional privado*, T. XIII, 2013.

BOUTIN ICAZA, G.: "Sobre la ideología del nuevo Código de Derecho internacional privado panameño", *Anuario Español de Derecho internacional privado*, T. XIII, 2013.

CARNELOUP, S.: "The Evoling Balance Between the Judge and the Parties in France", en AA.VV.: *Treatment of Foreign Law–Dynamics towards Convergence?* (editado por NISHITANI, Y.), Springer, The Netherlands, 2017.

CARRILLO SALCEDO, J.A.: *Derecho internacional privado. Introducción a sus problemas fundamentales*, Madrid, Tecnos, 1971.

CAVERS, D.F.: "A Critique of the Choice-of-Law Problem", *Harv.L.Rev.*, vol. 47, 1933-1934.

CUNIBERTI, G. y RUEDA, I.: "Luxembourg", en AA.VV.: *Application of Foreign Law by Judicial and Non-Judicial Authorities in Europe*, Munich (editado por ESPLUGUES, C., IGLESIAS, J. L. y PALAO, G.), Sellier, 2011.

DE MAEKELT, T. B.:

- "Ley de Derecho Internacional Privado venezolano. Comentarios generales", *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Universidad Central de Venezuela*, núm. 117, 2000.

- *Teoría General del Derecho internacional privado*, Caracas, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, 2005.

DELGADO BARRETO, C., DELGADO MENÉNDEZ, M.A., CANDELA SÁNCHEZ, C. et al.: *Introducción al Derecho internacional privado. Tomo III. Conflictos de jurisdicciones, arbitraje internacional y sujetos de las relaciones privadas internacionales*, Lima, Fondo Editorial, Pontificia Universidad Católica del Perú, 2015.

DUNCKER, F.: *Derecho internacional privado*, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1967.

EMILIANIDES, A.C.: "Cyprus", en AA.VV.: *Application of Foreign Law by Judicial and Non-Judicial Authorities in Europe*, Munich (editado por ESPLUGUES, C., IGLESIAS, J. L. y PALAO, G.), Sellier, 2011.

ERVO, L. *et al,* "Scandinavian Countries", en AA.VV.: *Application of Foreign Law by Judicial and Non-Judicial Authorities in Europe*, Munich (editado por ESPLUGUES, C., IGLESIAS, J. L. y PALAO, G.), Sellier, 2011.

Esplugues, C.:

- "General Report on the Application of Foreign Law by Judicial and Non-Judicial Authorities in Europe (Project JLS/CJ/2007-1/03)", en AA.VV.: *Application of Foreign Law by Judicial and Non-Judicial Authorities in Europe*, Munich (editado por Esplugues, C., Iglesias, J. L. y Palao, G.), Sellier, 2011.

- "Harmonization of Private International Law in Europe and Application of Foreign Law: The "Madrid Principles" of 2010", *Yearbook of Private International Law*, vol. 13, 2011.

- "La determinación del derecho aplicable a las situaciones jurídico-privadas internacionales: aspectos generales", en AA.VV., *Derecho internacional privado* (editado por Esplugues, C., Iglesias, J.L. y Palao, G.), Valencia, Tirant lo Blanch, 14ª ed., 2020.

- "La imperfección de la perfección: la ausencia de reglas comunes sobre aplicación del derecho extranjero por los jueces, como talón de Aquiles del proceso europeo de armonización del derecho internacional privado", en AA.VV.: *Estudios jurídicos en homenaje a Vicente L. Montés Penadés* (editado por Blasco Gascó, F., Clemente Meoro, M., Orduña Moreno, J. *et al.*), Valencia, Tirant lo Blanch, vol. I, 2011.

- "¿Nuevos derroteros del Derecho internacional privado? El caso de la normativa estatal americana prohibiendo la aplicación del Derecho extranjero por sus tribunales y autoridades", *InDret Privado. Revista para el Análisis del Derecho,* núm. 2, 2015.

- "The Application of Foreign Law by Judicial and Non-Judicial Authorities: Any News?", *ZZPInt*, 2019, vol. 24, p. (en prensa).

- "The Long Road towards a Common Rule on the Application of Foreign Law by Judicial Authorities in Europe", *ZZPInt*, vol. 14, 2009.

- "Una aproximación internacional privatista al nuevo Código de Procedimiento Civil de Bolivia, de 2013", *Revista Boliviana de Derecho*, núm. 18, 2014.

Fentiman, R.: *Foreign Law in English Courts. Pleading, Proof and Choice of Law,* Oxford, OUP, 1998.

Fernández Arroyo, D.:

- "El derecho internacional privado en el diván – Tribulaciones de un ser complejo", *Derecho internacional privado y Derecho de la integración. Libro Homenaje a Roberto Ruiz Díaz Labrano*, Asunción, CEDP, 2013.

- *La codificación del Derecho internacional privado en América Latina. (Ámbitos de producción jurídica y orientaciones metodológicas)*, Tesis Doctoral, Universidad Complutense de Madrid, 1993.

Fernández Arroyo, D. y All, P.M.: "Argentina: The Changing Character of Foreign Law in Argentinian Legal System", en AA.VV.: *Treatment of Foreign Law–Dynamics towards Convergence?* (editado por Nishitani, Y.), Springer, The Netherlands, 2017.

Feuillade, M. C.: "Aplicación del Derecho extranjero en el Código Civil y Comercial, con especial referencia a los elementos culturales", *Prudentia Iuris*, núm. 83, 2017.

Figuera Vargas, S. C.: "Análisis de la Ley de Derecho internacional privado venezolana como propuesta académica y logro legislativo", *Anuario español de Derecho internacional privado*, T. XIII, 2013.

Fresnedo de Aguirre, C.:

- *El Proyecto de Ley General de Derecho Internacional Privado obtuvo media sanción legislativa*, http://www.asadip.org/v2/?p=6496.

- Uruguay: Proof and Information About Foreign Law in Uruguay", en AA.VV.: *Treatment of Foreign Law–Dynamics towards Convergence?* (editado por Nishitani, Y.), Springer, The Netherlands, 2017.

Gallegos Zuñiga, J.: "Aspectos generales del Derecho internacional privado en Chile", *Revista del Magister y Doctorado en Derecho*, núm. 3, 2009-2010.

García Calderón Moreyra, G.: "Ley aplicable en las obligaciones contractuales a la luz del Derecho Internacional Privado Peruano", *Decreto Legislativo nº. 296 Código Civil*, Lima, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 16ª ed., 2015.

Geeroms, S.: *Foreign Law in Civil Litigation: A Comparative and Functional Analysis*, Oxford, OUP, 2004.

Goldschmidt, W.: *Derecho Internacional Privado. Derecho de tolerancia*, Buenos Aires, Depalma, 1988.

Guzmán Latorre, D.: *Tratado de Derecho internacional privado*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1989.

Hartley, T.C.: "Pleading and Proof of Foreign Law: The Major European Systems Compared", *ICLQ,* 1996.

Hausman, R.: "Pleading and Proof of Foreign Law – a Comparative Analysis", *The European Legal Forum,* 1-2008.

Hernández Bretón, E. y Madrid Martínez, C.: "Venezuela: Finding Foreign Law in Venezuela. General Overview", en AA.VV.: *Treatment of Foreign Law–Dynamics towards Convergence?* (editado por Nishitani, Y.), Springer, The Netherlands, 2017.

Iglesias, J. L., Esplugues, C., Palao, G. *et al.*, "Spain", en AA.VV.: *Application of Foreign Law by Judicial and Non-Judicial Authorities in Europe*, Munich (editado por Esplugues, C., Iglesias, J. L. y Palao, G.), Sellier, 2011.

Jänterä-Jareborg, M.: "Application of Foreign Law in Swedish Courts – Recent Developments", en AA.VV, *Modern Issues in European Law Nordic Perspectives Essays in Honour of Lennart Palsson* (editado por Melander, G.), Dordrecht, Brill / Nijhoff, 1997.

Jänterä-Jareborg, M.: "Foreign Law in National Courts a Comparative Perspective", *Recueil des Cours*, vol. 204, 2003.

Knez, R. y Rosic, V.: "Slovenia", en AA.VV.: *Application of Foreign Law by Judicial and Non-Judicial Authorities in Europe*, Munich (editado por Esplugues, C., Iglesias, J. L. y Palao, G.), Sellier, 2011.

Lalani, S.: "Establishing the Content of Foreign Law: A Comparative Study", *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, vol. 20, 2013.

Magallón Elósegui, N.: "La reforma del sistema de Derecho internacional privado en la República Argentina", *Revista electrónica de estudios internacionales*, núm. 14, 2007.

Manrique-García. J.: "La prueba de la Ley extranjera en Colombia: análisis comparado", *Revista Colombiana de Derecho Internacional*, núm. 20, 2012.

Markesinis, B. y Fedtke, J.: *Giudici e diritto straniero. La pratica del diritto comparator,* Bologna, Il Mulino, 2009.

Maunsbach, U.: "Sweeden: Proof of and Information About Foreign Law in Civil and Commercial Matters-Swedish Perspective", en AA.VV.: *Treatment of Foreign*

Law – Dynamics towards Convergence? (editado por NISHITANI, Y.), Springer, The Netherlands, 2017.

MÉLIN, F.: *La connaissance de la loi étrangère par les juges du fond (Recherches sur l'infériorité procédurale de la loi étrangère dans le procès civil)*, Aix-en-Provence, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2002.

MENGOZZI, P.: *La riforma del diritto internazionale private italiano. La legge 31 maggio 1995 n. 218*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2ª ed., 1997.

MOURA RAMOS, R.M.: "Proof of and Information about Foreign Law", *Bol. Fac. Direito U. Coimbra*, vol. 90-1, 2014.

NATOV, N.: "Bulgaria", en AA.VV.: *Application of Foreign Law by Judicial and Non-Judicial Authorities in Europe*, Munich (editado por ESPLUGUES, C., IGLESIAS, J. L. y PALAO, G.), Sellier, 2011.

NISHITANI, Y.:

- "Preface", en AA.VV.: *Treatment of Foreign,* AA.VV.: *Treatment of Foreign Law – Dynamics towards Convergence?* (editado por NISHITANI, Y.), Springer, The Netherlands, 2017.

- "Treatment of Foreign Law: Dynamics Towards Convergence? General Report", en AA.VV.: *Treatment of Foreign Law – Dynamics towards Convergence?* (editado por NISHITANI, Y.), Springer, The Netherlands, 2017.

NOGUEIRA ALCALÁ, H.: "El uso del Derecho extranjero y del Derecho internacional por parte del Tribunal Constitucional chileno durante el período 2006-2007", *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso,* 2011, vol. XXXVII, p. 280.

ORDIOZOLA MARISCAL, C.E.: "El principio iura novit curia en México: hacia un instituto federal de especialistas en Derecho internacional privado y Comparado", *Obra en homenaje a Rodolfo Cruz Miramontes* (coordinado por BECERRA RAMÍREZ, M., CRUZ BARNEY, O, GONZÁLEZ MARTÍN, N. *et al*), México, Instituto Investigaciones Jurídicas/UNAM, 2008.

PAUKNEROVA, M. y BRODEC, J.: "Czech Republic", en AA.VV.: *Application of Foreign Law by Judicial and Non-Judicial Authorities in Europe*, Munich (editado por ESPLUGUES, C., IGLESIAS, J. L. y PALAO, G.), Sellier, 2011.

Pérez Pacheco, Y.: "Aportes de la Ley de Derecho internacional privado venezolano a la codificación ius internalprivatitsta", *Ars Boni et Aequi*, año 10, núm. 2, 2014.

Pereznieto Castro, L.:

- *Derecho internacional privado. Parte General*, México, OUP, 7ª ed., 1998.

- "El derecho internacional privado y su normatividad en su incorporación en el sistema jurídico mexicano", *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. XV, 2015.

- "Notas sobre el Derecho internacional privado en América Latina", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado,* nueva serie, año XLVIII, núm. 144, 2015.

Picand Albonico, E.: "El juez y el Derecho extranjero en el proceso de extradición", *Revista jurídica del Ministerio Público*, núm. 34, 2008.

Queirolo, I. (coord.): "Italy", en AA.VV.: *Application of Foreign Law by Judicial and Non-Judicial Authorities in Europe*, Munich (editado por Esplugues, C., Iglesias, J. L. y Palao, G.), Sellier, 2011.

Ramírez Necoechea, M.: *Derecho internacional privado*, Santiago, Legal Publishing, 2009.

Rodríguez, M.S.: "Algunos problemas sobre la aplicación del Derecho Extranjero en el Nuevo Código Civil y Comercial Argentino: El tratamiento de las cuestiones propias del Derecho Internacional Privado", *Pensar en Derecho*, núm. 8, 2016.

Sciberras, T. y Borg, K. A.: "Malta", en AA.VV.: *Application of Foreign Law by Judicial and Non-Judicial Authorities in Europe*, Munich (editado por Esplugues, C., Iglesias, J. L. y Palao, G.), Sellier, 2011.

Scotti, L.B.: "Werner Goldschmidt: el gran Maestro del Derecho Internacional Privado del Siglo XX", en AA.VV.: *La Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires hacia su Bicentenario* (coord. por Ortiz, T. y Scotti, L.), Buenos Aires, Universidad de Buenos Aires, Facultad de Derecho, Departamento de Publicaciones, 2019.

Solenik, D.: *L'application de la loi étrangère par les juges du fond anglais et français: réflexions pour une approche convergente dans l'espace européen*, Paris, Le Manuscrit, 2006.

Tellechea Bergman, E.:

- "Aplicación e información del derecho extranjero a nivel interamericano y especialmente uruguayo", en AA.VV.: *Derecho internacional privado – derecho de la libertad y el respeto mutuo. Ensayos a la memoria de Tatiana B. de Maekelt* (dirigido por Fernández Arroyo, D.P. y Moreno Rodríguez, J.A.), CEDEP/ASADIP, Asunción, 2010.

- "Aplicación e información del Derecho extranjero en el ámbito interamericano y mercosureño con especial referencia al Derecho uruguayo", *Revista de Doutrina da 4ª Região*, núm. 25, 2008.

Tomás Ortíz de la Torre, J.A.: "El Derecho internacional privado de la República Oriental del Uruguay: una aproximación con motivo de la Ley General del 2016", *Anuario Hispano – Luso – Americano de Derecho internacional*, 2017-2018.

Traest, M.: "Belgium", en AA.VV.: *Application of Foreign Law by Judicial and Non-Judicial Authorities in Europe*, Munich (editado por Esplugues, C., Iglesias, J. L. y Palao, G.), Sellier, 2011.

Uzal, M. E.: *Derecho Internacional Privado*, Buenos Aires, La Ley, 2016.

Van den Eeckhout, V.: "The Netherlands", en AA.VV.: *Application of Foreign Law by Judicial and Non-Judicial Authorities in Europe*, Munich (editado por Esplugues, C., Iglesias, J. L. y Palao, G.), Sellier, 2011.

Villaroel B., C. y Villaroel B., G.: "La aplicación del Derecho extranjero en Chile después del Tratado con Uruguay", *Revista chilena de Derecho*, vol. 18, núm. 1, 1991.

Wautelet, P.: "Belgium: Foreign Law in Belgian Courts-From Theory to Practice", en AA.VV.: *Treatment of Foreign Law – Dynamics towards Convergence?* (editado por Nishitani, Y.), Springer, The Netherlands, 2017.

Wegher Osci, F.S.: "Da mihi factum dabo tibi ius. Notas sobre la aplicación del derecho extranjero en casos iusprivatistas multinacionales y su vinculación con el acceso a la justicia en el Código Civil y Comercial de la República Argentina", *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. XIX, 2019.

LA INTERPRETACIÓN JURÍDICA CON PERSPECTIVA DE GÉNERO. UN DECÁLOGO DE ESTÁNDARES INTERPRETATIVOS

LEGAL INTERPRETATION WITH A GENDER PERSPECTIVE. A DECALOGUE OF INTERPRETATIVE STANDARDS

Rev. Boliv. de Derecho Nº 31, enero 2021, ISSN: 2070-8157, pp. 60-89

Gabriel R. JUAN

ARTÍCULO RECIBIDO: 13 de octubre de 2020
ARTÍCULO APROBADO: 13 de noviembre de 2020

RESUMEN: El sistema jurídico argentino se inscribe en el paradigma constitucionalista. En él, la perspectiva de género es una condición necesaria para realizar una interpretación jurídica correcta, dado que sus postulados influyen sobre cualquier noción y curso de acción jurídico. Sobre esta base, en el artículo asumo una fundamentación teórica de la Teoría de género, y propongo un decálogo de estándares interpretativos que receptan su visión.

PALABRAS CLAVE: Constitucionalismo; interpretación jurídica; perspectiva de género; estándares interpretativos.

ABSTRACT: *The Argentine legal system is part of the constitutional paradigm. In this case, the gender perspective is an essential condition to make a legal correct interpretation because its postulates influence any notion and course of legal action. On this matter, I assume a theoretical foundation of the gender theory and I recommend a decalogue of interpretative standards which receive its vision.*

KEY WORDS: *Constitucionalism; legal interpretation; gender perspective; interpretive standards.*

SUMARIO.- I. INTRODUCCIÓN. II. LA INTERPRETACIÓN JURÍDICA COMO RAZÓN JUSTIFICATIVA DE LAS DECISIONES. 1. Contenido y finalidad. 2. Cánones o métodos. 3. En busca de una razón justificativa. III. LA INTERPRETACIÓN JURÍDICA EN EL PARADIGMA CONSTITUCIONAL-CONVENCIONAL. IV. LA INTERPRETACIÓN JURÍDICA Y LA PERSPECTIVA DE GÉNERO. UNA PROPUESTA DE FUNDAMENTACIÓN TEÓRICA. V. DECÁLOGO DE ESTÁNDARES INTERPRETATIVOS EN CLAVE DE GÉNERO. 1. Enunciado General. 2. Enunciados específicos. VI. A MODO DE CONCLUSIÓN.

I. INTRODUCCIÓN.

A partir del cambio significativo de modelo que representó en Occidente el paso del Estado legislativo al Estado constitucional de Derecho, el estudio de la interpretación jurídica migró de la Dogmática a la Filosofía del derecho (al núcleo Teoría del derecho), dado que la comprensión de los problemas jurídicos actuales no se resuelve únicamente desde y hacia el interior de la ciencia jurídica. Y en este ámbito nuevo, el análisis de la Teoría de género es una de las condiciones necesarias en la labor hermenéutica, en virtud de la influencia directa que tiene sobre cualquier noción y curso de acción jurídico. Aún más, el impacto de la perspectiva de género es de tal magnitud, que parece razonable añadirla a la denominación habitual; es decir, bien podría nombrarse a esta área de estudio "interpretación jurídica con perspectiva de género".

En un sentido amplio, la interpretación integra el proceso hermenéutico que, en sí mismo, es complejo. De hecho, Hans-Georg Gadamer explica que la interpretación no es un acto complementario ni posterior a la comprensión, sino que comprender significa siempre interpretar. Se considera entonces a la interpretación como la forma explícita de la comprensión, donde el lenguaje y los conceptos de la interpretación son reconocidos como un momento interno y estructural de la comprensión. Y en la fusión interna entre comprensión e interpretación cabe dar un paso más en el proceso hermenéutico, con la integración de la aplicación. Es decir, comprensión, interpretación y aplicación constituyen un proceso unitario[1]. Por otra parte, se conoce que toda interpretación plantea una tensión entre el lector y el texto a interpretar, que está inserta en una situación

1 Gadamer, H. G.: *Verdad y método*, trad. Ana Agud Aparicio y Rafael de Agapito, Ediciones Sígueme, Salamanca, 1993, p. 193.

• Gabriel R. Juan
Doctor en Ciencias Jurídicas y Sociales (UM). Abogado especialista en Derecho constitucional (U. Salamanca) y en Derecho de daños (UNL). Miembro de la Asociación Argentina de Filosofía del Derecho (AAFD). Adscrito a la cátedra Filosofía del derecho (UNCuyo). Presidente de la Comisión de Filosofía del Derecho y Ética del Colegio de Abogados de Mendoza. Abogado en ejercicio de la profesión. Correo electrónico: gabrieljuan@estudiojuan.com.ar.

temporal cambiante. De allí que cada lectura nueva de un texto exprese una cognición distinta, donde influye la propia historicidad del intérprete; por lo tanto, una interpretación relevante prescinde de la intención del autor[2].

En consecuencia, se habla de dos tipos de unidades hermenéuticas: la "unidad del proceso hermenéutico" aludido en primer término, con sus fases interpretación, comprensión y aplicación; y la propia "unidad hermenéutica", que señala la relación necesaria entre las distintas interpretaciones textuales, por ejemplo, en lo que aquí interesa, entre la jurídica y la histórica (a las que se puede agregar la literaria, a partir del pensamiento de Ronald Dworkin[3]).

Una concepción interpretativa-argumentativa del Derecho, que reconoce la influencia del esquema hermenéutico general reseñado, encuentra en el escenario jurídico del Estado de Derecho constitucional-convencional argentino un ámbito adecuado de expansión. En su marco, la Teoría de género aparece consustancial a la práctica social dialógica, en tanto resulta ser una de las formas de expresión igualitaria y progresiva de la historicidad, con las que debe comprenderse el derecho de los derechos humanos. Para justificar este postulado, el artículo expresa una propuesta de fundamentación teórica de la Teoría de género, para luego formular estándares interpretativos que recepten la perspectiva. Previo a ello, expone una determinada concepción de la interpretación jurídica y describe las principales características del paradigma constitucionalista.

II. LA INTERPRETACIÓN JURÍDICA COMO RAZÓN JUSTIFICATIVA DE LAS DECISIONES.

La interpretación es una actividad omnipresente en el derecho[4]. Lo es tanto en un sentido amplio, al considerar que todos los problemas normativos son a su vez problemas de interpretación, cuánto en un sentido restringido, esto es, cuando lo que se pretende es resolver un problema de interpretación de una norma puntual, documento, sentencia, etc. Esta misma omnipresencia demuestra su importancia.

2 En palabras de Enrique Marí: "…ya conocemos la firme idea de Gadamer: ningún método puede trascender la propia historicidad del intérprete, ninguna verdad puede trascender esta verdad central, ninguna interpretación relevante puede estar gravada por la intención original del autor." (Mari, E.: "Derecho y literatura. Algo de lo que sí se puede hablar pero en voz baja", AA.VV.: *Derecho y Literatura. Textos y Contextos* (compilador J. Roggero), Eudeba, Buenos Aires, 2015, pp. 195-228 –p. 211–).

3 Ver Dworkin, R.: *El imperio de la justicia*, trad. Claudia Ferrari, 2ª ed., Gedisa, Barcelona, 2012; y Dworkin, R.: *Una cuestión de principios*, trad. Victoria de los Ángeles Boschiroli, 2ª ed., Siglo Veintiuno editores, Buenos Aires, 2017. Por razones de la extensión prevista para este artículo, la especial posición interpretativa de este autor no se tratará en esta ocasión, aunque ya me he ocupado de ella en un trabajo anterior (Juan, G.: *El concepto de dignidad humana de la gestante en la Gestación por Sustitución. Un acercamiento desde la Literatura,* Tesis doctoral –inédita–, 2019b).

4 MacCormick, N.: "Argumentación e interpretación en derecho", *DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 33, 2010, trad. Jorge Luis Fabra Zamora y Laura Sofía Guevara, pp. 65-78 (p. 66).

Empero, a pesar de ello, no es posible pensar en una caracterización pacífica respecto de en qué consiste la interpretación jurídica, cómo debe realizarse o cuál es su función en la Teoría del Derecho. Tampoco resulta simple salvar las discrepancias sobre el contenido de su objeto, naturaleza y criterios de corrección. Incluso, respecto del tipo de discurso que de ella resulta: interpretativo descriptivo o interpretativo prescriptivo o normativo[5]. Por eso no extraña que alrededor de la interpretación, el pensamiento jurídico se encuentre dividido en escuelas o tendencias. Una explicación posible es que la interpretación jurídica no solo se introduce y construye el sentido íntimo de la ley o texto jurídico, sino que, además, tiene como "campo de referencia", en forma directa e indirecta, un conjunto de problemas teóricos y prácticos[6]. Estas cuestiones teóricas y prácticas, que inciden en la problemática de la interpretación jurídica (entre otras, administración de justicia, composición de intereses en juego, metodología del conocimiento, lógica, etc.), se abordan desde las diferentes perspectivas adoptadas en el estudio del Derecho y son, en gran medida, las responsables de las discrepancias[7].

Sin embargo, es posible trazar algunos lineamientos generales que, con matices, resultan admitidos. Veamos algunos de ellos.

1. Contenido y finalidad.

En un sentido usual, tanto en la teoría como en la práctica, se sostiene que la interpretación jurídica significa el paso de un enunciado a otro; de un enunciado a interpretar a otro enunciado interpretado. El propósito es solucionar problemas derivados de: a) una expresión imprecisa (por ambigüedad o vaguedad); b) cómo debe articularse el texto a interpretar con otro u otros (problemas de lagunas o contradicciones); c) cuál es el alcance de la intención del autor; d) una relación problemática entre la intención del autor del texto y sus finalidades o propósitos; y e) cuándo el texto es incompatible con los valores del ordenamiento[8].

Por ejemplo, ante un supuesto de discriminación por causa de identidad de género, el paso de un enunciado a otro se podría visualizar de la siguiente manera:

5 Lifante Vidal, I.: "Un mapa de problemas sobre la interpretación jurídica", AA.VV.: *Interpretación jurídica y teoría del derecho* (editora I. Lifante Vidal), Palestra, Lima, 2010, versión e-book, p. 27.

6 Según Enrique Marí, entre estos problemas se encuentran: "la adecuada administración de justicia, la equitativa composición de los intereses en litigio, el equilibrio entre los intereses públicos y sociales por una parte, y los individuales por la otra, la pretensión de rigurosidad del discurso normativo, su reclamo de cientificidad, la lógica y la metodología del conocimiento jurídico, las perspectivas de control del voluntarismo jurídico." (Marí, E.: *La interpretación de la ley,* Eudeba, Buenos Aires, 2014, p. 13).

7 Lifante Vidal, I.: "La interpretación jurídica y el paradigma constitucionalista", *Anuario de Filosofía del Derecho*, núm. 25, 2008, pp. 257-278 (p. 259).

8 Atienza, M.: *Curso de argumentación jurídica*, 4ª reimp., Trotta, Madrid, 2016, pp. 436-437.

(A) Enunciado a interpretar: determinar si la expresión "cualquier otra condición social" que estipula el art. 1.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH)[9] incluye la noción identidad de género.

(B) Enunciado interpretativo: según surge las sentencias dictadas en los casos "Atala Riffo y niñas Vs. Chile", párr. 91; "Duque Vs. Colombia", párr. 105, y "Flor Freire Vs. Ecuador", párr. 118; como así también de la OC 24/2017 (párrafos 68 y ss.), para la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) la identidad de género es una categoría protegida por dicho enunciado a interpretar.

C) Enunciado interpretado: la identidad de género[10] es una categoría protegida por el art. 1.1 de la CADH.

2. Cánones o métodos.

También es posible convenir cierto consenso en lo relativo a cuáles son los cánones, métodos o técnicas de interpretación jurídica. La posibilidad de realizar un análisis correcto requiere diferenciar dos momentos en el proceso interpretativo, cuyos niveles de complejidad son dispares. El primero es el paso de los enunciados (A) y (B) al (C), que no ofrece dificultad, ya que se trata de una operación meramente deductiva. El segundo, en cambio, sí la tiene, pues consiste en justificar el "enunciado interpretativo" (el enunciado B). Para ello habrá de recurrirse a los métodos conocidos, que se clasifican en reglas de primer grado, esto es, aquellas que expresan cómo justificar el enunciado interpretativo, y reglas de segundo grado, que son las que indican cómo usar las reglas de primer grado, cuando éstas son concurrentes o contradictorias entre sí. Las reglas de primer grado son las siguientes: a) reglas lingüísticas, indican que las palabras se entienden en su sentido habitual; b) reglas sistemáticas, expresan que una palabra o enunciado debe entenderse de modo que no contradiga otro enunciado del sistema; c) reglas pragmáticas, remiten a la exposición de motivos para aclarar el significado del enunciado; d) reglas teleológicas, exponen que la interpretación debe ser coherente con el fin perseguido por la ley; y e) reglas valorativas, limitan el resultado de la interpretación estableciendo que no puede menoscabar los valores constitucionales (en el caso argentino, los principios y valores del derecho de los derechos humanos que adopta nuestro sistema constitucional-convencional). Por su parte, las reglas de segundo grado (también llamadas reglas de prioridad) establecen qué criterios prevalecen y en qué condiciones. En este momento de

9 "Los Estados Parte en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social" (art. 1.1. CADH).

10 Conforme la OC 24/2017: "…la vivencia interna e individual del género tal como cada persona la siente, la cual podría corresponder o no con el sexo asignado al nacimiento…".

la labor, el intérprete debe asumir alguna Teoría de la interpretación. Al respecto, existen dos grandes grupos de clasificación de dichas teorías. El primero distingue entre teorías "formalistas" (interpretar es "descubrir" el significado de un texto, asumiendo por lo tanto que los enunciados interpretados serán verdaderos o falsos conforme se logre o no la labor) y "realistas o escépticas" (el intérprete no descubre, sino que "crea" el significado de un texto, por ello no cabe hablar de que el enunciado interpretado sea verdadero o falso). El segundo conjunto de teorías distingue entre "intencionalistas" (o subjetivistas, donde interpretar es "descubrir" la "intención del autor") y "constructivistas" (u objetivistas, donde interpretar el caso de una práctica social, como es el Derecho, significa "mostrarlo bajo su mejor perspectiva")[11]. En este último grupo influyen las Teorías de los autores denominados postpositivistas[12] que, en mi opinión, son las que mejor expresan los fines y valores de un sistema constitucional de Derecho.

Cabe aclarar que el jurista no utiliza en todos los casos el mismo método. Algunas veces recurre a interpretaciones finalistas, otras a la literal o a la sistemática, y en ocasiones emplea en forma conjunta recursos argumentativos diferentes (v. gr., argumentos *a simili, a contrario sensu, a fortiori*). Es decir, el intérprete jurídico elige unos u otros, conforme lo exijan las circunstancias de la situación concreta a decidir o valorar. Esta "falta de coherencia", como la denomina Enrique Marí, responde a una táctica argumentativa. En última instancia, lo que el intérprete jurídico pretende es que su dación de sentido convenza o persuada al destinatario, porque entiende que su interpretación es correcta[13].

3. En busca de una razón justificativa.

Esto último perfila la perspectiva que asumo, aquella que ubica la interpretación jurídica "dentro del marco de una explicación de la argumentación, en particular, de la argumentación práctica"[14]. Es decir, la comprensión de textos es una clase de razón justificativa de las decisiones y valoraciones que realizan los intérpretes jurídicos. Esta perspectiva reconoce en forma preponderante la influencia del lenguaje dentro de la práctica social dialógica (una mención especial merece el lenguaje en las relaciones entre Derecho y Literatura[15] que integran tal práctica),

11 Atienza, M.: *El sentido del Derecho*, 5ª impr., Ariel, Barcelona, 2017, pp. 280-284.

12 Tal es el caso de los autores citados en la bibliografía: MacCormick (2010 y 2018); Alexy (2001, 2012 y 2014), Dworkin (2010, 2012 y 2017) y Nino (2014 y 2015). En relación con las del primer grupo, se puede ampliar en Guastini, R.: *Distinguiendo. Estudios de teoría y metateoría del derecho*, trad. Jordi Ferrer i Beltrán, Gedisa, Barcelona, 1999, pp. 201 y ss.

13 Marí, E.: *La interpretación*, cit., p. 17.

14 MacCormick, N.: "Argumentación e interpretación", cit., p. 66.

15 Juan, G.: *El concepto de dignidad humana*, cit. En la tesis doctoral desarrollo la noción "reto ficcional" con características propias dentro de una concepción interpretativa-argumentativa del derecho (se puede ver también: Juan, G.: "Reflexiones desde el punto de vista del derecho en la literatura. Las tareas de cuidado", *Revista de Derecho de Familia*, núm. RDF 90, 15/07/2019, 333 (3). Cita Online: AR/DOC/1703/2019, Thomson-Reuters, Buenos Aires, 2019a). En mi opinión, las relaciones entre Derecho y Literatura, a partir

que se comprenden junto a los otros elementos y formas en un contexto completo. "Todos los materiales jurídicos son expresados en el contexto del sistema jurídico en general, y sin duda a la luz de un todo complejo de circunstancias jurídicas, políticas y fácticas"[16].

Ahora bien, la posibilidad de que el intérprete jurídico pueda elegir el recurso y a partir de él obtener razones justificativas en un contexto argumental, no significa que cualquier interpretación sea válida, que no existan criterios de corrección, o que todo quede en manos de la arbitrariedad de quien realiza la tarea hermenéutica. Antes bien lo contrario. En la selección del recurso interpretativo no es suficiente, por toda consideración, el vínculo entre éste y la norma interpretada. Es menester atender a una porción más completa, a una estrategia argumentativa global, que se integra también con otros factores que influyen en la decisión del jurista. La Teoría del derecho se ocupa de estos otros factores los cuales, junto al fenómeno de Constitucionalismo, explican por qué la interpretación jurídica ha cambiado de hogar, y en la actualidad se comprende mejor desde un análisis totalizador y crítico propio de la Filosofía del derecho. Entre dichos factores relevantes se pueden mencionar los antecedentes históricos, el contexto político, económico y social donde rigen las normas, sus problemas lingüísticos, el sistema de valores de una comunidad determinada en un momento concreto, la evolución de la sociedad, las diferentes funciones del Estado moderno o de sus sistemas judiciales.

De todo lo dicho se desprende que la interpretación jurídica es un acto complejo, donde el contexto temporal y espacial influye sustancialmente, y reviste importancia teórica (hace a la racionalidad del derecho, a la rigurosidad del discurso normativo) y práctica (en particular cuando es controvertida, ilegítima, arbitraria, etc.)[17].

La interpretación jurídica vista de esta manera, como razón justificativa inmersa en una labor argumentativa, es una posición reciente ligada al desarrollo de las teorías de la argumentación jurídica contemporáneas, entendiendo por tales a alguna versión superadora de las teorías de los precursores (Theodor Viehweg, Stephen Toulmin y Chaim Perelman) y las posteriores denominadas teorías estándares (Robert Alexy, Neil MacCormick). El Estado de Derecho constitucional promueve la expansión y explica el auge de estas teorías[18].

---

de su elemento común y diferenciador "lenguaje", son formas válidas para la comprensión y conocimiento del fenómeno jurídico.

16 MacCormick, N.: "Argumentación e interpretación", cit., pp. 72-73.

17 Marí, E.: *La interpretación*, cit., pp. 18-19.

18 En mi opinión, un ejemplo de teoría de la argumentación jurídica completa es la desarrollada por Manuel Atienza (Atienza, M.: *Curso de argumentación jurídica*, cit., 2016).

Por último, es preciso resaltar que la interpretación es una actividad argumentativa y constante; ello significa que se rehace en cada nueva situación donde deba tomarse una decisión o realizar una valoración sobre un texto jurídico. En palabras de Lenio Streck, esta característica -actividad constante- asimila la interpretación al mito de Sísifo; la metáfora de llevar la piedra hacia lo alto de la montaña cada día significa que no existe un sentido último, un significado final, perfecto, acabado, porque no es posible encontrar ese significado que contenga todas las respuestas de antemano[19].

III. LA INTERPRETACIÓN JURÍDICA EN EL PARADIGMA CONSTITUCIONAL-CONVENCIONAL.

El reemplazo del paradigma positivista (legalista) por otro postpositivista (constitucionalista) implica admitir un nuevo esquema de sistema jurídico, que es menester conceptualizar.

Del cuadro trazado por Josep Aguiló, se enuncian a continuación algunas de las principales notas diferenciadoras del paradigma constitucionalista, que interesan a este estudio de la interpretación jurídica. Dichas notas, que se explican por oposición a las del anterior paradigma legalista, consisten en el paso de: a) un sistema de tipicidad, de normas generales y cerradas (de reglas), hacia otro sistema jurídico de reglas y principios (en el cual si bien existe una solución normativa, no se define el "caso" de antemano); b) un modelo de relaciones lógicas de deducibilidad, donde el conflicto entre reglas se decide por la exclusión de una de ellas (cuestión de todo o nada), hacia un modelo de relaciones lógicas y relaciones de justificación, donde prevalece la coherencia valorativa, que se decide por ponderación (cuestión gradual); c) un sistema que se basa en la correlatividad entre derechos y deberes, hacia otro que otorga prioridad justificativa al reconocimiento de derechos; d) un modelo de subsunción hacia otro de subsunción y ponderación; e) un sistema donde la contienda fuerte se da entre quienes piensan que la interpretación es "creación" (razonamiento moral o político) o "aplicación" de normas (razonamiento jurídico), hacia otro donde el razonamiento jurídico es práctico, si se prefiere, se moraliza o politiza, pues incorpora la consideración de los valores y fines constitucionales (se reemplaza el canon "interpretación de la Constitución conforme a la ley" por el canon "interpretación de la ley conforme a la Constitución"); f) un sistema de juicios formales de validez de las normas a otro que distingue entre validez formal y material de las normas; g) la dicotomía "casos regulados-casos no regulados"

19 "Hermenêutica vem de Hermes, figura mitológica grega que transmitía aos mortais o que os deuses falavam. Ocorre que nunca se soube o que os deuses diziam: só se soube o que Hermes dissera acerca do que os deuses disseram. O que se tira disso? Primerio, que estamos condenados a interpretar. Como no mito de Sísifo, levamos a pedra todos os días ao alto de montanha e a pedra rola de volta. No dia seguinte começa tudo de novo. A pedra não fica no alto porque não existe o significado final, perfeito, acabado. Não existe o "sentido último". Jamais alcançaremos um sentido que contenha todas as respostas de antemão." (Streck, L.: *Hermenêutica, Livro-carta n.1*, Ediçao do Autor, São Leopoldo, Brasil, 2017, p. 3).

a las nociones de "casos fáciles-casos difíciles"; h) un sistema que sostiene que el lenguaje de la ciencia jurídica es descriptivo de las normas y por lo tanto sus enunciados tienen valor de verdad, hacia otro donde la oposición entre lenguaje descriptivo y prescriptivo se debilita, la ciencia jurídica no juega aquí un papel meramente descriptivo, sino más bien reconstructivo, práctico y justificativo (el jurista e intérprete es un actor en la práctica social compleja que es el Derecho)[20].

Este nuevo paradigma justifica la renovada mirada sobre la interpretación jurídica con perspectiva de género que se propone. Como actividad de naturaleza argumentativa, se inserta en el espacio más amplio del razonamiento práctico general[21]. Y en él, la Teoría de género es un condicionante necesario, conforme su propia evolución e inserción en el fenómeno jurídico.

En este contexto, la formulación de estándares o enunciados interpretativos que recepten los criterios de las decisiones de la Corte IDH obedece a una razón prioritaria, que deriva de las previsiones de la propia CADH (art. 62.3). A ello se suma otra razón de índole autoritativa; los criterios emanan de las decisiones de la máxima autoridad jurisdiccional de la Región[22]. En este marco, es muy importante remarcar que la Corte IDH tiene sentado el principio de aplicación del *corpus iuris* internacional, que se funda en las reglas generales de interpretación establecidas en el art. 29 de la CADH, y en las previsiones de la Convención de Viena sobre el derecho de los Tratados (art. 31 y conc.)[23], lo cual amplía enormemente el amparo protector de DDHH.

Vale recordar que el derecho interno, por su lado, consagra la libertad de criterio del intérprete jurídico. Y si bien el art. 1 del Código Civil y Comercial de la Nación (CCyC) alude solo a la "finalidad de la norma", esta disposición debe completarse con las previsiones específicas del artículo siguiente. En tal sentido, bajo el título "Interpretación", el art. 2 del CCyC reconoce un menú de posibilidades: las palabras de la ley -literalidad-, su finalidad, la analogía, las disposiciones de los tratados de DDHH, los principios y valores; siempre que lo haga en forma coherente con el ordenamiento. La referencia normativa a las disposiciones de los tratados de DDHH es muy importante a los fines de estas reflexiones, ya que mi intención es delinear los estándares interpretativos que surgen de las decisiones

20 Aguiló, J.: "Positivismo y postpositivismo. Dos paradigmas jurídicos en pocas palabras", en AA.VV.: *Interpretación jurídica y teoría del derecho*, (editora I. Lifante Vidal), Palestra, Lima, 2010, versión e-book, pp. 13-23.

21 Lifante Vidal, I.: *Argumentación e interpretación jurídica. Escepticismo, intencionalismo y constructivismo,* Tirant Lo Blanch, Valencia, 2018, p. 207.

22 A lo dicho se agrega el art. 1 del Estatuto de la Corte IDH que expresa que: "es una institución judicial autónoma cuyo objetivo es la aplicación e interpretación de la Convención Americana sobre derechos Humanos. La Corte ejerce sus funciones de conformidad con las disposiciones de la citada Convención y del presente Estatuto." (Art. 1 del Estatuto de la Corte IDH. Acceso público en: http://www.corteidh.or.cr/index.php/es/acerca-de/estatuto (última consulta: 18-01-2019).

23 Por ejemplo, ver Corte IDH, causa I.V. Vs. Bolivia, 2016, párr. 168.

del máximo órgano aplicador, en tanto tienen prevalencia (art. 62.3 CADH). Ello sin desatender que los otros cánones o métodos interpretativos señalados por la norma (literales, finalista, examen de los principios y valores), de alguna manera están condicionadas por las líneas de razonamiento que se desprenden de las decisiones de la Corte IDH.

IV. LA INTERPRETACIÓN JURÍDICA Y LA PERSPECTIVA DE GÉNERO. UNA PROPUESTA DE FUNDAMENTACIÓN TEÓRICA.

Con base en distintas fuentes que integran el *corpus iuris* internacional, la Corte IDH define la categoría género en la OC 24/17 de la siguiente manera: "Se refiere a las identidades, las funciones y los atributos construidos socialmente de la mujer y el hombre y al significado social y cultural que se atribuye a esas diferencias biológicas"[24]. Desde luego, pensar la interpretación jurídica con perspectiva de género incluye la noción identidad de género, de modo que su comprensión no se limita solo a aquellas personas cuya diferencia de sexo se encuentra determinada biológicamente, sino también a la propia autopercepción individual. La misma OC 24/17 la entiende como "…la vivencia interna e individual del género tal como cada persona la siente, la cual podría corresponder o no con el sexo asignado al momento del nacimiento…"[25]. Es de destacar que, a nivel interno, nuestro país cuenta desde el año 2012 con una la ley específica de identidad de género (Ley 26.743, B.O. 24/05/2012). De igual manera, el documento aludido explica y reconoce también que la identidad de género y su expresión pueden tomar otras formas, por lo que corresponde incluir en el amparo diferenciado a aquellas personas que no se identifican ni como hombres ni como mujeres o se identifican como ambos.[26] De manera que al referirme a los estándares o enunciados interpretativos con perspectiva de género incluyo a todas estas personas.

Alda Facio sostiene con razón: "La teoría de género, tan desarrollada en nuestro tiempo, nos ha enseñado que no se puede comprender ningún fenómeno social si no se lo analiza desde la perspectiva de género y que ésta generalmente

24 Corte IDH, OC 24/17, párr. 32, ap. e). Al comenzar el párrafo 32, la Corte aclara que el concepto elegido, al igual a lo que sucede con los restantes que conforman el "Glosario", es tomado "de diferentes fuentes orgánicas internacionales, al parecer son los más corrientes en el plano internacional."
Las fuentes que toma en consideración para sostener el concepto son las siguientes: "Cfr. Naciones Unidas, Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer – CEDAW, Recomendación general N° 28 relativa al artículo 2 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, CEDAW/C/GC/28, 16 de diciembre de 2010, párr. 5, y OEA, Consejo Permanente de la Organización de los Estados Americanos, Comisión de asuntos jurídicos y Políticos. Orientación sexual, identidad de género y expresión de género: algunos términos y estándares relevantes. Estudio realizado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, OEA/Ser.G. CP/CAJP/INF. 166/12. 23 abril 2012, párr. 14."

25 Corte IDH, OC 24/17, párr. 32, ap. f).

26 Corte IDH, OC 24/17, párr. 32, ap. f).

implica reconceptualizar aquello que se está analizando."[27] Si se comparte mi visión que el derecho, además de un conjunto de normas positivas, es también una práctica social destinada a satisfacer los fines y valores admitidos por la comunidad dialógica, que en un Estado de Derecho constitucional-convencional se basan en la dignidad de la persona humana, principio donde se apoya la estructura del derecho de los derechos humanos, podría compartirse que toda interpretación jurídica debe comprender la perspectiva de género.

En este sentido, la posición filosófica de Nancy Fraser brinda argumentos suficientes para fundamentar esta reconceptualización de la actividad hermenéutica. Fraser estudia el género como una categoría bidimensional. Explica que, vista con una lente, el género tiene afinidades con la clase; vista con la otra, con el estatus. Cada una de esas lentes enfoca un aspecto importante de la subordinación de las mujeres. No obstante, por sí mismas, son insuficientes para dar cuenta de la integralidad del problema. De allí que el género se entienda como una categoría comprensiva de dos dimensiones del ordenamiento social: la "distribución" y el "reconocimiento". La primera es similar a la clase y está arraigada en la estructura económica. Esta estructura económica se organiza en la división del trabajo, que la autora distingue entre el trabajo productivo remunerado, y el trabajo reproductivo y doméstico no remunerado. Este segmento de la visión bidimensional se vincula con la injusticia distributiva específica del género. El segundo enfoque se refiere a la estructura del reconocimiento. En este sentido, lo que hace el género es codificar "patrones culturales de interpretación y evaluación dominantes", funcionales al orden del estatus. En este supuesto, la injusticia se muestra en su rasgo de androcentrismo; es decir, se privilegia y se exalta la masculinidad, mientras que se realiza lo contrario respecto de lo femenino[28]. Agrega que estos patrones se advierten en muchas áreas. En sus propias palabras:

"[están]Expresamente codificados en muchas áreas del derecho (incluido el derecho de familia y el penal), inspiran interpretaciones jurídicas de la intimidad, la autonomía, la defensa propia y la igualdad. También están atrincherados en muchas áreas de la política gubernamental (incluida la reproductiva, la inmigración y la política de asilo) y en prácticas profesionales habituales (como la medicina y la psicoterapia). Los patrones de valor androcéntricos impregnan también la cultura popular y la interacción cotidiana. Las mujeres sufren, como resultado, formas de subordinación de estatus específicas del género, como el acoso sexual, la violación y la violencia doméstica; representaciones estereotipadas triviliazadoras, objetificantes y despectivas en los medios de comunicación; menosprecio en la vida cotidiana; exclusión o marginación en esferas públicas y organismos

27 Facio, A.: "Con los lentes del género se ve otra justicia", *El otro derecho*, núm. 28, Julio 2002, ILSA, Bogotá D.C., Colombia, pp. 85-102 (p. 86).

28 Fraser, N.: *Fortunas del Feminismo. Del capitalismo gestionado por el Estado a la crisis neoliberal,* trad. Cristina Piña Aldao, Instituto de Altos Estudios Nacionales del Ecuador, Quito, 2015, pp. 192-193.

deliberativos; y denegación de los derechos plenos y de protecciones iguales en lo referente a la ciudadanía. Estos daños son injusticias provocadas por la falta de reconocimiento. Son relativamente independientes de la economía política y no son meramente superestructurales. Es imposible, por lo tanto, superarlas solo mediante la redistribución, y exigen remedios de reconocimiento adicionales e independientes"[29].

Un esfuerzo que incluye el sentido bidimensional aludido (quizá con mayor énfasis en la noción reconocimiento) se encuentra en las denominadas 100 Reglas de Brasilia. Allí se expresa con claridad, por ejemplo, que la discriminación que sufre la mujer en ciertos ámbitos implica un impedimento para el acceso a la justicia, lo cual se agrava en situaciones de vulnerabilidad[30]. También se conceptualizan las nociones de discriminación y violencia contra la mujer, los dos grandes postulados que utilizaré en el apartado siguiente para sistematizar los estándares interpretativos[31].

De lo expuesto se desprende que la noción de género se introduce en la discusión sobre la teoría de justicia de manera sustancial. De allí que, para Fraser, dicha teoría no solo debería discutir de manera abstracta cuál es su contenido, el "qué", sino también variar la luz hacia "quiénes" son sus destinatarios, y hacia el "cómo", esto es, hacia lo procedimental[32]. Y ello implica asumir una determinada concepción política que, como metateoría, oriente la realización de la distribución y el reconocimiento. A esta teoría la denomina "justicia reflexiva", cuyas características principales, dicho de manera muy sintética, son el principio de paridad participativa de todos los sujetos, que se logra mediante una teorización dialógica representativa en instituciones globales; esto último significa la necesidad de trascender el límite territorial "estatal", propio de las concepciones tradicionales[33].

Una teoría del tipo se relaciona de manera directa con el Derecho, en tanto éste posibilita la exigibilidad del consenso democráticamente alcanzado por todos

29 Ibídem.

30 Reglas de Brasilia, 2008, regla n°17.

31 Por caso, la regla 18 expresa: "Se entiende por *discriminación contra la mujer* toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera." Por su lado, la regla 19 estipula: "Se considera *violencia contra la mujer* cualquier acción o conducta, basada en su género, que cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico a la mujer, tanto en el ámbito público como en el privado, mediante el empleo de la violencia física o psíquica." (Reglas de Brasilia, 2008).

32 Fraser, N.: *Escalas de justicia*, trad. Antoni Martínez Riu, Herder Editorial, Barcelona, 2012, versión e-book, pp. 37 y sigs.

33 Fraser, N.: *Escalas*, cit., pp. 48 y sigs. El enfoque crítico-democrático del "cómo" considera las nuevas reivindicaciones por exclusión en forma constante, a desarrollarse en nuevas y permanentes instituciones donde puedan resolverse en forma democrática.

los interesados. En consecuencia, dado que el derecho es fundamentalmente una práctica social dialógica (intersubjetiva y lingüística), la labor hermenéutica debe necesariamente incluir al colectivo estructuralmente desventajado, asumiendo el problema como categoría bidimensional. Con otras palabras, el "quien" y el "cómo" condicionarían el "qué", propio de las teorías tradicionales, en general centradas en uno u otro aspecto (distribución o reconocimiento).

Y esta inclusión se realiza al amparo del paradigma de la transdisciplinariedad. Según se sabe, las cuestiones que atañen al género se pueden abordar desde cada una de las disciplinas que la tienen entre su objeto de estudio; así sucede por ejemplo con los análisis sociológicos, antropológicos, filosóficos, psicológicos, históricos o jurídicos. Las distintas ciencias y disciplinas cuentan con desarrollos específicos, conforme los tópicos de análisis que les son propios. Pero también puede realizarse un estudio desde el entrecruzamiento del derecho con cada una de esas otras áreas de conocimiento. Este método presenta mayor riqueza, dado que contempla la multiplicidad de matices propios de la problemática. La Corte IDH parte de este paradigma transdisciplinario. De allí que, desde una concepción del derecho interpretativa-argumentativa, esta clave dialógica que involucra el entrecruzamiento del derecho con otras áreas de las ciencias sociales favorece la comprensión de aspectos diversos, que conforman este fenómeno complejo y multifacético de género.

V. DECÁLOGO DE ESTÁNDARES INTERPRETATIVOS EN CLAVE DE GÉNERO.

Los estándares o enunciados interpretativos que se presentan a continuación tienen una finalidad práctica. Su propósito es proporcionar al actor jurídico una herramienta concreta, que sistematice algunas de las ideas rectoras del máximo intérprete regional en la materia.

En los antecedentes analizados, la Corte IDH utiliza distintas reglas de primer grado (lingüísticas, sistemáticas, pragmáticas, teleológicas y valorativas), que son fácilmente advertibles en cada estándar propuesto. Sus criterios hermenéuticos reconocen las características especiales y espaciales de la realidad latinoamericana[34], trasladables con sus propios matices a nuestro ámbito territorial. Este criterio de unidad hermenéutica, que relaciona interpretación jurídica con historicidad, garantiza el respeto por el principio de progresividad de los DDHH, en tanto permite la incorporación de la Teoría de género a la labor hermenéutica, con una visión transdisciplinaria. Esta metodología de recurrir a estándares del Tribunal Regional, por otra parte, parece abrirse camino en la jurisprudencia nacional. De

34 Se recuerda que Canadá no suscribió la CADH, mientras que Estados Unidos, si bien la firmó, no la ratificó. A mayor abundamiento, ver el sitio web oficial de la OEA: https://www.oas.org/dil/esp/tratados_B-32_Convencion_Americana_sobre_Derechos_Humanos_firmas.htm

hecho, en una sentencia de la Suprema Corte de Justicia de la provincia de Buenos Aires del año 2015, causa "G., A. M. p/Insania y curatela", el magistrado Hitters destaca en su voto que la jurisprudencia de la Corte IDH es una herramienta de valor hermenéutico en la práctica de cuestiones vinculadas a la "equidad de género", ponderando la construcción de sus "estándares" específicos y generales[35].

Las consecuencias disvaliosas que exponen los casos analizados se pueden agrupar en dos grandes grupos temáticos. El primero se vincula con la denominada "cultura de discriminación contra la mujer"; el segundo, con la "violencia de género" y su impacto directo sobre la dignidad humana. Ambos tópicos parten de las mismas realidades de las que da cuenta la casuística: mujeres indígenas, privadas de la libertad, desplazadas, revictimizadas, niñas o adolescentes, personas trans. Cabe aclarar que el agrupamiento en dos grandes ejes temáticos tiene una finalidad meramente expositiva, pues, en rigor, todos los asuntos giran alrededor de una cultura de discriminación de la mujer, y sus lamentables consecuencias inmediatas: violencias física, sexual, reproductiva o masiva, y afectación de la dignidad humana.

En relación con la cultura de discriminación contra la mujer, el marco normativo está dado por el art. 1 de la CEDAW[36], cuya fórmula se reitera en la Regla de Brasilia número 18. O sea, toda exclusión o restricción de derechos de cualquier naturaleza que sufra una mujer, *por su sola condición de tal*, atenta contra el principio de igualdad y no discriminación. En el ámbito regional, la remisión corresponde a los arts. 1 y 24 de la CADH[37]. Una mención especial merece el art. 5 de la CEDAW, en tanto compromete a los Estados a tomar las medidas para modificar los patrones socio-culturales de conducta, y el art. 7, que protege la igualdad política. Todos estos principios pertenecientes al dominio del *ius cogens* en el ámbito regional, irradian sus efectos no solo a los Estados sino también a los particulares[38].

35 Suprema Corte Justicia de la provincia de Buenos Aires, 2015, causa "G., A. M. p/insania y curatela".

36 Art. 1, CEDAW, 1979.

37 Y entre otras disposiciones de derecho internacionales: Carta de la OEA (art. 3.1); Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (art. 2); Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, "Protocolo de San Salvador" (art. 3); Carta de las Naciones Unidas (art. 1.3); Declaración Universal de Derechos Humanos (arts. 2 y 7); Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (arts. 2.2 y 3); Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (arts. 2 y 26); Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial (art. 2); Convención sobre los Derechos del Niño (art. 2); Declaración de los Derechos del Niño (Principio 1); Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares (arts. 1, 7, 18.1, 25, 27, 28, 43, 45.1, 48, 55 y 70); Declaración sobre la Eliminación de Todas las Formas de Intolerancia y Discriminación Fundadas en la Religión o las Convicciones (arts. 2 y 4); Declaración de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) relativa a los Principios y Derechos Fundamentales en el Trabajo y su Seguimiento (2.d).

38 Corte IDH, OC 18/03, párr. 97-111. "Finalmente, en lo que atañe a la segunda parte de la cuarta pregunta de la solicitud de opinión consultiva (supra párr. 4), todo lo señalado en los párrafos anteriores se aplica a todos los Estados miembros de la OEA. Los efectos del principio fundamental de la igualdad y no discriminación alcanzan a todos los Estados, precisamente por pertenecer dicho principio al dominio del *jus cogens*, revestido de carácter imperativo, acarrea obligaciones *erga omnes* de protección que vinculan a todos los Estados y generan efectos con respecto a terceros, inclusive particulares." (OC 18/03, párr. 110).

En la Opinión Consultiva 18/2003, la Corte IDH expresa que tanto la "no discriminación" como la "igualdad ante la ley y la igual protección de la ley" son elementos constitutivos de un principio básico y general relacionado con la protección de los DDHH. "El elemento de la igualdad es difícil de desligar de la no discriminación. Incluso, los instrumentos ya citados [...] al hablar de igualdad ante la ley, señalan que este principio debe garantizarse sin discriminación alguna..."[39]. Por lo tanto, deben diferenciarse conceptualmente los vocablos "distinción" y "discriminación". El término distinción se empleará para lo admisible, en virtud de ser razonable, proporcional y objetivo. La discriminación se utilizará para lo inadmisible, por violar los derechos humanos. Es decir, el término discriminación hace referencia a toda exclusión, restricción o privilegio que no sea objetivo y razonable, que redunde en detrimento de los derechos humanos[40].

Con respecto a la violencia de género y la dignidad humana, el preámbulo de la "Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer" (Convención Belém do Pará) afirma "que la violencia contra la mujer constituye una violación de los derechos humanos y las libertades fundamentales y limita total o parcialmente a la mujer el reconocimiento, goce y ejercicio de tales derechos y libertades", que ofende su dignidad humana. La define como "cualquier acción o conducta, basada en su género, que cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico a la mujer, tanto en el ámbito público como en el privado"[41].

Sobre estas bases entonces se elabora un decálogo de distintos estándares o enunciados interpretativos. El primero es de carácter general, mientras que los restantes revisten un grado mayor de especificidad.

1. Enunciado general.

Primero: Obligación de interpretar con perspectiva de género. Toda interpretación jurídica donde estén en juego derechos de las mujeres, derivados de su sola condición de tal, deben ser valorados con perspectiva de género. Ello significa que requiere del Derecho una protección especial, por la sola razón de integrar un colectivo cultural, social y económicamente discriminado.

39 Corte IDH, OC 18/03, párr. 83. Los instrumentos a los que hace referencia son: los arts. 3.1 y 17 de la Carta de la OEA, el art. 24 de la CADH, el art. II de la Declaración Americana, el art. 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el art. 2.1 de la Declaración Universal

40 Corte IDH, OC 18/03, párr. 84.

41 Convención Belém do Pará, 1996, preámbulo y art. 1. Ver asimismo regla de Brasilia n°19.

Este enunciado interpretativo cumple una función similar al Interés Superior del NNA, la interpretación en favor de las personas con discapacidad o de las personas mayores. Su fundamento lo brinda la interpretación conjunta de la CADH y la Convención Belém do Pará, que para la Corte IDH representa la "Constitución de las mujeres".

La Corte IDH aplicó por primera vez esta Convención específica en el caso "Castro Castro"[42], ante violaciones de DDHH perpetradas por agentes estatales de las fuerzas de seguridad contra mujeres privadas de la libertad. En dicho precedente, se recepta el concepto "igualación", que parte de reconocer la situación de desigualdad, marginación, vulnerabilidad y debilidad de las mujeres, lo que justifica la adopción de medidas positivas para colocarlas en posición de ejercer sus derechos[43]. Se funda en la regla *pro personae* que contiene el art. 29 de la CADH, en especial el inciso b)[44], al que se incorporan las previsiones específicas de la Convención Belém do Pará, también integrante del *corpus iuris* internacional. El fin, naturalmente, es la tutela efectiva de sus derechos.

En el caso "Gelman"[45], que también se vincula con la situación de una mujer privada de libertad, se agrega el embarazo como agravante de la condición de vulnerabilidad. En estos supuestos, advierte la Corte, el intérprete debe contemplar estándares reforzados de valoración, a fin de lograr la equiparación (mujer, privada de libertad y embarazada, en un contexto de gobierno totalitario de facto).

2. Enunciados específicos.

Segundo: Afectación agravada. El intérprete jurídico debe partir de la consideración que los actos de violencia afectan de manera diferente a las mujeres, algunos se dirigen contra ellas por su sola condición de tal y muchas veces poseen carácter simbólico.

Este enunciado también surge del precedente "Castro Castro"[46]. Su utilidad se vincula tanto para valorar las consecuencias disvaliosas sobre la personalidad de la víctima, cuánto para meritar la conducta del agresor.

Tercero: Inferioridad arraigada. El intérprete jurídico debe tener presente la persistencia del patrón de conducta discriminatorio contra la mujer, derivado de

42 Corte IDH, caso "Castro Castro", 2006.

43 Ver Corte IDH, caso Castro Castro, 2006, párr. 11 del voto razonado del juez Sergio García Ramírez.

44 Art. 29 CADH: "Normas de Interpretación. Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de: […] b) limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados Parte o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados;"

45 Corte IDH, caso "Gelman", 2011.

46 Corte IDH, caso Castro Castro, 2006, párrs. 206 y 223.

su consideración de inferioridad, que se encuentra culturalmente arraigado en la sociedad.

Desde luego, la intensidad del prejuicio puede variar en las distintas sociedades o grupos que integran nuestros estados pluriculturales, pero no por ello debe disminuirse el nivel de alerta. En "Campo Algodonero" (caso "González y otras vs. México"[47]), donde se verifica un aumento de homicidios de mujeres, influenciado por una cultura de discriminación con base en una consideración de inferioridad de la mujer, se deja en claro de qué modo el cambio de rol social de la mujer, tanto en la vida familiar como en la laboral (lo que significa, por ejemplo, independencia económica o una posibilidad de mayor formación[48]), se topó con la matriz patriarcal (y su consecuente minusvaloración de la mujer), pretendidamente inmodificable por parte de los varones[49].

Cuarto: Inversión de la carga de la prueba. Presunción de veracidad. El intérprete jurídico debe tener presente que, en casos de violencia contra la mujer, la carga de la prueba no recae sobre ella. Asimismo, que su declaración goza de presunción de veracidad.

Este enunciado interpretativo también surge del mismo precedente "Campo Algodonero".

De igual manera en el caso "J. vs. Perú", del año 2013[50]. Aquí, la declaración de la señora J. (víctima de violencia sexual) fue valorada especialmente a los fines de determinar la responsabilidad del Estado. La Corte tuvo por acreditado que la señora J. fue "manoseada" sexualmente al momento de su detención por un agente estatal de sexo masculino, sobre la base de los siguientes elementos probatorios: "(1) las declaraciones de la señora J. rendidas ante las autoridades internas; (2) la similitud de lo descrito por la señora J. y el contexto de violencia sexual verificado por la CVR en la época de los hechos; (3) las dificultades probatorias propias de este tipo de hechos; (4) la presunción de veracidad que debe otorgarse a este tipo de denuncias, la cual puede ser desvirtuada a través de una serie de

47 Corte IDH, caso "Campo Algodonero", 2009.

48 "Estos factores, aunque a la larga permitan a las mujeres superar la discriminación estructural, pueden exacerbar la violencia y el sufrimiento a corto plazo. La incapacidad de los hombres para desempeñar su papel tradicionalmente machista de proveedores de sustento conduce al abandono familiar, la inestabilidad en las relaciones o al alcoholismo, lo que a su vez hace más probable que se recurra a la violencia…" (Informe de la Relatora Especial sobre la violencia contra la mujer, sus causas y consecuencias, Yakin Ertürk, *Integración de los Derechos Humanos de la Mujer y la Perspectiva de Género: La Violencia contra la Mujer*, Misión a México, E/CN.4/2006/61/Add.4, 13 de enero de 2006, folios 2001 y 2002).

49 Ello sin perjuicio de reconocer que existen otros factores a los que el Estado alude como generadores de violencia, tales como el narcotráfico, el tráfico de armas, la criminalidad, el lavado de dinero y la trata de personas, junto al consumo de drogas, el alto índice de deserción escolar, y la existencia de "numerosos agresores sexuales. (Corte IDH, caso "Campo Algodonero", 2009, párr. 130). En el párrafo 133 de la sentencia, la Corte IDH cita distintos informes que son indicativos de la violencia de género verificable "en un contexto de discriminación sistemática contra la mujer".

50 Corte IDH, caso "J. vs. Perú", 2013.

diligencias, investigaciones y garantías que no fueron otorgadas en el presente caso, donde no fue presentada prueba en contrario, ya que (5) existen ciertas inconsistencias en la declaración de la fiscal del Ministerio Público; (6) el examen médico no contradice lo señalado por la señora J., y (7) el Estado no ha iniciado una investigación sobre estos hechos"[51]. Concluye que no es posible exigir señas físicas advertibles mediante un estudio médico, ni tampoco prueba indubitable en el sentido tradicional del derecho procesal, lo que otorga relevancia a la declaración de la propia víctima, que merece atención preferente.

Este estándar es perfectamente trasladable a otros tipos de violencias de género, además del sexual, donde la víctima tampoco está en condiciones de aportar otro tipo de pruebas; piénsese, por ejemplo, en las violencias económicas o psicológicas, familiares o laborales.

Quinto: La creación y uso de estereotipos es una de las causas y consecuencias de la violencia de género. El intérprete jurídico debe asumir que el patrón de conducta discriminatorio, con base en estereotipos de género, es socialmente dominante y persistente.

De nuevo "Campo Algodonero". Este argumento es uno de los aspectos bisagra de la decisión. La Corte reconoce un patrón de conducta que evidencia la cultura de discriminación contra la mujer, asociado a la subordinación, que la somete a prácticas basadas en estereotipos de género. Tales estereotipos son socialmente dominantes, persistentes y, al reflejarse también en el discurso de las autoridades, de forma implícita o explícita, agravan aún más la condición de discriminación de la mujer. Y con ella, genera un ambiente propicio de desarrollo de violencia de género. Por eso sostiene que la "creación y uso de estereotipos se convierte en una de las causas y consecuencias de la violencia de género en contra de la mujer"[52].

Vuelve sobre este estándar en la causa "Atala Riffo vs. Chile"[53], donde se introduce en el ámbito específico de las relaciones intrafamiliares que, además, resulta un aporte indiscutible a su doctrina de la discriminación por razones de orientación sexual. Valora como discriminatorio la creación, reconocimiento y mantenimiento de estereotipos y la consecuente asignación de roles determinados fundados en género, tales como el "materno" a la mujer. Este concepto se extiende

51 Corte IDH, caso "J. vs. Perú", 2013, párr. 360. El antecedente recuerda otros precedentes en que la Corte IDH falló en el mismo sentido. Se reitera que, en tanto la violación sexual se caracteriza por realizarse en ausencia de terceras personas, que no sean el agresor (o los agresores) y la víctima, la declaración de esta última debe ser valorada como prueba fundamental del hecho, pues no es razonable esperar la existencia de pruebas documentales (Corte IDH, caso "Fernández Ortega", 2010, párr. 100. En igual sentido, Corte IDH, caso "J. vs. Perú", 2013, párr. 323; Corte IDH, caso "Espinoza González", 2014, párr. 150).

52 Corte IDH, caso "Campo Algodonero", 2009, párr. 401.

53 Corte IDH, caso "Atala Riffo", 2012.

a quien espera de ella que los cumpla, a costa de renunciamientos personales que, socialmente, no le son exigibles al hombre (art. 1.1 y 24 de la CADH)[54].

Sexto: Protección reforzada para los casos de vulnerabilidad agravada. El intérprete jurídico debe tener presente que la condición de vulnerabilidad, derivada de la sola razón de pertenecer a un colectivo estructuralmente desventajado, se agrava si, además de mujer, se trata de una persona pobre, migrante, refugiada, desplazada, indígena o menor de edad.

En el caso "I.V. vs. Bolivia"[55], la Corte IDH analizó la situación de discriminación de la mujer por su sola condición de tal, a lo que agregó la calidad de pobre, migrante y refugiada[56]. Los estereotipos de género, entre los que se incluye la desigualdad histórica y cultural que permitieron a los hombres tomar decisiones sobre el cuerpo de las mujeres, afectaron la libertad y autonomía de la señora I.V. en materia sexual y reproductiva. En el caso, a través de una esterilización no consentida[57]. El médico decidió la esterilización, sin el consentimiento de la mujer, en la creencia que él se encontraba en mejor posición para elegir la alternativa más beneficiosa para la mujer. Esa idea se tradujo en la vulneración de su autonomía y libertad reproductiva[58]. La acción del médico, en sí misma, se constituye en acto de violencia a la luz de la Convención Belém do Pará, donde las condiciones personales de la víctima agravan las consecuencias dañosas.

En el caso "Masacre Plan de Sánchez"[59], la afectación diferenciada por razones de género se potencia porque las víctimas son mujeres indígenas. La violencia sexual ejercida por los atacantes provocó la estigmatización de la mujer indígena en su entorno social, con repercusión directa sobre su "autopercepción", y por lo tanto en su dignidad[60].

En el precedente "Fernández Ortega"[61] introduce el concepto de "tortura", en tanto se dan sus notas típicas (intencionalidad, daño físico o psíquico y finalidad -castigo, descrédito-) y, en consecuencia, aplica la Convención específica. Sostiene que la violación puede constituir una tortura aun cuando se trate de un solo hecho o cuando ocurra en el domicilio de la víctima.

54 Cabe destacar que varias décadas antes, a nivel global, la CEDAW ya advertía sobre la necesidad de modificar los patrones estereotipados de conducta (art. 5).

55 Corte IDH, caso "I.V. vs. Bolivia", 2016.

56 Corte IDH, caso "I.V. vs. Bolivia", 2016, párr. 242.

57 Corte IDH, caso "I.V. vs. Bolivia", 2016, párr. 243 y las notas 319-323.

58 Corte IDH, caso "I.V. vs. Bolivia", 2016, párr. 252.

59 Corte IDH, caso "Masacre Plan de Sánchez", 2004.

60 Corte IDH, caso "Masacre Plan de Sánchez", 2004, párr. 49.19.

61 Corte IDH, caso "Fernández Ortega", 2010.

El caso de Valentina Rosendo Cantú[62], al igual que el precedente "Fernández Ortega", también se refiere a la violación de una mujer indígena perteneciente a la comunidad *Me´phaa*, pero originaria de la comunidad de Caxitepec, en el estado de Guerrero. Aquí se da un supuesto de triple agravación: mujer, indígena y menor de edad.

En "Masacres Río Negro" evalúa las consecuencias sobre comunidades rurales desplazadas. Al igual que en "Masacre de Mapiripán vs. Colombia"[63]; "Matanzas de Ituango vs. Colombia"[64] y "Masacres de El Mozote vs. El Salvador"[65]). La vulnerabilidad específica agravada deriva de la condición de "mujeres indígenas y desplazadas", y de la percepción especial de éstas en relación con la función reproductiva, dada su pertenencia a una comunidad indígena determinada. Resalta el deber del intérprete jurídico de incorporar herramientas de otras ciencias o disciplinas, pues cualquier análisis vinculado a la dignidad humana de estas mujeres sería incompleto si se desatiende su particular concepción y percepción social.

Séptimo: Deber de visibilizar. El intérprete jurídico debe tener presente que existen comportamientos privados y públicos que tienden a invisibilizar la violencia contra la mujer, en relación con el contexto social.

El caso "Veliz Franco"[66] se relaciona con el homicidio de María Isabel Veliz Franco, de 15 años. De los antecedentes de la causa no surgen constancias de que las autoridades hayan realizado tareas investigativas para encontrar a la adolescente, ante la denuncia de su desaparición. En la sentencia, la Corte IDH valora las circunstancias históricas, sociales y políticas en la que sucedieron los hechos denunciados. Sostiene que toda información vinculada al contexto, junto a los elementos fácticos que el propio caso presenta, coadyuva a precisar cuál es el grado de exigibilidad al Estado, vinculado a la valoración que debió hacer del riesgo real para la niña y, consecuentemente, cuál hubiese sido su obligación de actuación[67]. En este sentido, examina la situación social de Guatemala relativa a homicidios por razón de género, otros actos violentos contra mujeres y la impunidad en la investigación. Y cuestiona la invisibilidad de la violencia contra la mujer, verificada por la inexistencia de datos estadísticos oficiales respecto de los delitos por razón de género[68].

62 Corte IDH, caso "Rosendo Cantú", 2010.

63 Corte IDH, caso "Masacre de Mapiripán", 2005.

64 Corte IDH, caso "Masacres de Ituango", 2006.

65 Corte IDH, caso "Masacres de El Mozote", 2012.

66 Corte IDH, caso "Veliz Franco", 2014.

67 Corte IDH, caso "Veliz Franco", 2014, párr. 65.

68 Corte IDH, caso "Veliz Franco", 2014, párr. 67.

Octavo: Deber de garantizar un plus de protección cuando se trata de niñas o adolescentes. El intérprete jurídico debe examinar el caso de mujeres niñas y adolescentes con un plus igualador.

En el mismo fallo antes citado, la Corte expresa que, en relación con la violencia contra la mujer, el deber de garantía adquiere intensidad especial, un *plus*, cuando se trata de niñas. Ello en atención a la "vulnerabilidad consustancial" de la niñez, potenciada, en el caso, por ser mujer[69].

Noveno: Deber asegurar un trato respetuoso y evitar toda forma de revictimización. El intérprete jurídico debe valorar especialmente aquellas circunstancias relativas a la posible revictimización de la mujer. En caso de menores de edad, esta pauta debe armonizarse con el derecho a ser oído, la autonomía progresiva y la posibilidad de ser representado por un letrado especializado en niñez y adolescencia que represente su "voz propia", asistencia que debe ser gratuita y a cargo del Estado.

Dos incursiones policiales en la Favela Nova Brasilia[70], en la ciudad de Río de Janeiro, en 1994 y 1995, derivaron en el homicidio de 26 hombres y la violencia sexual contra tres mujeres. El tribunal ratifica el criterio de la variabilidad de la afectación, conforme los factores endógenos y exógenos y las características propias de cada persona (duración del maltrato, edad, sexo, salud, contexto, situación de vulnerabilidad).[71] El contenido de esta obligación estatal "reforzada" de evitar la revictimización está sistematizado de la siguiente manera:

"[…] Entre otros, en una investigación penal por violencia sexual es necesario que: i) la declaración de la víctima se realice en un ambiente cómodo y seguro, que le brinde privacidad y confianza; ii) la declaración de la víctima se registre de forma tal que se evite o limite la necesidad de su repetición; iii) se brinde atención médica, sanitaria y psicológica a la víctima, tanto de emergencia como de forma continuada si así se requiere, mediante un protocolo de atención cuyo objetivo sea reducir las consecuencias de la violación; iv) se realice inmediatamente un examen médico y psicológico completo y detallado por personal idóneo y capacitado, en lo posible del sexo que la víctima indique, ofreciéndole que sea acompañada por alguien de su confianza si así lo desea; v) se documenten y coordinen los actos investigativos y se maneje diligentemente la prueba, tomando muestras suficientes, realizando estudios para determinar la posible autoría del hecho, asegurando otras pruebas como la ropa de la víctima, investigando de forma inmediata el lugar de los hechos y garantizando la correcta cadena de custodia; vi) se brinde acceso a

69 Corte IDH, caso "Veliz Franco", 2014, párr. 134.

70 Corte IDH, caso "Favela Nova Brasilia", 2017.

71 Corte IDH, caso "Favela Nova Brasilia", 2017, párr. 250.

asistencia jurídica gratuita a la víctima durante todas las etapas del proceso, y vii) se brinde atención médica, sanitaria y psicológica a la víctima, tanto de emergencia como de forma continuada si así se requiere, mediante un protocolo de atención cuyo objetivo sea reducir las consecuencias de la violación. Asimismo, en casos de supuestos actos de violencia contra la mujer, la investigación penal debe incluir una perspectiva de género y realizarse por funcionarios capacitados en casos similares y en atención a víctimas de discriminación y violencia por razón de género"[72].

La Corte describe así las conductas esperables en una investigación estatal por violencia sexual, que no solo contiene una visión con perspectiva de género, sino que, además, exige la actuación y formación de funcionarios capacitados en esa área de conocimiento.

Nada impide que estas pautas, u otras de contenido similar, se amplíen a las investigaciones en otras áreas, no solo a la penal, por ejemplo, el derecho de las familias o los tribunales específicos de violencias.

Y este deber de "no revictimización" está reforzado en caso de menores de edad (caso "V.R.P., V.P.C."[73]). Tratándose de una violación y violencia sexual cometida contra una niña, los Estados deben adoptar, en el marco del acatamiento del art. 19 de la CADH, "medidas particularizadas y especiales en casos donde la víctima es una niña, niño o adolescente, sobre todo ante la ocurrencia de un acto de violencia sexual y, más aún, en casos de violación sexual"[74]. Ello debido a su mayor vulnerabilidad. En el caso de las niñas, la vulnerabilidad frente a violaciones de derechos humanos está potenciada por factores de discriminación histórica que han contribuido a que "sufran mayores índices de violencia sexual, especialmente en la esfera familiar"[75].

Allí pone de relieve que el examen médico debe ser efectuado por un profesional con conocimiento y experiencia en casos de violencia sexual contra niñas, quien debe buscar minimizar y evitar causarles un trauma adicional o revictimizarlas. Se recomienda que la víctima, o su representante legal, pueda elegir el sexo del profesional y que el examen esté a cargo de un especialista en ginecología infanto-juvenil, con formación específica para realizar los exámenes médicos forenses en casos de abuso y violación sexual.

Señala como requisito el consentimiento informado de la víctima -o de su representante legal- según su grado de madurez, tomando en cuenta el derecho de la niña a ser oída, la revisación en un lugar adecuado, y se respetará su derecho

72 Corte IDH, caso "Favela Nova Brasilia", 2017, párr. 254.

73 Corte IDH, caso "V.R.P., V.P.C.", 2018.

74 Corte IDH, caso "V.R.P., V.P.C.", 2018, p. 155.

75 Corte IDH, caso "V.R.P., V.P.C.", 2018, p. 156.

a la intimidad y privacidad, permitiendo la presencia de un acompañante de confianza de la víctima. No podrá ser interrogada en forma directa por el tribunal o las partes[76].

Interesa destacar el énfasis que pone en evitar la revictimización lo que ocurre, por ejemplo, cuando los niños y niñas son sometidos a más de una evaluación física o a declaraciones reiteradas. Ello aplica a cualquier ámbito, no solo en el penal.

Décimo: Identidad de género. El intérprete jurídico debe tener presente que la interpretación con perspectiva de género comprende la identidad de género.

Este estándar surge del caso "Azul Rojas Marín", cuya sentencia es de este año 2020[77]. La Corte reitera que las personas LGBTI son víctimas de discriminación estructural, estigmatización y diversas formas de violencia, que tienen un fin simbólico, como así también que la orientación sexual, identidad de género o expresión de género de la persona son categorías protegidas por la Convención. Asimismo, ante la ausencia de motivo acreditado, consideró que el control de identidad al que las autoridades sometieron a la señora constituye un trato discriminatorio por razones de orientación sexual o expresión de género no normativa, es decir, que la detención de la señora Rojas Marín fue realizada por razones discriminatorias. En consecuencia, considera aplicable los estándares específicos de investigación donde las víctimas de violencia han sido mujeres.

VI. A MODO DE CONCLUSIÓN.

Los fallos relevados permitieron la elaboración de estándares o enunciados interpretativos, herramienta que pretende ser de utilidad para el razonamiento práctico del actor jurídico contemporáneo. Todos ellos dan cuenta de desigualdades estructurales, cuyas consecuencias disvaliosas requieren de una necesaria equiparación por parte del intérprete jurídico.

Desde una perspectiva humanista[78], la persistencia de patrones de discriminación adheridos al entramado social enciende una luz de alarma, que se posa sobre la vulnerabilidad estructural por razón de género, de enorme actualidad y relevancia teórica y práctica.

---

76 Corte IDH, caso "V.R.P., V.P.C.", 2018, p. 161 a 170. En la nota 231, la Corte destaca, entre otras, la utilización de la Cámara de Gesell en Argentina, incorporada al Código Procesal Penal con los arts. 250 bis y 250 ter mediante Ley 25.852, sancionada el 4 de diciembre de 2003, promulgada el 6 de enero de 2004. Asimismo, remite a "UNICEF y Asociación por los Derechos Civiles (ADC), Guía de buenas prácticas para el abordaje de niños/as adolescentes víctimas o testigos de abuso sexual y otros delitos, septiembre de 2013."

77 Corte IDH, caso "Azul Rojas Marín vs. Perú", 2020.

78 Se entiende a la humanidad como la necesaria convergencia de *ideal* de la ética e *idea* del Derecho (Mayer, M. E.: *Filosofía del Derecho*, trad. de la 2ª ed. original por Luis Legaz Lacambra, Editorial B de F, Montevideo-Buenos Aires, 2015, p. 198).

La visión transdisciplinaria incrementa su nitidez, paradigma que la Corte utiliza y recomienda. De él se desprende que la sociología favorece la comprensión de los roles y estereotipos en las distintas comunidades y en los estamentos que la componen. La antropología enseña el respeto que debe darse al traspaso de la cultura mediante la tradición oral, de la forma rural de producción, de la relación de determinados colectivos con la tierra, del mantenimiento de las tradiciones y la lengua, entre otras características propias de la cultura indígena omnipresente en la Región, como aquella que hace a la autocomprensión de la mujer. La historia y la política contextualizan las situaciones de violencia institucional en distintos momentos de los gobiernos del continente. Los principios, fines y valores de las normas del *corpus iuris* internacional y la búsqueda del ideal de justicia recuerdan que la filosofía jurídica está más presente que nunca en los Estados de Derecho constitucionales, al marcar su rumbo ético.

En lo que hoy nos ocupa, mediante la relectura necesaria de la interpretación del derecho, ahora sí, con perspectiva de género.

BIBLIOGRAFÍA

AGUILO, J.: "Positivismo y postpositivismo. Dos paradigmas jurídicos en pocas palabras", en AA.VV.: *Interpretación jurídica y teoría del derecho*, LIFANTE VIDAL, Isabel (editora I. LIFANTE VIDAL), Palestra, Lima, 2010, versión e-book.

ALEXY, R.:

- *Teoría de la argumentación jurídica*, trad. Manuel Atienza e Isabel Espejo, 2ª ed. en español, 3ª reimp., Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2014.

- *Teoría de los derechos fundamentales,* trad. Carlos Bernal Pulido, 2ª ed. en español, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2012.

- *Teoría del discurso y derechos humanos*, trad. Luis Villar Borda, 1ª ed., 3ª reimp., Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2001.

ATIENZA, M.:

- *Curso de argumentación jurídica*, 4ª reimp., Trotta, Madrid, 2016.

- *El sentido del Derecho*, 5ª impr., Ariel, Barcelona, 2017.

- "Los límites de la interpretación constitucional. De nuevo sobre los casos trágicos", *Revista Isonomía, núm. 6, abril 1997.* Disponible en: http://www.cervantesvirtual.com/portales/doxa/.

- *Podemos hacer más. Otra forma de pensar el Derecho,* Editorial Pasos Perdidos, Madrid, 2013.

- "Una filosofía del Derecho para el mundo latino. Otra vuelta de tuerca", *DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho,* núm. 37, 2014.

BARBERIS, M.: "El realismo jurídico europeo-continental", *Enciclopedia de Filosofía y Teoría del Derecho*, volumen 1, cap. 6, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2015.

DWORKIN, R.:

- *El imperio de la justicia*, trad. Claudia Ferrari, 2ª ed., Gedisa, Barcelona, 2012.

- *Los derechos en serio*, trad. Marta Guastavino, 1ª ed., 8ª reimp., Ariel, Barcelona, 2010.

- *Una cuestión de principios,* trad. Victoria de los Ángeles Boschiroli, 2ª ed., Siglo Veintiuno editores, Buenos Aires, 2017.

Facio, A.: "Con los lentes del género se ve otra justicia", *El otro derecho*, núm. 28, Julio 2002, ILSA, Bogotá D.C., Colombia.

Fish, S.: "Trabajando en cadena: la interpretación en derecho y literatura", AA.VV.: *Derecho y Literatura. Textos y Contextos* (compilador J. Roggero), trad. Mariano C. Melero de la Torre, Eudeba, Buenos Aires, 2015.

Fraser, N.:

- *Escalas de justicia*, trad. Antoni Martínez Riu, Herder Editorial, Barcelona, 2012, versión e-book.

- *Fortunas del Feminismo. Del capitalismo gestionado por el Estado a la crisis neoliberal,* trad. Cristina Piña Aldao, Instituto de Altos Estudios Nacionales del Ecuador, Quito, 2015.

Gadamer, H. G.: *Verdad y método*, trad. Ana Agud Aparicio y Rafael de Agapito, Ediciones Sígueme, Salamanca, 1993.

García Amado, J. A.: "Retórica, argumentación y derecho", *Revista Isegoría,* núm. 21, 1999, Instituto de Filosofía del CSIC (Consejo Superior de Investigaciones Científicas), España.

Guastini, R.: *Distinguiendo. Estudios de teoría y metateoría del derecho*, trad. Jordi Ferrer i Beltrán, Gedisa, Barcelona, 1999.

Juan, G.:

- *El concepto de dignidad humana de la gestante en la Gestación por Sustitución. Un acercamiento desde la Literatura,* Tesis doctoral (inédita), 2019b.

- "Reflexiones desde el punto de vista del derecho en la literatura. Las tareas de cuidado", *Revista de Derecho de Familia*, núm. RDF 90, 15/07/2019, 333 (3). Cita Online: AR/DOC/1703/2019, Thomson-Reuters, Buenos Aires, 2019a.

Kelsen, H.: *Teoría pura del Derecho,* 3ª ed., 10ª reimp., trad. Moisés Nilve, Eudeba, Buenos Aires, 2015.

Lifante Vidal, I.:

- *Argumentación e interpretación jurídica. Escepticismo, intencionalismo y constructivismo,* Tirant Lo Blanch, Valencia, 2018.

- "La interpretación jurídica y el paradigma constitucionalista", *Anuario de Filosofía del Derecho*, núm. 25, 2008.

- "Un mapa de problemas sobre la interpretación jurídica", AA.VV.: *Interpretación jurídica y teoría del derecho* (editora I. Lifante Vidal), Palestra, Lima, 2010, versión e-book.

MacCormick, N.:

- "Argumentación e interpretación en derecho", *DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 33, 2010, trad. Jorge Luis Fabra Zamora y Laura Sofía Guevara.

- *Razonamiento jurídico y Teoría del derecho*, trad. José Angel Gascón Salvador, Palestra, Lima, 2018.

Marí, E.:

- "Derecho y literatura. Algo de lo que sí se puede hablar pero en voz baja", AA.VV.: *Derecho y Literatura. Textos y Contextos* (compilador J. ROGGERO), Eudeba, Buenos Aires, 2015.

- *La interpretación de la ley,* Eudeba, Buenos Aires, 2014.

Mayer, M. E.: *Filosofía del Derecho*, trad. de la 2ª ed. original por Luis Legaz Lacambra, Editorial B de F, Montevideo-Buenos Aires, 2015.

Navarro, P.: "Sistema Jurídico, Casos difíciles y conocimiento del Derecho", *DOXA Cuadernos de Filosofía del Derecho,* núm. 14, 1993.

Nino, C.:

- *Derecho, moral y política. Una revisión de la teoría general del Derecho*, Siglo Veintiuno, Buenos Aires, 2014.

- *Introducción al análisis del derecho*, 2ª ed. ampliada y revisada, 18ª reimp., Astrea, Buenos Aires, 2015.

Ross, A.: *Sobre el derecho y la justicia,* 3ª ed., 2ª reimp., Eudeba, Buenos Aires, 2011.

SAVIGNY, M. F. C. de: *Sistema del Derecho romano actual*, Vol. I, trad. de J. Mesía y M. Poley, Centro Editorial de Góngora, Madrid, 1879.

STRECK, L.: *Hermenêutica, Livro-carta n.1*, Ediçao do Autor, São Leopoldo, Brasil, 2017.

JURISPRUDENCIA DE LA CORTE IDH

- Caso "Atala Riffo y Niñas vs. Chile". Sentencia 24 feb. 2012.

- Caso "I.V. vs. Bolivia". Sentencia 30 nov. 2016.

- Caso "Penal Miguel Castro Castro vs. Perú". Sentencia 25 nov. 2006.

- Caso "González y otras ("Campo Algodonero") vs. México." Sentencia 16 nov. 2009.

- Caso "Fernández Ortega y otros vs. México". Sentencia 30 ago de 2010.

- Caso "Rosendo Cantú y otra vs. México". Sentencia 31 ago. 2010.

- Caso "Veliz Franco y otros vs. Guatemala". Sentencia 19 mayo 2014.

- Caso "Espinoza Gonzáles vs. Perú". Sentencia 20 de nov. 2014.

- Caso "Gelman vs. Uruguay". Sentencia 24 feb. 2011.

- Caso "Masacre Plan de Sánchez vs. Guatemala". Sentencia 19 nov. 2004.

- Caso "Ríos y otros vs. Venezuela". Sentencia 28 de ene. 2009.

- Caso "Masacre de las Dos Erres vs. Guatemala". Sentencia 24 nov. 2009.

- Caso "J. vs. Perú". Sentencia 27 nov. 2013.

- Caso "Masacres Río Negro vs. Guatemala". Sentencia 4 sep. 2012.

- Caso "Masacres de El Mozote y lugares aledaños vs. El Salvador". Sentencia 25 oct. 2012.

- Caso "Favela Nova Brasilia vs. Brasil". Sentencia 16 feb. 2017.

- Caso "Duque vs. Colombia", Sentencia de 26 feb. 2016.

- Caso "Flor Freire vs. Ecuador". Sentencia de 31 ago. 2016.

- Caso "V.R.P., V.P.C. y Otros vs. Nicaragua". Sentencia de 8 mar. 2018.

OPINIONES CONSULTIVAS

-Opinión consultiva OC 04/84 de 19 de ene. 1984.

-Opinión consultiva OC 17/02 de 28 de ago 2002.

-Opinión consultiva OC 18/03 de 17 de set. 2003.

-Opinión consultiva OC 24/17 de 24 de nov. 2017

TRAS LA CONSTITUCIÓN DE 2019: ¿ALBORES DE LA RESPONSABILIDAD PARENTAL EN CUBA?

AFTER THE 2019 CONSTITUTION: DAWN OF PARENTAL RESPONSIBILITY IN CUBA?

Rev. Boliv. de Derecho Nº 31, enero 2021, ISSN: 2070-8157, pp. 90-131

Jané MANSO LACHE

ARTÍCULO RECIBIDO: 10 de octubre de 2020
ARTÍCULO APROBADO: 13 de noviembre de 2020

RESUMEN: Tras la Constitución de 2019 se avizora un nuevo horizonte de la responsabilidad parental en Cuba, que nace entre la constitucionalización de los derechos familiares y el reconocimiento constitucional de las garantías procesales como expresión de cambios sociales y corolario del influjo de la internacionalización de las relaciones familiares. A raíz de todo lo cual surge un programa de reformas de las instituciones sustantivas y procesales, que inspirado en el interés superior del niño debe integrar, en modo coherente y sistemático, las orientaciones que descienden del sistema convencional y la axiología que pauta el actual texto constitucional.

PALABRAS CLAVE: Constitución; derechos familiares; garantías procesales; instrumentos internacionales y tutela de los derechos de los menores.

ABSTRACT: *After 2019 Constitution, a new horizon for parental responsibility was envisioned in Cuba, through the constitutionalization of family rights and jurisdictional guarantees, the first as an expression of social changes and corollary of the internationalization of family relationships' influence. Therefore, a program of institutional reforms arises - both substantive and procedural-, inspired on the children best interests, and following a global approach integrating in a coherent and systematic way, the descending orientations of the conventional system and the axiology guiding the current constitutional text.*

KEY WORDS: *Constitution; family rights; jurisdictional guarantees; international instruments and protection of the rights of minors.*

SUMARIO.- I. AL COMPÁS DE LA CONSTITUCIÓN DE 2019 ¿PATRIA POTESTAD O RESPONSABILIDAD PARENTAL?- 1. Antesala de la reforma.- A) La impronta de la multiplicidad de fuentes normativas.- 2. El sello de la reforma constitucional de 2019.- II. EL LENGUAJE DE LA CONSTITUCIÓN A TRAVÉS DEL DERECHO INTERNACIONAL ¿UN PASO HACIA LA RUPTURA DEL SILENCIO?- 1. El valor de los tratados en el Derecho interno.- 2. La responsabilidad parental transnacional en Cuba.- III. LA REFORMA PROCESAL AL SON DE LA CONSTITUCIONALIZACIÓN Y LA INTERNACIONALIZACIÓN DEL PROCESO.- 1. Reglas de competencia judicial internacional.- 2. Cooperación judicial internacional.- 3. Reconocimiento y ejecución de decisiones judiciales extranjeras.- 4. Otros puntos claves de la reforma.- A) El acceso a los medios alternos de solución de conflictos desde la Constitución.- IV. CONSIDERACIONES FINALES.

I. AL COMPÁS DE LA CONSTITUCIÓN DE 2019, ¿PATRIA POTESTAD O RESPONSABILIDAD PARENTAL?

La reforma constitucional de 2019[1] procura ser expresión de la evolución del Derecho de las familias en el siglo XXI, a través de la constitucionalización de valores y principios que ya sustentaban la arquitectura del modelo social en Cuba. Antes de la aprobación de la nueva Constitución, la doctrina y los criterios judiciales sentaron las bases y orientaciones de la reforma a partir de la interpretación evolutiva de las instituciones familiares y su adecuación con las directrices que emanan de las convenciones internacionales. Gracias a la meritoria labor del Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo Popular (CGTSP) y de los jueces cubanos, a lo largo de este proceso evolutivo, vio la luz la integración de los tratados internacionales con el Derecho interno, todo lo cual propició la fertilización de la concepción del niño como sujeto de derechos; el desarrollo de la capacidad progresiva y la concretización –caso por caso– del interés superior de los niños, las niñas y adolescentes, así como la reorientación hacia un concepto de *responsabilidad parental* que sitúa el respeto de la dignidad y el libre desarrollo de la persona de los niños en el corazón de los procesos y sobre todo de las decisiones[2].

1 La Constitución se proclamó el 10 de abril de 2019 y se publicó en *Gaceta Oficial*, No. 5, edición Extraordinaria, cuyo texto puede ser consultado en http://www.vanguardia.cu/constitucion-cubana/13802-gaceta-oficial-de-la-republica-de-cuba-publica-nueva-constitucion-pdf, consultado el 10 de abril de 2019.

2 *Cfr.* Sentencia No. 434/15, de 17 de julio, de la Sala de lo Civil y de lo Administrativo del Tribunal Supremo Popular; Sentencia No. 646/15, de 16 de octubre, de la Sala de lo Civil y de lo Administrativo del Tribunal Supremo Popular; Sentencia No. 214/17, de 31 de marzo, de la Sala de lo Civil y de lo Administrativo del

• Jané Manso Lache
Profesora Adjunta de Derecho Procesal Civil y Teoría General del Proceso de la Facultad de Derecho de la Universidad de La Habana. Abogada de la Organización Nacional de Bufetes Colectivos. PhD. Program in Legal and Social sciences: Civil law and Constitutional legality. Universidad Camerino, Italia, en régimen de cotutela internacional con la Universidad de Valencia, España. E-mail: jane.mansolache@unicam.it.

El reconocimiento de la dignidad como valor supremo y soporte de todos los derechos constituye la pauta para la interpretación y ejercicio de los derechos familiares que disciplina el Título V, Capítulo III, del actual texto constitucional. Es en nombre de la dignidad de cada ser humano, mayor o menor de edad, hombre o mujer, que nace el imperativo de reevaluar la posición de los niños en el sistema jurídico y en la vida social[3].

Por ello, el legislador de la Constitución de 2019, siguiendo una técnica que respeta los propios valores constitucionales y principios que proceden del sistema convencional, esencialmente de la Convención sobre los derechos del niño de 1989 (CDN)[4], reconoce la condición de sujetos de derechos y "personas en desarrollo" de los niños, las niñas y adolescentes. Así, el legislador cubano incorpora al Derecho interno, mediante una norma de rango constitucional, el reconocimiento de la capacidad progresiva de los niños, cuyo ejercicio será proporcional al grado de madurez física e intelectual de estos. De vital trascendencia es la novedad sistemática que traza la Constitución al percibir que la protección de los derechos de los infantes constituye la máxima del sistema, y el interés superior del niño la clave para la toma de decisiones y la materialización de los actos donde interviene la persona y/o el patrimonio de los infantes[5].

Muestra de la ruptura con esquemas tradicionales y de la coherencia y sistematicidad del texto constitucional de 2019, lo es la decisión del legislador cubano de traer al ordenamiento jurídico interno la expresión *responsabilidad*[6] en lugar de patria potestad para identificar el conjunto de funciones y deberes que corresponde a las madres y los padres en la educación, formación integral y desarrollo pleno de la personalidad de los hijos. Habría que examinar si el mérito de la sustitución es puramente terminológico o si, por el contrario, trasciende los límites del plano formal y lingüístico, con implicaciones sustanciales en el contenido de la institución.

Tribunal Supremo Popular. Disponibles en Repositorio del Tribunal Supremo Popular. Para ahondar sobre el tema, *vid.* Manso Lache, J. y Mendoza Díaz, J.: "El proceso civil oral en Cuba: Una creación judicial", en Matilla Correa, A., Mendoza Díaz, J. y Mantecón Ramos, A. (coords.).: *Perspectiva actual del Derecho procesal en Cuba*, ONBC, La Habana, 2016, pp. 47-55.

3 *Vid.* Pérez Gallardo, L. B.: "Derecho privado y autonomía privada en el ordenamiento cubano: entre la Constitución, el Código civil y las leyes de desarrollo", en Barenghi, A., Pérez Gallardo, L. B., Proto, M.: *Costituzione* e *Diritto privato. Una reforma per Cuba*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2019, pp. 97-176 (p. 117); La Rosa, E.: "Premesse generali: Responsabilità genitoriale e nuove prospettive nella tutela dei figli", en Gabriele, E. (dir.): *Commentario del Codice Civile. Della Famiglia (Artt. 232-255),* coord. por G.di Rossa, UTET Giuridica, 2da ed., Milano, 2018, pp. 613-621 (p. 628).

4 Aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 noviembre de 1989, entró en vigor en septiembre de 1990, fue firmada por la República de Cuba en enero 1990 y ratificada en 1991.

5 *Cfr.* arts. 86 y 87 de la Constitución cubana. Para profundizar sobre las directrices que orientaron la reforma constitucional, *vid.* Pérez Gallardo, L. B.: "Derecho privado", cit., pp. 156-167; Manso Lache, J.: "La responsabilidad parental transnacional a la luz de la nueva constitución. Retos de la reforma procesal en Cuba", en Barenghi, A., Pérez Gallardo, L. B., Proto, M. (coords.).: *Costituzione e Diritto privato. Una reforma per Cuba* (coord. por), editoriale scientifica, Napoli, 2019, pp. 215-232 (pp. 219-221).

6 *Cfr.* art. 84 del texto constitucional.

1. Antesala de la reforma.

Desde que las nuevas tendencias del Derecho de las familias han puesto en crisis la tradicional concepción de la patria potestad, fundamentalmente arraigada en los ordenamientos jurídicos de los países latinos, como consecuencia de la influencia del Derecho romano en los sistemas jurídicos continentales, las expresiones "patria potestad" o su homólogo *"puissance paternelle"*, del Derecho francés, o "patria *potestà*" y "*potestà genitoriale*", del italiano, han sido objeto de un largo proceso de revisión en diversos ordenamientos jurídicos, principalmente porque esta terminología no se adecuaba a la naturaleza y contenido de la institución en el Derecho moderno[7].

Como resultado de las experiencias que aportaron las reformas en otras realidades jurídicas, algunos autores sostienen que el valor de la sustitución terminológica representa la mera importación de un término extraño a la tradición jurídica de sus países, y fuente de potenciales problemas de interpretación y aplicación del Derecho interno y sobre todo de las normas de conflicto[8].

Para otros autores, en cambio, la implicación de la reforma afonda en los pilares de las construcciones históricas y sociales de la institución y mira a la evolución de la sociedad y a los nuevos horizontes del Derecho de las familias[9], siendo reflejo de: 1. La ruptura con la tradicional fórmula que hacía referencia a la "diligencia de un buen padre de familia". 2. La desintegración de las construcciones sociales sobre el papel preponderante de la maternidad que vulneran el principio de igualdad. 3. La concepción del niño como sujeto de derechos y la consolidación del interés

7 *Vid.* Cianci, A. G.: "La Responsabilità genitoriale", en AA.VV.: *Trattato di Diritto di Famiglia*, vol. VI, *La filiazione e l'adozione*, (dirigido por G. Bonilini), UTET Giuridica, Torino, 2015, pp. 4108- 4111; López-Muelas, L. y Zabalgo, P.: "La regulación de la patria potestad y guarda y custodia en derecho comparado: España, Italia, Inglaterra, Alemania, Chile y EE.UU.", *Diario La Ley*, núm. 9443, Sección "Tribuna", Wolters Kluwer, 25 de junio de 2019, pp. 1-6; La Rosa, E.: "Premesse generali: Responsabilità genitoriale e nuove prospettive nella tutela dei figli", cit., pp. 613-621; Díaz-Ambrona Bardají, Mª. D.: "La patria potestad", en Tejedor Muñoz, L. y Pous de la Flor, Mª. P. (coords.): *Protección jurídica del menor*, Tirant lo Blanch, 2017, pp. 1-16 (1-2), TOL6.029.032, disponible en http://www.tirantonline.com, consultado el 1ro de julio de 2020; Cubeddu Wiedemann, M. G., Corder, P. y Uda Giovanni, M.: "Responsabilità gentoriale", *Diritti di Famiglia*, 3ª ed., IPSOA, 2019, pp. 1472-1482. *Vid.* Álvarez-Tabío Albo, A. M.: "Retos del Derecho de familia. Autonomía y unidad", en AA.VV.: *Derecho familiar constitucional*, (coord. por L. B. Pérez Gallardo, C. M. Villabella Armengol y G. Molina Carrillo), Grupo Editorial Mariel, Puebla, 2016, p. 499-501.

8 Si no se utiliza una adecuada técnica legislativa: *Vid.* Durán Ayago, A.: "Responsabilidad parental, relaciones paterno-filiales y protección de menores: ¿tres denominaciones para tres realidades diferentes?", en Esplugues Mota, C., Vargas Gómez-Urrutia, M., Herranz Ballesteros, M. y Guzmán Zapater, M. (coords.): *Persona y familia en el nuevo modelo español de Derecho internacional privado*, Tirant lo Blanch, 2017. TOL 6.468.749, disponible en http://www.tirantonline.com, consultado el 1ro de julio de 2020); Espinosa Calabuig, R.: *Custodia y visita de menores en el espacio judicial europeo*, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, Madrid, 2007, pp. 78-86 (p. 82); Díaz-Ambrona Bardají, Mª. D.: "La patria potestad", cit., pp. 1 y 2.

9 *Vid.* Espinosa Calabuig, R.: *Custodia y visita de menores en el espacio judicial europeo,* cit., pp. 65-69; Cianci, A. G., "La Responsabilità", cit., pp. 4108-4111; La Rosa, E.: "Premesse generali: Responsabilità genitoriale e nuove prospettive nella tutela dei figli", cit., pp. 613-621.

superior del menor. 4. La posibilidad de ceder algunas de las facultades propias de la patria potestad a terceras personas[10].

La Constitución de 1940 fue el primer instrumento normativo que reconoció formalmente el principio de igualdad entre hombres y mujeres en el orden social, que no tardó en ver su proyección en el ámbito de las relaciones familiares, aunque las condiciones sociales de la época no propiciaron su materialización[11].

La efectiva realización del principio de igualdad se produce con el programa social impulsado a partir del año 1959, del cual nace el Código de Familia de 1975, actualmente en vigor[12], que es reflejo de un modelo de patria potestad estructurado sobre la base del beneficio de los hijos y de la igualdad de los derechos de madres y padres y de los hijos ante la Ley[13]. Un año después viene promulgada la Constitución de 1976 que confirmó los principios que establecía el Código.

El Código de Familia de 1975 prevé que las situaciones jurídicas de los hijos sobre la guarda y cuidado y el régimen de comunicación serán definidas de acuerdo con "lo que resulte más beneficioso para el menor"[14]. A pesar de la relevancia de esta previsión, y sin desconocer la trascendencia del Código en la época de su promulgación, tanto la doctrina como los jueces, abogados y fiscales, coinciden en la necesidad de su adecuación a la preceptiva de la CDN, en pos de suplir algunas imprevisiones como la posibilidad de escuchar a los niños y de ponderar su opinión para la toma de la decisión[15].

La posibilidad de "explorar o escuchar la voluntad del menor" que cuente con siete o más años de edad, en los supuestos de adopción y tutela, respectivamente, son las únicas alternativas de audiencia del menor que autoriza el Código de Familia[16]. La imposibilidad de oír a los niños en el resto de los casos donde pueden verse afectados sus intereses permaneció inamovible hasta que el Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo Popular (CGTSP) se pronunció en el 2007 y sucesivamente en el 2016[17], incentivando a los jueces a la interpretación evolutiva

10 *Vid.* Álvarez-Tabío Albo, A. M.: "Retos del Derecho de familia.", cit., p. 498; Espinosa Calabuig, R.: *Custodia y visita de menores en el espacio judicial europeo,* cit., pp. 65-93; Gorgoni, A.: *Filiazione e responsabilità genitoriale,* CEDAM, Milano, 2017, pp. 93-99.

11 *Vid.* Velazco Mugarra, M.: *La guarda y cuidado de los menores sujetos a la patria potestad*, ediciones ONBC, La Habana, 2006, p. 78.

12 Ley N° 1289/1975, de 14 de febrero, la cual comenzó a regir a partir del 8 de marzo del propio año. Publicación original en Gaceta Oficial de la República de Cuba: www.gacetaoficial.cu.

13 *Vid.* Velazco Mugarra, M.: *La guarda y cuidado de los menores sujetos a la patria potestad,* cit., p. 80.

14 Arts. 89 y 90 del Código de Familia. En igual sentido, *La guarda y cuidado,* cit., p. 101.

15 *Apud.* Velzaco Mugarra, M.: *La guarda y cuidado*, cit., pp. 100-101.

16 Arts. 107 y 145 del Código de Familia.

17 El primero de los precitados pronunciamientos fue la Instrucción No. 187/2007, de 20 de diciembre, que convocó al tribunal, siempre que fuera aconsejable, a la escucha de los infantes en los procesos de guarda

y sistemática del ordenamiento jurídico nacional, bajo la óptica de las disposiciones que provienen del régimen convencional y en cumplimiento de las obligaciones que asumió el Estado cubano con la ratificación en 1991 de la CDN. Junto a un grupo importante de pautas procesales para la tramitación y solución de los asuntos de familia[18], el CGTSP previó que el tribunal, cuando lo estime necesario "[…] escuchará al menor que esté en condiciones de formarse un juicio propio, y tendrá en cuenta su opinión en función de su capacidad progresiva"[19]. El acto se realizará bajo un conjunto de reglas mínimas que favorecen el desarrollo del diálogo en un ambiente propicio, fuera de la sede del tribunal, en presencia del fiscal, el psicólogo del equipo multidisciplinario y el juez ponente[20].

Ante la inercia del legislador cubano, presente por unas largas décadas, las disposiciones del CGTSP representaron un cambio significativo en el panorama normativo nacional, que hasta hoy garantizan, a tono con el artículo doce de la CDN, la realización del derecho de los niños a ser escuchados y a que su opinión se tome en consideración, en función de su edad y madurez.

Así pues, la nueva Constitución simboliza un estadio superior dentro de este proceso evolutivo, de cual es en parte resultado y a la vez expresión; al tiempo que representa el instrumento normativo de legitimación de las orientaciones que derivan de los tratados internacionales suscritos por la República de Cuba; corolario de la voluntad del Estado cubano empeñada en el cumplimiento de las obligaciones internacionales y muestra del compromiso del legislador con la labor de integración y sistematización del ordenamiento jurídico cubano.

---

y cuidado y régimen de comunicación. El éxito en la implementación de la aludida Instrucción condujo a la extensión de sus reglas, inicialmente aplicables a los asuntos de familia, a todos los litigios civiles, por medio de la Instrucción No. 191/2009, de 14 de abril. La incesante labor del Tribunal Supremo Popular y de su CGTSP por modernizar y perfeccionar el diseño procesal civil y familiar en Cuba, dando cumplimiento a las disposiciones que provienen de la precitada CDN, continuó con la adopción de las Instrucciones 216/2012, de 17 de mayo, y 217/2012, de 17 de julio, a través de las cuales se convoca a los tribunales a velar por la observancia de la trilogía: interés superior de los niños, derecho a la escucha y capacidad progresiva.

18 *Vid. infra*, I. 2., III. 4. Sobre las reglas que se ordenó incorporar a los tribunales en las prácticas procesales para la solución de los conflistos familiares, *vid.* Manso Lache, J.: "Una mirada hacia el procedimiento familiar en Cuba", *Revista Vasca de Derecho Procesal y Arbitraje*, núm. 3, vol. 28, 2016, pp. 429-449.

19 La Ley No. 82/97, De los Tribunales Populares, define las funciones del Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo, y le faculta para impartir instrucciones generales de carácter obligatorio para todo el sistema judicial. Las instrucciones son instrumentos normativos que el Consejo de Gobierno adopta *ex oficio,* con el propósito de armonizar las prácticas jurisdiccionales, generalmente a propuesta de las Salas de justicia o de alguna instancia administrativa del propio Tribunal Supremo, especialmente vinculadas con la actividad de control y supervisión del trabajo de los tribunales inferiores. Su labor no es propiamente legislativa, función estatal que solo recae en la Asamblea Nacional del Poder Popular y el Consejo de Estado, sino interpretativa de la norma, solo que con frecuencia esta labor exegética adquiere cierta naturaleza "pretoriana", que por imperio del art. 630 de la Ley de Procedimiento Civil, contentiva de la causal de casación por infracción de Ley, se eleva al carácter de fuente formal del Derecho en Cuba, por ser de obligatorio cumplimiento para los jueces. Mendoza Díaz, J.: "Las fuentes formales del Derecho Procesal Civil", *Lecciones de Derecho Procesal Civil*, Editorial Félix Varela, La Habana, 2001, pp. 9-18.

20 Manso Lache, J.: "Una mirada hacia el procedimiento familiar en Cuba", cit., pp. 429-449.

A) La impronta de la multiplicidad de fuentes normativas.

No sería posible descifrar el significado sustancial del concepto de responsabilidad parental sin antes posicionar el tema en un cuadro normativo multinivel, donde convergen una diversidad de fuentes y se identifican un grupo de intereses axiológicamente tutelados y concretamente actuados, a través de reformas que se orientan a la integración de las normas de carácter supranacional e internacional en los ordenamientos jurídicos internos[21]. Así se produce la emigración a los Derechos internos de principios y valores que descienden del sistema convencional, cuya incorporación en el Derecho estatal exige la armonización de las disposiciones supranacionales y las normas de carácter nacional, pasando por el respeto de la jerarquía de los valores y pilares que protege la Constitución, en pos de la sistematicidad y unidad del ordenamiento jurídico.

Tal dinámica de producción normativa "que juega con las componentes del Derecho interno e internacional" crea una arquitectura del ordenamiento jurídico, en el interior de la cual se vislumbra la esencia de la actividad que impulsan organizaciones internacionales como Naciones Unidas, la Conferencia de La Haya de Derecho internacional privado, el Consejo de Europa y la Organización de Estados Americanos, cuya quehacer constituye un elemento fundamental en la regulación y unificación de las instituciones vinculadas con la protección de los derechos de los niños.

La *ratio* de esta actividad de reglamentación internacional responde al sinfín de conflictos que nacen del ejercicio de la responsabilidad parental y que terminan por agravarse con la internacionalización de las relaciones familiares. La presencia de un elemento de extranjería aumenta la complejidad de las controversias entre sujetos de diversas culturas, tradiciones, nacionalidades, ciudadanía y/o residencias e impone grandes retos a la administración de justicia del siglo XXI.

En una sociedad cada día más globalizada, donde las familias se desestructuran y los lazos familiares se recomponen entre sujetos que pueden residir en Estados diferentes, las crisis de las familias[22]se acentúan y aumentan progresivamente los litigios de carácter transnacional donde aparecen implicados los derechos e intereses de niños, niñas y adolescentes. Por tal razón, han sido objeto de regulación internacional cuatro cuestiones que integran el estatus jurídico de los niños: 1. La responsabilidad parental, incluidos los aspectos relacionados con la guarda

21 Experiencias como la española e italiana pudieran ser ilustrativas de las implicaciones de los efectos de la integración de los criterios que descienden de las normas supranacionales e internacionales en el Derecho interno en lo que a esta materia concierne. *Vid.* los estudios que obran en la nota 7.

22 *Vid.* Rossi, M.: "Rilievi normativi in tema di effetti di natura personale e patrimoniale della crisi della coppia genitoriale riguardo alla prole", en Cassano, G. y Oberto, G. (coord.): *La Famiglia in crisi*, Cedam, Milano, 2016, pp. 485-491.

y custodia; 2. la determinación del régimen de comunicación; 3. la sustracción internacional de menores; 4. la prestación de alimentos[23].

En el contexto de las Naciones Unidas, el principal instrumento es la Convención sobre los derechos del niño de 1989 (CDN), que establece con carácter vinculante los derechos reconocidos por la Declaración de los derechos del niño de 1959 y el Convenio de Naciones Unidas sobre obtención de alimentos en el extranjero, de 1956. La obligación fundamental que deriva del Convenio de Nueva York para los Estados contratantes es la realización efectiva de los derechos que proclama. El contenido y alcance de este instrumento internacional abre una nueva época para los derechos de los niños que se inspira en la promoción y desarrollo de la persona y la tutela de sus derechos. La Convención además confirma derechos y libertades fundamentales ya reconocidas a todo ser humano y no lo hace porque el niño carezca de la titularidad de estos derechos, sino por las limitaciones que ha impuesto la presunción de incapacidad de los menores para ejercitar los derechos por sí mismos y participar en la toma de decisiones[24].

Desde la perspectiva del Derecho internacional privado, la regulación de esta materia se sustenta fundamentalmente en los convenios aprobados en el seno de la Conferencia de La Haya. Dos instrumentos internacionales han sido piezas fundamentales en materia de responsabilidad parental y protección de los derechos de los niños. Por una parte, el Convenio de 1980 sobre aspectos civiles de la sustracción internacional de menores; y por otra, el Convenio de 1996 sobre la determinación de la competencia, ley aplicable, reconocimiento, ejecución y cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de menores, llamado "Convenio de protección de los niños".

La terminología que emplea el Convenio de La Haya de 1996 posee sus cimientos en la Convención sobre los derechos del niño de 1989, que al igual que la Convención de La Haya de 1993, en materia de adopción internacional, utilizan el término "responsabilidad parental"[25]. El Convenio de La Haya de 1996 esgrime una noción amplia de "responsabilidad parental", con el propósito de unificar en el contexto internacional el tratamiento de los derechos, las facultades y responsabilidades que recaen sobre los padres, tutores u otros representantes legales[26] respecto a la persona o los bienes del menor, que comprenden los

23 *Vid*. Talavera Hernández, J. A.: "La responsabilidad parental y la protección del menor en España y Reino Unido", en Pardo Iranzo, V. (coord.).: *Competencia, reconocimiento y ejecución de resoluciones extranjeras en la Unión Europea*, Tirant lo Blanch, 2016, p. 3. TOL 5.914.249, disponible en http://www.tirantonline.com, consultado el 1ro de julio de 2020.

24 *Vid*. Talavera Hernández, J. A.: "La responsabilidad parental y la protección del menor en España y Reino Unido", cit., p. 2; La Rosa, E.: "Premesse generali: Responsabilità genitoriale e nuove prospettive nella tutela dei figli", cit., p. 622.

25 *Apud*., Espinosa Calabuig, R.: *Custodia y visita de menores en el espacio judicial europeo*, cit., p. 235.

26 Corresponderá a los Derechos nacionales la definición de los supuestos y condiciones en los cuales la responsabilidad parental no será ejercitada por los padres sino por terceras personas. *Apud*., Espinosa

derechos de visita, el traslado del menor a un lugar diferente al de su residencia habitual, así como medidas de protección que pueden disponerse en función de su bienestar y que se extienden a los derechos de custodia, la determinación del lugar del residencia habitual y la entrega del menor a una familia de acogida o institución[27].

En el caso de Cuba, como expresión de la voluntad política y de la responsabilidad estatal comprometida con el paulatino proceso de actualización del sistema a las nuevas realidades, el Estado formalizó la adhesión a los Convenios de La Haya de 25 de octubre de 1980, sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores; de 29 de mayo de 1993, sobre Protección del niño y Cooperación en materia de Adopción Internacional, y de 19 de octubre de 1996, sobre Competencia, la Ley Aplicable, el Reconocimiento, la Ejecución y la Cooperación en materia de Responsabilidad Parental y de Medidas de Protección de los Niños[28]. Estos convenios internacionales constituyen una trilogía de importantes instrumentos que tienden a consolidar los mecanismos de protección de los derechos de los infantes en situaciones internacionales

Pese a la indudable relevancia de estos tratados internacionales, la Carta Magna de la República de Cuba reconoce que esta prevalecerá sobre aquellos[29], pues a la par de la constitucionalización de los derechos familiares que —en palabras del profesor Pérez Gallardo— se convierte "[…] en el paso más importante para la democratización del Derecho de las familias"[30], corresponde a las constituciones, como a ningún otro instrumento normativo, legitimar el sistema de fuentes, establecer la jerarquía de los tratados internacionales dentro de este sistema, definir los criterios para resolver posibles incompatibilidades entre las disposiciones de los tratados y los preceptos constitucionales, así como prever los mecanismos de control sobre la constitucionalidad de la preceptiva de los acuerdos y convenios internacionales [31]. Al respecto sostiene el profesor Perlingieri que la legalidad -en el sistema constitucional- exige la necesidad de reconstruir los vínculos entre

Calabuig, R.: *Custodia y visita de menores en el espacio judicial europeo,* cit., p. 235.

27 *Vid.* Espinosa Calabuig, R.: *Custodia y visita de menores en el espacio judicial europeo*, cit., pp. 86-87 y 235; Talavera Hernández, J. A.: "La responsabilidad parental y la protección del menor en España y Reino Unido", cit., p. 5.

28 La adhesión de Cuba a los Convenios de La Haya de 1993, 1996 y 1980 aconteció en el orden y los años siguientes: 2007, 2017 y 2018, respectivamente. Información consultada en el sitio de la Conferencia de La Haya. Disponible en https://www.hcch.net/es/states/other-connected-parties/details2/?sid=222 (F.C. 07/07/2020)

29 Art. 8 de la Constitución.

30 *Vid.* Pérez Gallardo, L. B.: "Derecho privado", cit., pp. 97-176 (p. 159).

31 *Vid.* Richards Martínez, O.: "Una mirada a los presupuestos teóricos para la recepción de tratados internacionales en el ordenamiento jurídico cubano", *Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, Medellín, vol. 42, núm. 116, enero-junio 2012, pp. 117-158.

múltiples fuentes que operan en un mismo territorio, las cuales son legitimadas por la Constitución y forman parte de su unidad axiológica[32].

2. El sello de la reforma constitucional de 2019.

Ahora sí, regresando al punto de partida. Pensar que el uso del término *responsabilidad* que hace el legislador de la Constitución de 2019 es la consecuencia de un inocente, o quizás ocasional, cambio de terminología, implicaría desconocer las circunstancias en las cuales fue aprobado el texto constitucional, ignorar la evolución de la sociedad cubana y negar la influencia de los tratados internacionales en el Derecho interno.

No es una cuestión de moda jurídica o la importación de un término ajeno a la realidad cubana. Se revela implícito en la esencia del cambio, además del derecho a la biparentalidad y la igualdad de derechos de madres y padres, ya presente desde la regulación de 1976[33], la reducción del protagonismo de los progenitores en la medida en que sus hijos adquieren progresivamente autonomía[34].

Es igualmente palpable la sincronización del texto constitucional con las orientaciones que provienen de los principales instrumentos internacionales suscritos por la República de Cuba[35]. Todo apunta a que el legislador de la Constitución cubana, imbuido por el espíritu de la Convención de La Haya de 1996, decidió traer al Derecho interno, aunque con algunos matices, la noción de responsabilidad parental, en torno a la cual gira el conjunto de funciones de las madres, padres y otros parientes afines o consanguíneos que ejercen la guarda y cuidado de los niños, niñas y adolescentes, y poseen el deber de proveerles de alimentos, respetar y garantizar el pleno ejercicio de sus derechos, protegerlos de cualquier tipo de violencia y coadyuvar al desarrollo pleno de su personalidad.

Si hoy parientes afines o consanguíneos (distintos de las madres y los padres) pueden asumir funciones como la guarda y custodia de los infantes es porque la fuente de esta responsabilidad se ha desplazado de la filiación a la relación de parentesco, y como efecto típico del parentesco igualmente deberían ser titulares del derecho de visita, aunque la Constitución no lo refiera de forma expresa. De forma ilustrativa apunta Cánovas González que la doctrina científica ha desarrollado el derecho de visita como facultad de relacionarse con un menor, de manera que se satisfagan sus necesidades afectivas. La fuente de este derecho es

32 *Vid.* Perlingieri, P.: *Il diritto civile nella legalità costitucionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, tomos I- II, 3ra ed., Edizioni Scientifiche Italiane, Nápoles, 2006, p. 290.

33 Arts. 36 y 38 de la Constitución de la República de Cuba de 1976, posteriormente reformada en 1978, 1992 y 2002.

34 Pérez Gallardo, L. B.: "Derecho privado", cit., pp. 166-167.

35 *Vid. supra* I. 1. A)

la relación de parentesco, no la filiación, y su consagración en la norma sustantiva generaría una apertura de la legitimación a favor de los abuelos y otros parientes facultados para solicitar el amparo judicial de su derecho[36]; derecho que afirma el profesor De Verda y Beamonte deberá ceder siempre ante el interés superior del menor[37].

Antes de la reforma constitucional, los jueces cubanos aplicaron el interés superior del niño, al que expresamente convoca la Instrucción 216 del CGTSP, en franca relación con los postulados de la CDN, como fundamento de las decisiones judiciales que atribuyeron la guarda y cuidado a favor de los abuelos o establecieron un régimen de comunicación con estos y otros parientes, en situaciones excepcionales y en función de lo más beneficioso para el menor, previa escucha de su opinión en los casos en que la madurez física y mental de estos lo permitiera[38]. Por su parte, un sector de la doctrina ha defendido que el art. 89 del Código de Familia deja abierta la posibilidad, si bien en condiciones especiales, de atribuir la guarda y cuidado a terceras personas, por cuanto la redacción del precepto cierra con una fórmula que autoriza "cualquier otra solución" —diversa a las reglas que establece para decidir con quién de los progenitores convivirá el infante—; e igualmente porque ante la falta de reconocimiento normativo expreso de la atribución de la guarda y cuidado a otros parientes o terceros en el Código de Familia, procedería la aplicación directa de la CDN que prevalece sobre el Derecho interno cuando este no prevé una solución conforme al interés superior del niño[39].

El reconocimiento constitucional de la *responsabilidad* en el ámbito familiar no alude a los tutores, que excepcionalmente podrán ser personas sin vínculo de parentesco con los menores[40]. Así, la sistemática de la Constitución se distancia de las pautas que traza la Convención de La Haya de 1996, y supera uno de los elementos que ha incitado a la efervescente crítica de la locución *parental* que acompaña el concepto de *responsabilidad* en el sistema convencional, englobando

36 Cánovas González, D.: *Del régimen de ineficacia del matrimonio en Cuba*, Tesis en opción al grado científico de Doctor en Ciencias Jurídicas, Facultad de Derecho, Universidad de La Habana, La Habana, 2013, p. 68.

37 Desde la perspectiva de dos recientes sentencias del Tribunal Supremo de España, el profesor De Verda y Beamonte propone un interesante análisis en cuanto a la materialización del interés superior del menor como baremo para la regulación del régimen de comunicación con los abuelos. *Vid.* De Verda y Beamonte, J. R.: "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", *Revista Boliviana de Derecho*, núm. 30, julio 2020, pp. 692-701.

38 *Vid.* nota 2 y 17.

39 En tal sentido, véase, Velazco Mugarra, M.: *La guarda y cuidado de los menores sujetos a la patria potestad,* cit., p. 190. Sobre el tema de la recepción y relación de los tratados internacionales con el ordenamiento jurídico interno, *Vid. infra*.II.

40 Art. 145, apartado 3, del Código de Familia.

la autoridad de los padres pero también de terceros que pueden ser o no parientes[41].

La noción de responsabilidad que introduce la Constitución no excluye a la obligación de dar alimentos de su ámbito de aplicación. La fórmula que ofrece el Convenio de La Haya de 1996 ha sido cuestionada por excluir la obligación de dar alimentos del régimen de la responsabilidad parental, en el entendido que el derecho a los alimentos es una materia vinculada a la protección de los menores que merecía estar comprendida en esta definición, máxime cuando el objetivo de la institución era la unificación de los derechos, las facultades y funciones de los padres o terceras personas[42], que deberán ser ejercitadas en favor del desarrollo de los niños, y que se encaminan a velar por el adecuado desenvolvimiento de sus relaciones personales o patrimoniales de estos[43].

No cabría poner en duda que la reforma constitucional coloca en alto un modelo de *responsabilidad parental* que se enfoca en el respeto de la dignidad de los hijos; con el cual quedan atrás las sombras de las estructuras de sumisión y subordinación de estos al imperio absoluto de la autoridad de los padres[44] y se crean nuevos vínculos entre sujetos con diversos grados de madurez. Florece un universo familiar donde la voz de los niños debe ser escuchada, y lo más beneficioso para estos constituye la piedra angular de todo el sistema; mientras el ejercicio de la responsabilidad parental se reduce en la medida en que los menores adquieren capacidad y autonomía[45]. La no utilización de la fórmula "patria potestad" es también expresión del reconocimiento de la igualdad parental y de la corresponsabilidad o responsabilidad compartida entre los miembros de la familia.

En fin, la Constitución bajo la locución "responsabilidad" marca el salto evolutivo hacia la ruptura con la tradicional concepción de la patria potestad. Al tiempo que es expresión de la influencia en el Derecho interno de los fundamentos que provienen del régimen convencional, y de la acogida de los criterios sentados en la

41 La noción de responsabilidad parental que traza la Convención de La Haya de 1996 ha sido cuestionada, ya sea por las implicaciones jurídicas que posee utilizar el término "responsabilidad" como por la locución "parental", bajo la cual engloba la autoridad parental de los padres u otra relación análoga a cargo de terceros (parientes o no). Para ahondar sobre el tema, *vid.* Espinosa Calabuig, R.: *Custodia y visita de menores en el espacio judicial europeo,* cit., pp.78-90.

42 Legitimadas en defecto de los padres, como se ha expuesto. *Vid. supra* notas 25. En el caso concreto de Cuba, como se ha expuesto en el presente epígrafe, el art. 84 de la Constitución amplía la legitamación a favor de otros parientes. *Cfr.* nota 6.

43 *Vid.* Talavera Hernández, J.A.: "La responsabilidad parental y la protección del menor en España y Reino Unido", cit., p. 3; Espinosa Calabuig, R.: *Custodia y visita de menores en el espacio judicial europeo*, cit., pp. 86 y 87.

44 Lo cual no significa que los hijos no deban respeto a sus padres, pues como sujeto de derechos, también asumen un conjunto de deberes, específicamente previstos en la Constitución. *Cfr.* Art. 84.

45 La Rosa, E.: "Premesse generali: Responsabilità genitoriale e nuove prospettive nella tutela dei figli", cit., p. 623; Perlingieri, P.: *Il diritto civile nella legalità costitucionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, cit., pp. 944 y 945.

motivación de las decisiones judiciales y por los fallos de los tribunales nacionales[46]. Tal responsabilidad se estructura con arreglo a los principios de solidaridad, igualdad, no discriminación, y demás derechos y valores fundamentales que colocan el desarrollo integral de la persona en el centro del ordenamiento jurídico y tienen su proyección en el ámbito de los derechos familiares, sea a nivel de la Constitución como a nivel de las normas de desarrollo.

Por las implicaciones de la reforma, la propia Carta Magna convoca a la modificación del Código de Familia. Corresponderá al nuevo Código de las Familias, con fecha de presentación a la Asamblea Nacional del Poder Popular en marzo 2021, el mérito de recepcionar e integrar los postulados constitucionales desde una prospectiva de derechos humanos, con una visión pluralista e inclusiva, que ubique al afecto, la solidaridad, el interés superior del menor y la responsabilidad en el podio de los valores jurídicos en el orden familiar[47].

II. EL LENGUAJE DE LA CONSTITUCIÓN A TRAVÉS DEL DERECHO INTERNACIONAL ¿UN PASO HACIA LA RUPTURA DEL SILENCIO?

1. El valor de los tratados en el Derecho interno.

Los resultados de la globalización, el auge de los medios de transporte y la libertad de circulación de los ciudadanos, unido a la presencia de múltiples y crecientes procesos migratorios, han propiciado que la *internacionalización* de las relaciones familiares sea el efecto de los cambios que están viviendo las sociedades a nivel mundial; que por demás han colocado en evidencia un nivel de conflictividad diverso y superior y han retratado la insuficiencia del sistema adversarial tradicional para garantizar la tutela efectiva de los derechos de los infantes en situaciones internacionales[48].

En tal sentido, la regulación sistemática y coherente del régimen de la responsabilidad parental exige un diálogo abierto entre Constitución, Derecho de las familias y Derecho internacional privado que permita afrontar en modo efectivo la fase patológica de la vida familiar. Así, la relación entre Constitución y Derecho internacional se consolida en un complejo escenario donde se evidencian las consecuencias de la globalización y del fenómeno migratorio.

46 *Vid.* nota 1.

47 Aspectos que han sido confirmados por el profesor Leonardo Pérez Gallardo. Presidente de la Sociedad cubana de Derecho Civil y de Familia en entrevista ofrecida al periódico Granma. Disponible en: http://www.granma.cu/cuestion-de-leyes/2019-12-25/codigo-de-las-familias-abierto-inclusivo-expresion-de-los-nuevos-tiempos-25-12-2019-22-12-21.

48 Azcárraga Monzonís, C.: "Impulso de la mediación en Europa y España y ejecución de acuerdos de mediación en la unión europea como documentos públicos con fuerza ejecutiva", *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, núm. 25, 2013, 35 págs. Versión digital disponible en: https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4370591. [Consulta: 27/03/2020].

La Constitución de 2019, a diferencia de la Constitución de 1976, dedica el artículo ocho a la relación de los tratados internacionales con el ordenamiento jurídico nacional y reconoce expresamente la supremacía de la Constitución sobre aquellos, planteando acerca de su incorporación en el Derecho interno que: "(…) la preceptiva de los tratados internacionales en vigor para la República de Cuba forman parte o se integran, según corresponda, al ordenamiento jurídico nacional (…)".

Tal previsión normativa sigue la secuencia lógica del nexo que vincula el ordenamiento internacional y el Derecho interno, en el sentido que no es suficiente con que el Estado apruebe o ratifique[49] los tratados para la debida ejecución de las obligaciones que contrae internacionalmente, si a continuación no implementa el procedimiento para incorporar el contenido de estos al ordenamiento jurídico interno, y consecuentemente tampoco define el sentido y alcance de los acuerdos internacionales en el Derecho nacional y su posición en el sistema normativo de fuentes. Con arreglo a esta lógica de las relaciones interestatales apunta Orisell Richards que: "(…) desde el momento en que las preceptivas internacionales entran en vigor, en la manera y fecha en que se dispongan o acuerden por los Estados negociadores, se inicia para las partes la obligación y el cumplimiento inmediato y de buena fe de las disposiciones contenidas en los mismos (…) y de ahí la importancia —continúa diciendo la autora— de la recepción como procedimiento para la incorporación de los contenidos de los tratados en el ordenamiento jurídico nacional, en pos de lograr la coherencia entre las disposiciones internacionales y nacionales, y con ello la unidad interna del ordenamiento jurídico nacional[50].

Todo sugiere que la intención del legislador de la actual Constitución ha sido establecer la base de un sistema de recepción de los tratados, utilizando una formulación constitucional que parece englobar dos soluciones alternativas, por cuanto hace uso de la conjunción disyuntiva *o* para delimitar que los tratados internacionales vigentes para el Estado cubano «*forman parte o se integran*» al ordenamiento jurídico interno, «*según corresponda*»; expresión con la cual enfatiza la distinción.

Habría que tratar de desentrañar si la locución "*forman parte*" ha sido utilizada con el propósito de establecer un sistema de recepción automática para ciertos

49 De acuerdo con la estructura jerárquica del Estado cubano, corresponde a la Asamblea Nacional del Poder Popular como órgano supremo del poder del Estado, que representa y expresa la voluntad soberana de todo el pueblo, aprobar los lineamientos generales de la política exterior e interior, así como los tratados de paz. Por su parte, es facultad del Consejo de Estado ratificar y denunciar los acuerdos internacionales; mientras el Consejo de Ministros, como órgano ejecutivo y administrativo, ostenta la atribución de aprobar los tratados internacionales y someterlos a la ratificación del Consejo de Estado. *Cfr.* Art. 108, incisos n) y ñ); 122, inciso ñ); art. 135, inciso d), respectivamente, de la Constitución.

50 *Vid.* Richards Martínez, O.: "Una mirada a los presupuestos teóricos para la recepción de tratados internacionales en el ordenamiento jurídico cubano", cit., p. 143

tratados por la naturaleza esencial de los derechos y deberes que prescriben[51]; y si para otros, o sea, para aquellos que "*se integran*" regirá un sistema de recepción formal o especial, y su desarrollo por el legislador en el sistema ordinario de leyes. En cualquier caso —inclusive si se confirmara que la Constitución efectivamente prevé una fórmula híbrida que engloba ambos criterios— habrá que definir cuáles son los tratados que "forman parte" del ordenamiento nacional y cuáles son los "que se integran" en el Derecho interno, quizás siguiendo criterios de distinción en base a la naturaleza y objeto de los instrumentos internacionales, así como en función del procedimiento para su incorporación al Derecho nacional. Igualmente como resultado de la formulación tan genérica del precepto constitucional *in comento* es difícil saber cuáles son los tratados cuyos contenidos pudieran ser de aplicación mediata y cuáles de aplicación inmediata, de acuerdo con el mecanismo de recepción que se adopte.

Son estos algunos de los aspectos sobre los que gran parte de la doctrina nacional aún no se pronuncia, en torno a los cuales quizás no se profundizó todo lo requerido durante la labor de divulgación del proyecto, que tuvo como objetivo instruir a los ciudadanos sobre las causas, motivos y alcance de la reforma, así como prácticamente se desconocen los resultados de los debates parlamentarios referentes a la redacción del precepto. A pesar de la exigua doctrina que al momento existe sobre el tema, se pudo localizar un trabajo publicado a la luz de la reforma constitucional, donde los autores sostienen que el artículo ocho de la Constitución muestra poca claridad respecto a cuáles son los instrumentos internacionales que serán incorporados de forma automática, es decir, aquellos que, bajo la semántica de la Constitución, forman parte del ordenamiento jurídico nacional, y cuáles serán incorporados a partir de la realización de un conjunto de acciones, o sea, a través de una recepción formal o especial, que de acuerdo con la terminología de la Carta Magna, serían los tratados que se integran al ordenamiento nacional[52].

Así pues, comienzan a alzarse algunas voces dentro de la doctrina patria que conceden al artículo ocho de la Constitución el alcance de combinar dos sistemas de recepción «automático y formal» sin definir los criterios para trazar la distinción de los tratados que seguirán uno u otro procedimiento. Por tal

51 El tema de la naturaleza autoaplicativa o no de los tratados de derechos humanos no ha sido una cuestión pacífica en doctrina y jurisprudencia. Por ejemplo, respecto a la Convención de Nueva York de 1989, algunos sostienen que sus disposiciones son de aplicación automática al ser un tratado de derechos humanos, mientras que otros defienden que corresponde a cada Estado reproducir los mandatos de la reglamentación convencional en normas de derecho positivo, que sí podrán alegarse de forma directa ante los tribunales. *Vid.* García Cano, S.: "Introducción. Globalización, Multiculturalismo y protección internacional del menor (Evolución y futuro de los instrumentos internacionales relativos a la protección del menor)", en Adam Muñoz, Mª. D. y García Cano, S. (dirs.): *Sustracción internacional de menores y adopción internacional*, Colex, Madrid, 2004, p. 13.

52 Londres Osorio, M. D., Baquero Valiente, L. M. y J. C. Mendoza Pérez.: *Los tratados internacionales a la luz de la legislación cubana actual.* Versión digital, disponible en https://www.eumed.net/rev/oel/2019/10/tratados-internacionales-cuba.html, (F.C 10/04/2020).

razón, defienden estos exponentes de la doctrina que la Constitución recién reformada no determina un mecanismo claro y preciso de incorporación de los tratados internacionales en el Derecho interno cubano, con el cual se muestra plenamente de acuerdo quien escribe[53], debido a que ello traerá como una de sus consecuencias, un control difuso de la forma de recepción del tratado y luego de su incorporación al ordenamiento interno de acuerdo al contendido, alcance y naturaleza de los derechos que se recojan en los tratados que se firmen.

No obstante lo dicho, todavía pudiera ser otra la lectura del precepto, basada en los antecedentes de la normativa cubana sobre esta materia, y seguir la tendencia hacia el reconocimiento no automático de los tratados y acuerdos internacionales. Con relación a este aspecto, y ubicada en la antesala de la reforma, expone Orisell Richard que vale destacar que la normativa cubana, tanto constitucional (refiriéndose a la Constitución de 1976) como ordinaria no reconocen, de manera expresa, un mecanismo único y con alcance general que discipline la incorporación de las preceptivas internacionales al Derecho nacional, ya fuere a través de su incorporación directa al orden interno, o transformando u ordenando su ejecución. Sin embargo, sí se pueden identificar, en disposiciones ordinarias[54], de carácter particular, la existencia de reglas de aplicación para determinados convenios internacionales[55].

Por ejemplo, en lo que concierne a la materia objeto de estudio, el valor vinculante de los convenios está regulado en el art. 20 del Código civil, el cual dispone que "Si un acuerdo o Tratado internacional del que Cuba es parte establece *reglas diferentes* a las expresadas en los artículos anteriores [en cuanto a las normas de conflicto y reglas para la aplicación del derecho extranjero] *o no contenidas en ellos se aplican las reglas de dicho acuerdo o Tratado*". Se incorpora así el Tratado a la legislación del Estado, admitiendo su primacía respecto a la normativa interna y superándola en el supuesto de que la norma internacional difiera en su contenido con las reglas establecidas en el estatuto nacional[56]. Pero esta disposición no equivale al establecimiento de un mecanismo de recepción, con carácter general, pues poseyendo un ámbito objetivo de aplicación

53 *Idem.*

54 Como son los arts.: 20 del Código Civil; 483 de la LPCALE; 4, apartado 1, del Código Penal, entre otras disposiciones ordinarias, que prevén la aplicación de las disposiciones de los tratados internacionales por encima del Derecho interno, si este último no ofrece una solución normativa al caso o si la solución contradice las disposiciones de aquellos. Sobre el art. 20 se retomará la exposición a continuación; y para el análisis del art. 483 véase el epígrafe III 3. Asimismo, pudiera mencionarse el Decreto Ley No, 191/1999 "Sobre los Tratados Internacionales" que, aunque no define expresamente el alcance de estos en el Derecho nacional, algo pudiera deducirse de sus arts. 26 y 27. Para profundizar sobre el tema *Vid.* Richards Martínez, O.: "Una mirada a los presupuestos teóricos para la recepción de tratados internacionales en el ordenamiento jurídico cubano", cit., pp. 144-149.

55 Richards Martínez, O.: "Una mirada a los presupuestos teóricos para la recepción de tratados internacionales en el ordenamiento jurídico cubano", cit., p.144.

56 *Vid.* Manso Lache, J.: "La responsabilidad parental transnacional a la luz de la nueva constitución. Retos de la reforma procesal en Cuba", cit., p. 229.

perfectamente delimitado no procede extender su alcance al resto de las materias y/o disposiciones normativas internas, y en consecuencia no es posible ampliar su aplicación para la incorporación de todos los Convenios internacionales en el ordenamiento nacional[57].

También en el ámbito de las relaciones civiles y familiares, adquiere relevancia la solución práctica que ha recibido el tema, principalmente a través de las instrucciones del CGTSP que introdujeron, de conformidad con los compromisos contraídos por la nación al ratificar en 1991 la Convención Internacional de los Derechos del Niño de 1989 (CDN) y que derivaron en el Plan de Acción Nacional de Seguimiento a la Conferencia de Beijing, un abanico importante de reglas que son de obligatorio cumplimiento por parte de los jueces cubanos, y que materializan en el ordenamiento jurídico interno postulados esenciales que descienden de la CDN, como son: el interés superior del niño, la escucha del menor y la ponderación de su opinión de acuerdo a su capacidad progresiva[58].

Bajo este escenario normativo confuso, asistemático, permeado de vacíos legislativos y fórmulas legales insuficientes, que precedió a la última reforma constitucional, apuntó Orisell Richard que "los tratados en Cuba no se incorporan como fuente directa al ordenamiento jurídico cubano, aunque sí pueden aplicarse directamente respecto a una situación determinada, ante la falta de regulación interna, o existiendo ésta pero con contenido contradictorio, caso en el que asumen, por la disposición normativa nacional que así lo disponga y al amparo del principio de jerarquía, rango superior a la Ley"[59].

Después de todo lo expuesto, no parecería desacertado sostener que, con arreglo a los antecedentes de la materia en el país, con la fórmula del artículo ocho del texto constitucional el legislador cubano ha procurado regular los criterios para la incorporación y transformación de la preceptiva de los convenios internacionales en Derecho interno, evadiendo los efectos negativos que supondría la opción de la recepción automática, con el objetivo de garantizar la coherencia entre los ordenamientos jurídicos nacional e internacional y sobre todo la salvaguardia de la primacía constitucional que proclama.

A pesar del salto evolutivo que representa la previsión *in comento*, en cuanto a la incorporación de los tratados al ordenamiento nacional y el reconocimiento expreso de la supremacía de la Constitución, la cauta formulación del artículo ocho, unido a la escaza claridad que ofrece y su poca precisión, dejan abierto un

57 *Apud.* Richards Martínez, O.: "Una mirada a los presupuestos teóricos para la recepción de tratados internacionales en el ordenamiento jurídico cubano", cit., p. 147.

58 *Vid.* nota 17; epígrafes I.1.2, III.4.

59 Richards Martínez, O.: "Una mirada a los presupuestos teóricos para la recepción de tratados internacionales en el ordenamiento jurídico cubano", cit., p. 153.

amplio diapasón de cuestiones que deberán ser desarrolladas por las normas de complemento.

Entre los aspectos que ya fueron señalados, la norma constitucional tampoco define el contenido y alcance del tratado internacional en el ordenamiento nacional, ni determina cuál de las disposiciones normativas internas se encargará de su incorporación al Derecho nacional, con lo que hubiera establecido su rango jerárquico en el sistema de fuentes de Derecho, así como no perfila los criterios para la solución de posibles incompatibilidades entre las disposiciones internacionales y las disposiciones del Derecho nacional; y mucho menos se pronuncia sobre los mecanismos de control[60] que garanticen la primacía de los principios, valores, derechos y fundamentos que reconoce la Constitución, y la debida coherencia entre el ordenamiento internacional y el interno[61].

Respecto a la publicación del texto íntegro de los tratados, concebido como requisito para su entrada en vigor, validez y exigencia en el ordenamiento jurídico nacional, no hubo cambios sustanciales en la Constitución de 2019 respecto a la precedente, al menos no se hace referencia expresa a la obligatoriedad de su publicación, si bien el legislador ofreció una formulación flexible que pudiera acoger la solución alternativa que se construyó en el pasado[62]. No obstante, a la luz de la explícita mención que hace el nuevo texto constitucional en cuanto a la incorporación de la preceptiva de los tratados al ordenamiento jurídico nacional, a juicio propio, esté deberá ser otro aspecto a precisar y desarrollar en las normas de complemento.

Por último, se impone la revisión de aquellas disposiciones ordinarias que autorizan la aplicación directa de las reglas de los tratados internacionales y la consecuente inaplicación de las normas de Derecho interno que las contradigan. Tal relectura se habrá de realizar tanto a la luz de la preceptiva constitucional como de las normas de desarrollo que deberán ocuparse de determinar la posición de los

60 Respecto a este punto, son muy importantes los controles previos a la concertación de los acuerdos u obligaciones; en modo tal de evitar que el Estado asuma compromisos internacionales que contravengan la Constitución o el Derecho nacional. Pudiera corresponder a la Asamblea Nacional el control de constitucionalidad de los tratados internacionales, en tanto está en sus manos el control de constitucionalidad sobre las leyes y demás disposiciones nacionales, (art. 107, inciso e) de la Constitución. En cuanto a los mecanismos de control, *Vid.* Richards Martínez, O.: "Una mirada a los presupuestos teóricos para la recepción de tratados internacionales en el ordenamiento jurídico cubano", cit., p.136-138-155.

61 Richards Martínez, O.: "Una mirada a los presupuestos teóricos para la recepción de tratados internacionales en el ordenamiento jurídico cubano", cit., pp. 150-151.

62 Proceder a la publicación de los tratados, aunque no esté prevista la aplicación extensiva del artículo que regula la obligatoriedad de la publicación de las disposiciones nacionales en Gaceta Oficial, pues tampoco nada lo prohíbe, mientras que la voluntad estatal en este sentido se ha manifestado a través de otras disposiciones ordinarias como son: el Decreto Ley 191/1999 (arts. 26 y 27) y la Resolución No. 206/2015, de 20 de julio de 2015, "Procedimiento de los Tratados Bilaterales y Multilaterales" del Ministerio de Relaciones Exteriores (art. 52.1). Versión digital disponible en: http://www.cubaminrex.cu/sites/default/files/2019-09/Resoluci%C3%B3n%20No.%20206-2015%20.

tratados en el ordenamiento jurídico interno, en pos de garantizar la supremacía de la Constitución y la unidad de todo el ordenamiento jurídico interno. Sobre este tema expone el profesor PERLINGIERI que el ordenamiento interno tiende a implementar formas para integrar al sistema una escala de valores, que si derivan de normas transnacionales prevalecerán sobre las normas ordinarias del orden jurídico nacional, pero nunca sobre los principios normativos fundamentales de rango constitucional[63].

2. Responsabilidad parental transnacional en Cuba.

Con el siglo XX se produce el despertar de una prolífera reglamentación internacional en materia de protección de menores, que mira a los instrumentos internacionales como medios idóneos para crear una plataforma de cooperación internacional entre los Estados que consienta dar respuesta a los retos que impone la internacionalización de los conflictos familiares[64].

La sociedad cubana tampoco escapa de esta realidad. Fundamentalmente, durante los últimos 20 años, los conflictos familiares se han visto ceñidos por los efectos de los movimientos migratorios y transfronterizos. A lo que se adiciona otro factor, la modificación de la Ley 1312, Ley de Migración, de 20 de septiembre de 1976, por medio del Decreto Ley 302, de 16 de octubre de 2012, que además de venir a garantizar que las entradas y salidas del país continuaran realizándose de forma legal, organizada y segura, marcó un cambio de paradigma, al convertirse en un catalizador de las salidas del territorio nacional, con marcado interés económico y sin romper los vínculos con el Estado cubano.

Como resultado de este panorama general han aumentado las cifras de matrimonios y uniones consensuales mixtas, de divorcios y separaciones de padres y madres cubanos con residencia o domicilio en diferentes países, y de ciudadanos extranjeros con hijos residentes en Cuba. Paralelamente son cada vez más frecuentes las discrepancias en torno a las autorizaciones para viajar, obtener pasaporte y trasladar temporalmente a los niños a un país diverso al lugar de su residencia habitual; y así mismo son habituales los conflictos a la hora de fijar o variar la residencia de los menores y los problemas asociados con la materialización del régimen de visitas, si uno de los padres habita en otro Estado; sin que queden atrás los obstáculos para exigir y alcanzar el cumplimiento de la obligación de dar alimentos cuando los padres viven en países diferentes o los bienes del alimentante se sitúan en el extranjero.

63 *Vid*. PERLINGIERI, P.: *Il diritto civile nella legalità costitucionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, p. 200.

64 MANSO LACHE, J.: "Los movimientos transfronterizos y los nuevos paradigmas de los conflictos paterno-filiales: Un reto para la reforma procesal", en MANTECÓN RAMOS, A. (dir.): *Abogacía 2017, Parte I- Litigios no Penales*, ediciones ONBC, La Habana, 2017, p. 9.

Por unos largos años rigieron para Cuba –sustancialmente- la letra de la Convención de Derecho Internacional Privado de 1928 «también conocido Código Bustamante»[65], así como lo que resulte aplicable al tema de la Convención de Nueva York de 1989, de los Derechos del Niño (CDN). La Convención de los derechos del niño, en sus arts. 9, 10, 11 y 27, se pronuncia sobre el compromiso de los Estados de garantizar un adecuado régimen de visitas de los padres con sus hijos cuando residan en países diferentes, así como de adoptar las medidas para luchar contra los traslados ilícitos de niños al extranjero o la retención de estos, y de asegurar la satisfacción de la obligación de dar alimentos cuando los padres poseen domicilios o residencias en distintos Estados, o aun residiendo en el mismo territorio, los bienes del alimentante estén situados en otro. La obligación fundamental que deriva del Convenio de Nueva York para los Estados contratantes es la realización efectiva de los derechos que proclama, lo que sitúa a Cuba en posición de promover su adhesión a otros instrumentos internacionales sobre la protección integral del menor para hacer realidad estos derechos.

No es hasta época relativamente reciente -como ya se apuntó- que comenzó a desplazarse la inactividad que dominó la gestión institucional de los tratados para promover la incorporación de Cuba a un grupo importante de instrumentos internacionales en materia de Derecho internacional privado[66].

Un repaso por los principales tratados suscritos por el Estado cubano nos conduce nuevamente a la Convención de La Haya de 1996 relativa a la Competencia, la Ley Aplicable, el Reconocimiento, la Ejecución y la Cooperación en materia de Responsabilidad Parental y de Medidas de Protección de los Niños. En cuanto a la competencia, el Convenio de La Haya de 1996 indica la residencia habitual del niño como criterio primordial, salvo excepciones, que permiten acudir, en razón del interés superior del niño, a otros criterios como son la nacionalidad o el lugar donde se sitúan los bienes[67]. Apunta la doctrina que una de las dificultades que enfrentó este Convenio es la indefinición del término "residencia habitual", pero que nada impedirá que se continúe identificando la residencia habitual con el lugar donde el niño desarrolla el centro de su vida afectiva y material[68]. Además, matiza el Convenio que -en casos de sustracción o retención ilícita de los infantes- la residencia a considerar será aquella inmediata anterior al traslado o retención[69].

65 Firmado el 20 de febrero de 1928 en La Habana, Cuba.

66 *Vid. Supra* I. 1. A). 2. Nota 28.

67 También terminó por introducir una competencia autónoma para el juez encargado de resolver el divorcio, así como una posible reserva a favor de los Estados partidarios de una competencia de la autoridad correspondiente al lugar de situación de los bienes. En tal sentido, *vid* Espinosa Calabuig, R.: *Custodia y visita de menores en el espacio judicial europeo*, cit., pp. 236- 239 (p. 237); Adroher Biosca, S.: "Derecho aplicable a las crisis matrimoniales", en Guzmán Zapater, M. y Herranz Ballesteros, M. (coords.).: *Crisis matrimoniales internacionales y sus efectos. Derecho español y de la Unión Europea. Estudio normativo y jurisprudencial*, Tirant lo Blanch, 2019, pp. 1-57 (7-8), TOL7.087.930, disponible en http://www.tirantonline.com (F.C. 07/07/ 2020).

68 Espinosa Calabuig, R.: *Custodia y visita de menores en el espacio judicial europeo,* cit., p. 238.

69 *Ibídem*.

En materia de reconocimiento y ejecución pauta las condiciones que deben reunir las medidas de protección adoptadas en un Estado miembro para que puedan tener eficacia en el resto de los Estados contratantes. Al menos 7 son las medidas que enumera el Convenio, las cuales podrán ser dispuestas en función del interés superior de los niños para la protección de la persona y los bienes de estos. El modelo de cooperación entre los Estados es la clave de este instrumento internacional, que procura la colaboración interestatal para garantizar la materialización de las mencionadas medidas de protección y con ello, la realización de los derechos y el cumplimiento de los deberes que integran el contenido de la responsabilidad parental, permitiendo hacer realidad el máximo contacto entre padres e hijos.

La relevancia de este Convenio no opaca la trascendencia de otros tratados internacionales como el Convenio de La Haya de 1980, sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores [70], que se encamina a alcanzar la restitución inmediata del menor al lugar del cual fue sustraído con infracción de los derechos de custodia[71], a reserva del ejercicio de la acción para resolver la cuestión de fondo sobre la titularidad de la guarda y cuidado o la suspensión y/o privación de la responsabilidad parental[72]. La violación de los "derechos de custodia", en tanto presupuesto del que parte el Convenio para calificar la ilicitud del traslado, no exige el reconocimiento judicial o administrativo de la custodia[73], por lo que podría bastar con un reconocimiento de pleno Derecho a favor del solicitante o con la existencia de un acuerdo entre este y el responsable de la sustracción, con

70 Cuestión diferente es analizar las cláusulas de compatibilidad entre estos tratados, así como entre ellos y otros instrumentos internacionales. *Vid.* Espinosa Calabuig, R.: *Custodia y visita de menores en el espacio judicial europeo*, cit., pp. 286 y 287; López-Muelas, L. y Zabalgo, P.: "La regulación de la patria potestad y guarda y custodia en derecho comparado: España, Italia, Inglaterra, Alemania, Chile y EE.UU.", cit., pp. 1-6.

71 Que pudiera hacerse extensivo a los derechos de visita, ya que respecto al régimen de visitas, el Convenio trata de garantizar el derecho del menor a visitar otro lugar diferente al de su residencia habitual, con el propósito de garantizar la comunicación adecuada con sus progenitores en el marco de reglas satisfactorias de entendimiento. *Vid.* Azcárraga Monzonís, C. y Quinzá Redondo, P.: "Sustracción internacional de menores y Convenio de La Haya de 1980. Comentario de la Sentencia de la Audiencia Provincial de las Palmas (sección 3ª) No. 377/2017, de 29 de junio", *Cuadernos de Derecho transnacional*, vol. 10, núm. 2, octubre 2018, pp. 795-801 (p. 798); Espinosa Calabuig, R.: *Custodia y visita de menores en el espacio judicial europeo,* cit., pp. 273-275.
No obstante, algún autor ha sostenido que este Convenio no es un instrumento eficaz en lo que a la regulación del derecho de comunicación se refiere, pues la acción de retorno solo se aplica cuando se ha vulnerado el derecho de custodia, en tanto si lo que se vulnera es el derecho de visita, las autoridades centrales deben adoptar, dentro de los límites del art. 21, las providencias necesarias para que, en la medida de lo posible, se garantice el ejercicio de este derecho. En tal sentido, Calvo Caravaca A. L. y J. Carrascosa González.: "Globalización, secuestro internacional de menores y Convenios de Luxemburgo (1980) y La Haya (1980)", en AA.VV.: *Sustracción internacional,* cit., pp. 33-50. Para estudiar los diversos argumentos en torno a este tema puede consultarse Pérez Silveira, M. E. e I. Reig Fabado.: "Sustracción internacional de menores", en Guillermo Palao Moreno y Maelia Esther Pérez Silveira (ed.): *Las relaciones de familia y sucesorias entre España y Cuba. Una visión desde el Derecho internacional privado*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, p. 216; Calvo Caravaca A. L. y J. Carrascosa González.: "Globalización, secuestro", cit., pp. 33-50.

72 *Vid.* Pérez Silveira, M. E. e I. Reig Fabado, "Sustracción internacional", cit., p. 216; Calvo Caravaca A. L. y J. Carrascosa González.: "Globalización, secuestro", cit., pp. 33-50.

73 O que regule los términos de la custodia compartida.

respaldo legal en el Estado en el cual el infante poseía su residencia habitual antes del traslado o retención[74].

El quid del Convenio es el sistema de cooperación entre las autoridades centrales de los Estados contratantes, que permita alcanzar la pronta restitución de los infantes, con el propósito de disminuir los efectos desfavorables del traslado, impedir la integración del menor en el nuevo ambiente social y que el sustractor obtenga ventajas jurídicas como consecuencia del transcurso del tiempo. En fin, las aspiraciones del Convenio están orientadas a construir una plataforma que garantice el respeto y la efectiva realización de los derechos de custodia y visita en los demás Estados contratantes[75].

Pero la defensa de los derechos de los infantes impone el desafío de continuar activando la responsabilidad estatal y promover la incorporación de Cuba a otros numerosos instrumentos internacionales que regulan esta materia, como pudiera ser el caso de su futura y posible adhesión a los Convenios de La Haya sobre ley aplicable, de 1953 y 1973, los Convenios sobre reconocimiento y ejecución de decisiones en materia de alimentos, de 1958 y 1973, unido a su Protocolo de 2007.

III. LA REFORMA PROCESAL AL SON DE LA *CONSTITUCIONALIZACIÓN Y LA INTERNACIONALIZACIÓN* DEL PROCESO.

El espíritu de las reformas procesales en los últimos dos siglos se ha visto ceñido por la incidencia del reconocimiento constitucional de un abanico de garantías jurisdiccionales y los efectos de la globalización económica, social y jurídica[76].

La *constitucionalización* de los derechos a la tutela judicial efectiva y al debido proceso[77] pautó —a lo largo de los siglos XX y XXI— un antes y un después en el íter evolutivo del Derecho procesal, que representó un cambio sustancial en el modo de entender e interpretar el *proceso* como categoría esencial de esta rama del Derecho, el cual pasó de ser concebido como mero instrumento de resolución de conflictos sociales a ser reconocido como derecho fundamental[78], lo que a su vez potenció la interpretación y la aplicación de la ley procesal como

74 *Vid.* Azcárraga Monzonís, C. y Quinzá Redondo, P.: "Sustracción internacional de menores y Convenio de La Haya de 1980. Comentario de la Sentencia de la Audiencia Provincial de las Palmas (sección 3ª) No. 377/2017, de 29 de junio", cit., pp. 795-801; Pérez Silveira, M. E. e I. Reig Fabado, "Sustracción internacional", cit., p. 215.

75 *Vid.* Espinosa Calabuig, R.: *Custodia y visita de menores en el espacio judicial europeo, cit.,* p. 275.

76 Para ahondar sobre el tema de la transformación de la justicia civil en el siglo XXI, *Vid.* Barona Vilar, S.: "Retrato de la Justicia Civil en el siglo XXI: ¿Caos o una nueva estrella fugaz?", *Revista Boliviana de Derecho*, núm. 25, enero 2018, pp. 418-441.

77 Sobre la relación género especie que conecta ambas categorías, *Vid.* Pérez Gutiérrez, I. y Hierro Sánchez, L. A.: "La tutela judicial efectiva en el ámbito constitucional cubano", en Lledó Yagüe, F., Lledó Yagüe, I. F, Mendoza Díaz, J. (dirs.): *Garantías de los derechos en el nuevo panorama constitucional cubano,* Organización Nacional de Bufetes Colectivos-Dykinson, Madrid, 2020, pp. 39-62 (pp. 50-52)

78 Barona Vilar, S.: "Retrato de la Justicia Civil en el siglo XXI: ¿Caos o una nueva estrella fugaz?", cit., p. 425

norma de garantía. Dentro de los confines del Derecho procesal civil, describe COUTURE que tal transición ha significado para el proceso civil, por tanto tiempo estimado el simple menester de la rutina forense, que se convierta, en sí mismo, en el instrumento más directo de realización de la Justicia[79].

Al ritmo de los pasos que marcan las constituciones de los siglos XX y XXI, la Constitución de 2019 dedica el Título V, Capítulo VI, a las "Garantías de los Derechos", en el cual reconoce el acceso a la justicia como soporte indispensable para obtener la tutela judicial efectiva de los derechos e intereses legítimos, a lo que se añade el derecho a la ejecución de las decisiones judiciales[80], y al debido proceso[81]. El debido proceso engloba -según la tesitura de la Constitución- el derecho al acceso a un tribunal competente, imparcial e independiente, a disponer de un proceso sin dilaciones indebidas, que se inspire en la igualdad de oportunidades procesales, a aportar los medios de prueba pertinentes e interesar la exclusión de aquellos que se hayan obtenidos con violación de lo establecido, a la obtención de una resolución o sentencia motivada, que emane de una autoridad o tribunal competente, a establecer recursos e interponer procedimientos contra las resoluciones judiciales o administrativas; a recibir asistencia jurídica para ejercer los derechos en todos los procesos, a obtener la reparación por los daños materiales y morales y a la indemnización por los perjuicios que reciba.

Con arreglo a la formulación que erige la Constitución, PÉREZ GUTIÉRREZ y HIERRO SÁNCHEZ sostienen que la tutela judicial efectiva es la garantía que abraza en sí el debido proceso, en cuanto al derecho a realizar alegaciones y peticiones a los tribunales, a probar e impugnar las decisiones judiciales, y que además comprende el elemento del "acceso", en el entendido de eliminar los obstáculos y limitaciones para reclamar ante los órganos judiciales, y por supuesto, no podría faltar la ejecución de lo dispuesto por el tribunal[82].

Pero el legislador cubano también coloca bajo el manto de las garantías el derecho de las personas a resolver sus controversias utilizando métodos alternos de solución de conflictos, de acuerdo con la Constitución y las normas que se dicten al efecto[83]. Novedosa y relevante solución en el panorama normativo nacional donde la mediación se reserva para las disputas que derivan de los contratos de comercio internacional y lo mismo sucede con la conciliación y el arbitraje[84]; si bien la conciliación ha tenido algunos espacios de reconocimiento

79 COUTURE, Eduardo, *Estudios de Derecho procesal civil*, I, Buenos Aires, p. 94.

80 Arts. 92 y 151.

81 Art. 94.

82 PÉREZ GUTIÉRREZ, I. y HIERRO SÁNCHEZ, L. A: "La tutela judicial", cit., p. 47, 50-52.

83 En lo sucesivo MASC, o por su acrónimo en inglés ADR.

84 Decreto-Ley 250/2007, de 31 de julio, relativo a la competencia de la Corte Cubana de Arbitraje Comercial Internacional. Disponible en: http://www.gacetaoficial.cu/. Art. 3 de la LPCALE en cuanto a la abstención

en la esfera de los procesos económicos[85], civiles y familiares[86]; mientras que la mediación en civil y familiar carece de un marco normativo de regulación, aunque ha sido impulsada y promovida gracias a la formación que ofrece la Unión Nacional de Juristas, con el apoyo de la Federación de Mujeres Cubanas, la Universidad de La Habana, y la colaboración de la Organización Nacional de Bufetes Colectivos, el Tribunal Supremo Popular y la Fiscalía General de la República, que ha llevado a su incorporación en la práctica de ciertos profesionales[87].

Al hablar de la transformación de la Justicia civil en el siglo XXI, sustenta Barona Vilar que: "(…) hay tutela más allá de los tribunales, más allá de los jueces y magistrados, y más allá del proceso. Y en esa afirmación se integra el estado actual de los ADR en la confección neomoderna del Siglo XXI de la Justicia"[88], de la cual se hace eco la Constitución cubana de 2019. Con una previsión normativa que eleva a rango constitucional el derecho de las personas a utilizar los MASC para resolver sus disputas, el legislador cubano rompe con los cánones exclusivos de la Justicia tradicional (proceso- tribunal- partes) y abre sus puertas a un modelo de Justicia integral[89] en el cual es posible la coexistencia de la Justicia paradigmática (tribunales y proceso) y la Justicia alternativa (ADR y ODR)[90] en aras de una Justicia efectiva[91].

Por otra parte, los estándares de la Justicia tradicional igualmente han dejado entrever la insuficiencia de este modelo para dar respuesta a la inevitable *internacionalización* del proceso en un mundo ceñido por los efectos de la globalización económica y social, de la cual ha nacido la globalización del Derecho. La visión global del mercado, la economía y la sociedad ha propiciado la expansión de un movimiento de reformas que se inspiran en principios generales y tienden a la adopción de modelos procesales preestablecidos por códigos tipo, que son promovidos por organizaciones regionales, internacionales y supranacionales. En

de los tribunales ordinarios cuando surjan conflictos en el comercio internacional y las partes se sometan, expresa o tácitamente, o por disposición de la ley o acuerdos internacionales, a cortes arbitrales.

85 Art. 772, en cuanto a la posibilidad de fijar un plazo para que las partes procedan a conciliar en los procesos económicos, del Decreto-Ley 241/2006, de 27 de septiembre, modificativo de la Ley de Procedimiento Civil, Administrativo y Laboral para incorporar el proceso económico.

86 Instrucciones 216 y 217 del CGTSP, En cuanto al carácter preceptivo de convocar a las partes a comparecencia, agotando las posibilidades que ofrece el art. 42 de la LPCALE para -entre otras finalidades- fomentar el diálogo constructivo mediante la actividad conciliatoria y lograr acuerdos que armonicen los intereses familiares, en los asuntos en que resulte pertinente por su naturaleza disponible.

87 *Vid.* Mesa Castillo, O. y Y. González Ferrer.: "La jurisdicción especial para los asuntos del Derecho de Familia. La experiencia de las Salas de Justicia familiar en Cuba", en AA.VV.: *Los tribunales en Cuba. Pasado y actualidad*, (coord. por Y. Rodríguez Fernández, Ediciones ONBC- Oficina del Historiador de la ciudad de La Habana, La Habana, 2013, pp. 490-510.

88 Barona Vilar, S.: "Retrato de la Justicia Civil en el siglo XXI: ¿Caos o una nueva estrella fugaz?", cit., p.432.

89 Sobre el concepto de justicia integral, *vid.* Barona Vilar, S.: "Retrato de la Justicia Civil en el siglo XXI: ¿Caos o una nueva estrella fugaz?", cit., p. 438.

90 ODR por sus siglas en inglés, se refiere a los medios alternos de solución de conflictos en línea.

91 Barona Vilar, S.: "Retrato de la Justicia Civil en el siglo XXI: ¿Caos o una nueva estrella fugaz?", cit., p. 438-441.

ese sentido plantea Barona Vilar que el Derecho procesal -como resultado de la globalización o de esta visión- ha dejado de ser una realidad nacional y particular para integrarse en el mundo de la glocalización jurídica, donde se advierte un cierto grado de armonización en las soluciones procesales y las normas nacionales se modifican y multiplican bajo la influencia de normas marco *(soft)*, como alternativa para solventar la conflictividad que deriva de una sociedad global, multicultural, tecnológica, digital y económica[92].

Dentro de este escenario conflictual y caótico ha sido inevitable el auge de los MASC y su consolidación como instrumentos al servicio del acceso a la Justicia[93] y alternativas para garantizar una tutela efectiva y sostenible, más económica y rápida respecto a la Justicia tradicional[94]. Estas legítimas razones también motivaron la recepción de los ADR en el ámbito de las relaciones privadas internacionales, principalmente de carácter familiar[95].

Tocante a este tema, rigen para Cuba, además de la letra del Código Bustamante de 1928[96], los Convenios de La Haya de 1980 y 1996, junto a un grupo de convenios bilaterales, firmados con algunos países, que comprenden aspectos relativos a los medios alternativos de resolución de controversias en la parte del reconocimiento y ejecución de resoluciones extranjeras[97].

Los Convenios de La Haya de 1980 y 1996 promueven el uso de la mediación, la conciliación u otro procedimiento análogo con el objetivo de alcanzar una solución que garantice la restitución voluntaria del menor o facilite un acuerdo "amigable" para la protección de la persona o de los bienes del niño, respectivamente. Ambos Convenios constituyen el referente principal para Cuba, y de la mano de la Constitución deberían inspirar la instrumentación, organización y estructuración de los MASC para la solución de los conflictos que se producen en el ámbito de las relaciones familiares internacionales.

---

92 Barona Vilar, S.: "Retrato de la Justicia Civil en el siglo XXI: ¿Caos o una nueva estrella fugaz?", cit., pp. 438-439.

93 Mezzasoma, L.: "El acceso a la justicia por parte del consumidor (art. 141y 141.4 Código de Consumo)", en Pérez-Serrabona González, F. J. (dir.): *ADR, ODR y Justicia del Futuro*, Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2019, pp. 495-504; Cappelletti, M. y Garth B.: *El acceso a la justicia. Movimiento mundial para la efectividad de los Derechos*, Prólogo de Berizonce R. O., Colegio de Abogados, La Plata, 1983, pp. 38-48.

94 Barona Vilar, S.: "Retrato de la Justicia Civil en el siglo XXI: ¿Caos o una nueva estrella fugaz?", cit., p. 432.

95 Azcárraga Monzonís, C.: "Impulso de la mediación en Europa y España y ejecución de acuerdos de mediación en la unión europea como documentos públicos con fuerza ejecutiva", cit.; Ruggeri, L: "Il mediatore familiare: problemi e prospettive di una regolamentazione futura", en Gasperini, M. P. (coord.): *Gustizia alternativa per una giustizia efettiva*, Edizioni Scientifiche Italiane, 2018, pp. 263-269.

96 Art. 432. El procedimiento y los efectos regulados en los artículos anteriores, se aplicarán en los Estados contratantes a las sentencias dictadas en cualquiera de ellos por árbitros o amigables componedores, siempre que el asunto que las motiva pueda ser objeto de compromiso conforme a la legislación del país en que la ejecución se solicite.

97 Pérez Silveira, M. E.: "El acceso a los métodos alternos de solución de conflictos desde la nueva Constitución en Cuba", en Lledó Yagüe, F., Lledó Yagüe, I. F, Mendoza Díaz, J. (dirs.): *Garantías de los derechos en el nuevo panorama constitucional cubano,* Organización Nacional de Bufetes Colectivos-Dykinson, Madrid, 2020, p. 100.

Por tanto, ¿qué podemos esperar de la reforma procesal?

De la propia Constitución nace el llamado a la modificación de la Ley de Procedimiento Civil, Administrativo, Laboral y Económico (LPCALE)[98] dentro de los "[…] *dieciocho meses de la entrada en vigor de la Constitución*". Es innegable que forma parte de las prioridades del legislador nacional moldear el diseño procesal a los estándares que traza la Constitución, por la relevancia que posee el reconocimiento de las garantías de los derechos que regula en el Título V, Capítulo VI, y que requieren una adecuada recepción y desarrollo en las normas de complemento, fundamentalmente procesales.

Esto no significa que la Constitución no pueda, o más bien deba, ser invocada y aplicada de forma directa como fundamento de las decisiones (sustanciales, y sobre todo procesales) en tanto puntal que sostiene la actividad jurisdiccional y pilar esencial para la realización de la Justicia. Por el contrario, el desarrollo en normas complementarias del contenido de las garantías en cuestión, responde a que su recepción en el ámbito de los procesos es un elemento crucial para su efectiva materialización[99].

Pero los postulados constitucionales también deberán ser interpretados conforme a los acuerdos y tratados internacionales ratificados por el Estado cubano, que son por demás instrumentos indispensables en cuanto a la materia objeto de estudio[100]. La aspiración no puede ser otra que concretar en la normal procesal los cánones de la Constitución y abogar porque esta reforma sea expresión de las orientaciones que provienen del sistema convencional.

La orientación de la reforma debe adentrarse en la búsqueda de la coherencia del modelo procesal con el espíritu de la Constitución, pero también en la armonización entre la ley adjetiva civil y las modernas tendencias del Derecho internacional privado, principalmente relativas al proceso internacional. A tal propósito la reforma procesal deberá tocar con sus propias manos —como mínimo— tres de los aspectos sobre los cuales se erige el Derecho internacional privado: competencia, reconocimiento y ejecución de decisiones extranjeras y cooperación judicial internacional; entre otros múltiples elementos que serían imposibles abarcar en estas breves páginas.

98 La Ley No. 7/77, de 20 de agosto, denominada a la fecha Ley de Procedimiento Civil, Administrativo y Laboral, tiene sus antecedentes más cercanos en al Ley No. 1261, de 4 de enero de 1974, denominada LPCA, y posteriormente fue modificada en el 2006 para incoporandole la última parte relativa al proceso económico, cambiando su nomenclatura a LPCALE.

99 Pérez Gutiérrez, I. y Hierro Sánchez, L.A.: "La tutela judicial", cit., p. 41.

100 *Vid. supra* lo expuesto en los epígrafes I y II y sus subepígrafes.

1. Reglas de competencia judicial internacional.

Con arreglo a las tendencias que pauta el Derecho internacional privado, y esencialmente de acuerdo con la Convención de La Haya de 1996, las reglas de competencia judicial previstas en los arts. 2 y 3 de la norma procesal cubana[101], deberían ser sometidas a revisión, en razón de la actualización de los criterios de atribución de competencia para que sean las autoridades del lugar de residencia habitual de los infantes las que conozcan y decidan -en materia de responsabilidad parental- la cuestión controvertida, excepto que la protección del interés superior del niño señale lo contrario y haya que acudir a otros criterios secundarios o residuales de competencia.

Privilegiar la residencia habitual como criterio general de competencia[102], propicia la proximidad entre las autoridades que conocen del asunto y el lugar donde se desarrolla –con carácter fundamental– el centro de la vida de los niños y sus circunstancias; además de las posibilidades que ofrece para que estos sean escuchados y su opinión sea tomada en consideración, según su capacidad progresiva, en favor de una composición del litigio, que atienda, en primer orden, al interés superior del niño.

2. Cooperación juridicial internacional.

La cooperación judicial internacional resulta particularmente importante cuando los vínculos familiares se rompen, con el fin de facilitar a los niños un marco jurídico eficaz, que permita conservar su relación con los titulares de la responsabilidad parental, que puedan residir en otro Estado miembro, y enfrentar los supuestos de sustracción o retención internacional de menores.

Respecto a este tema, esencialmente rige para Cuba la letra del Código Bustamante en el ámbito de la cooperación judicial internacional en la región americana, así como lo que resulte aplicable de los modelos de cooperación que provienen de los Convenios de La Haya de 1980, 1993 y 1996[103] y un bloque importante de tratados bilaterales[104]. Un papel relevante en los modelos de cooperación que trazan los precitados Convenios de La Haya corresponde a las autoridades centrales designadas por cada Estado miembro (que no excluye la

101 Para profundizar en las reglas de competencia judicial internacional que rigen en el ordenamiento cubano y su aplicación en lo que a esta materia se refiere, consúltese *Las relaciones de familia y sucesorias…*, cit., pp. 132-136; 163 y 164; 215-253; 257.

102 Igual criterio vale para la atribución de la competencia por razón del territorio. *Vid.* Manso Lache, J.: "Los movimientos transfronterizos y los nuevos paradigmas de los conflictos paterno-filiales: Un reto para la reforma procesal", cit., pp. 24-25.

103 Pérez Silveira, M. E. y Reig Fabado, I.: "Sustracción Internacional de", cit., pp. 217 y 218.

104 Suscritos con Argelia, Belarus, Bulgaria, Colombia, Corea, República Checa, China, Eslovaquia, Hungría, Mozambique, Polonia, Rumanía, Rusia, Ucrania, Venezuela (información suministrada gracias a la apreciada colaboración de la profesora Maelia Esther Pérez Silveira).

colaboración de otras autoridades), las cuales facilitan la información y asistencias necesarias y actúan en función de los objetivos previstos en tales Convenios. En el caso de Cuba, la autoridad central designada es el Ministerio de Justicia.

Al decir del profesor Mendoza Díaz, la cooperación judicial internacional es otro de los aspectos que no ha sido prioridad en el campo normativo interno, precisamente porque solo existe una disposición en la LPCALE que se dedica a esta materia, la cual dispone que para la práctica de las diligencias que hayan de efectuarse fuera de la competencia territorial del tribunal que la dispuso, se librará carta rogatoria, de acuerdo con las formalidades que establece la Ley de los Tribunales Populares (LTP) y se complementa con el criterio de reciprocidad, en el sentido de dar cumplimiento por los tribunales cubanos a las comisiones rogatorias provenientes de tribunales extranjeros[105].

Por su parte, la única mención al tema de la cooperación que realiza la LTP está prevista en el art. 14, relativa al auxilio judicial, donde se dispone la forma de librar las comisiones rogatorias a tribunales extranjeros, que deberán regirse en cuanto a su forma y contenido por lo dispuesto en los convenios rubricados por la República de Cuba y en su defecto, se cursarán por conducto del Ministerio de Relaciones Exteriores, por la vía de la cooperación diplomática.

3. Reconocimiento y ejecución de decisiones judiciales extranjeras.

Para surtir efecto en Cuba las resoluciones judiciales dictadas por autoridades extranjeras deben pasar por el reconocimiento previo o *exequátur*. Sucede que el tema de la ejecución de sentencias y demás decisiones judiciales extranjeras no posee un extenso desarrollo normativo y jurisprudencial en nuestro país, a lo que se suma la inamovibilidad por suscribir algunos de los instrumentos internacionales que regulan la materia[106].

Con la promulgación del Código de Familia en el año 1975 se alcanzó la independencia de esta materia del Código Civil, pero no sucedió lo mismo con la regulación procesal, pues no existen reglas específicas para la solución de los temas vinculados a la familia. La presencia de una norma procesal que regula las materias civiles y familiares condiciona la existencia de un único régimen jurídico para el reconocimiento y la ejecución de decisiones extranjeras en materia de Derecho privado, que se limita a tres artículos de la LPCALE.

105 Mendoza Díaz, J., "Informe de Cuba, en XVI Jornadas iberoamericanas sobre Derecho procesal: cooperación internacional en materia de obtención de pruebas" (material suministrado por el autor).

106 Para ahondar en el tema del reconocimiento y ejecución de decisiones judiciales extranjeras en materia familiar, consúltese la obra editada por Palao Moreno, G., Pérez Silveira, M. E. (eds.): *Las relaciones de familia y sucesorias entre España y Cuba. Una visión desde el Derecho internacional privado*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, pp. 146-150; 170; 272 y 273.

No sin razón la doctrina nacional ha cuestionado el tratamiento concedido al tema en la legislación cubana, pues bajo el término genérico de ejecución concibe esencialmente el procedimiento para dar cumplimiento a las sentencias de condena, pero no se tuvo en consideración el proceder en los casos de sentencias declarativas o constitutivas, lo que obliga a que sea aplicado a estas últimas de forma supletoria. El segundo aspecto que motivó la crítica es que bajo la locución *ejecución* se agrupan dos momentos necesarios en el tránsito hacia el logro del efecto extraterritorial, que comprende, en primer lugar, el reconocimiento u homologación de la resolución foránea, a cargo del Tribunal Supremo Popular y sucesivamente la ejecución propiamente dicha, a cargo del tribunal del domicilio del condenado.

En cuanto al trámite específico del reconocimiento o *exequátur*, reserva la norma procesal el art. 483, con una fórmula que privilegia la aplicación del régimen convencional y solo en su defecto procederá el de condiciones, al que añadió el régimen de reciprocidad. En lo que al régimen convencional se refiere, en materia de instrumentos internacionales que contengan aspectos relativos al reconocimiento y ejecución de sentencias relativas al ámbito familiar, Cuba es signataria desde 1928 del Código de Derecho internacional privado o Código Bustamante, que dedica sus arts. 423 al 433 al tema de la ejecución de las sentencias civiles, bajo los patrones tradicionalmente aceptados, o sea, que el juez emisor del fallo sea competente, que se haya dado a las partes las posibilidades de contienda, que no se contravenga el orden público del país receptor, así como los aspectos formales relativos al documento en cuanto a idioma y autenticación.

En ausencia de tratado, el reconocimiento pasa por al régimen de condiciones, denominado tradicionalmente como régimen común o autónomo. El propio art. 483 regula los presupuestos que debe reunir la resolución foránea para que prospere el reconocimiento de sus efectos en el ámbito nacional. Se trata de condiciones relativas al contenido de la decisión, incluido el orden público, y a las formalidades para la autenticidad del documento, con una adición referente a la exigencia del testimonio de reciprocidad por parte del Estado emisor.

De las condiciones requeridas merece un comentario la relativa a que la sentencia no se haya dictado en rebeldía del demandado. Se trata de un requisito que se ha interpretado, en otros países, en el sentido de brindar a la parte demandada la posibilidad de contienda, para evitar que se pueda dictar un proceso *in audita altera par*, con violación del los principios de contradicción e igualdad. En ese sentido se pronuncia el propio Código de Bustamante, que coloca como condición que las partes hayan sido citadas personalmente o por medio de su representante legal. La problemática en este sentido está en que la judicatura cubana ha hecho una interpretación literal del precepto, de tal suerte que la no

comparecencia del demandado al proceso invalida la posibilidad de aspirar a que se reconozca en Cuba la sentencia emitida. Esto conlleva al contrasentido de que se pueda evadir de mala fe el alcance de un pronunciamiento dictado fuera de las fronteras cubanas, con solo colocarse el demandado de forma voluntaria en estado de incomparecencia en el proceso.

Por otra parte, el elemento más controvertido de los exigidos en el régimen de condiciones que postula el art. 483 de la Ley rituaria cubana es que "la sentencia cuya ejecución se solicite venga acompañada de comunicación del Ministerio de Relaciones del país en que fue dictada, haciendo constar que las autoridades de ese país cumplirán, en señal de reciprocidad, las sentencias pronunciadas en Cuba".

Esta condición de reciprocidad tiene su antecedente en el art. 953 de la derogada Ley de Enjuiciamiento Civil española, que hacía el postulado general, dentro de la reciprocidad, en cuanto a que no se reconocería una sentencia que proviniera de un país cuya jurisprudencia no diera cumplimiento a las españolas. Este postulado general de la derogada Ley, que rigió en Cuba hasta 1974, era una excepción en manos del condenado para oponerse a la ejecución, cuando pudiera demostrar que en el país emisor del fallo no se existía reciprocidad hacia el país donde se pretendía la homologación. La nueva legislación cubana invirtió las reglas del juego y en lugar de un pronunciamiento general para excepcionar, lo colocó entre las exigencias específicas a verificar por quien pretende la ejecución, supeditando la eficacia en Cuba del derecho logrado, a una declaración del Estado emisor de la sentencia, sobre un compromiso general de reciprocidad con las sentencias cubanas, lo que se convierte en una exigencia sumamente compleja, dadas las contingencias que se pueden presentar en el logro de este documento, de acuerdo con los vaivenes políticos del momento.

El último de los requisitos está referido a la precisión del domicilio en Cuba de la persona condenada, lo cual podría no ser necesario en aquellos casos de sentencias que no contengan un pronunciamiento de condena y que solo pretenden surtir efectos meramente declarativos o constitutivos.

4. Otros puntos claves de la reforma.

La simplificación de los procedimientos y la rectificación de la tendencia de nuestra norma a estructurar procesos por cada materia controvertida, en el ámbito civil y familiar, es una de las bases medulares de la reforma procesal. Se espera que el exceso de procedimientos actuales se reduzca y se *unifiquen las estructuras procesal*es, evitando la diversidad de plazos, sin perjuicio de la incorporación, en lo pertinente, de reglas especiales en materia de familia y protección de menores,

como las que vienen establecidas en la Instrucción 216 del CGTSP[107] entre otras que pauta la doctrina procesal familiar[108].

Por el camino de la realización de la tutela judicial efectiva en el marco de los procesos familiares[109], la reforma debe apuntar a la construcción de un modelo procesal —cuyas bases primarias fueron trazadas por la Instrucción 216—que concretamente:

Mire a la oralidad como escenario propicio para facilitar la simplificación, agilidad y desformalización del proceso; promover la concentración de los actos procesales, sobre todo de los actos de alegaciones y pruebas; y potenciar el contacto directo del juez con las partes, el objeto del proceso y los medios de pruebas.

Sitúe el interés superior del niño como pilar fundamental de la estructura procesal y elemento clave para la adopción de las decisiones durante la conducción del proceso.

Reconozca el derecho de los niños a ser escuchados, según su grado madurez física y mental, y a que su opinión sea tomada en consideración para la decisión de lo que resulte más beneficioso para estos.

Coloque en manos de los jueces amplias facultades para la protección cautelar y la disposición probatoria *ex officio*.

Respete la privacidad de las actuaciones en los asuntos donde la sensibilidad de la materia lo requiera

Potencie la cooperación interdisciplinaria y la participación de expertos en diversas materias que asistan al tribunal en la realización de la justicia familiar, con criterios especializados que complementen el proceso lógico de formación de la convicción judicial. De tal forma que el tribunal pueda disponer la intervención, a solicitud de parte o de oficio, de uno o varios especialistas o expertos, que le

107 *Vid.* "Una mirada hacia el procedimiento familiar en Cuba", cit., pp. 429-449; Mendoza Díaz, J., Legrá Fleitas, M.: *Informe de Cuba sobre Accesso a la Justicia* (material suministrado por el profesor Mendoza Díaz).

108 *Vid.* Kielmanovich, J.M.: *Procesos de familia*, Lexis Nexis-Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1998; Pérez Gutiérrez, I.: "Una mirada al derecho procesal familiar en Cuba", en Mantecón Ramos, A. (director), *Abogacía y Derecho – gestión de conflictos jurídicos*, Volumen IV, Derecho y litigios laborales y de familia, Ediciones ONBC, La Habana, 2013, pp. 195 y sgtes; Manso Lache, J.: "Una mirada hacia el procedimiento familiar en Cuba", cit., pp. 429-449. Kemelmajer de Carlucci, A.: *Comisión n° 3. Derecho Procesal de Familia. Principios procesales. Informe de la parte especial* (25 páginas). Versión electrónica disponible en: https://aadproc.org.ar/pdfs/ponencias/Procesal_de_Familia_Kemelmajer.pdf

109 Méndez, R. A.: "Tutela judicial efectiva en los procesos de familia". *Sistema Argentino de Información Jurídica*. Id SAIJ: DACF160628. Disponible en: http://www.saij.gob.ar/romina-mendez-tutela-judicial-efectiva-procesos-familia-dacf160628-2016-11-18/123456789-0abc-defg8260. Escalante, S.N.: "La necesidad de una tutela judicial efectiva en los procesos de las familias". Sitio Web de la Escuela de la Magistratura del Poder Judicial de Salta.

suministren las máximas de la experiencia que este no posee «actuando como peritos», o de convocarlos para que contribuyan al adecuado desenvolvimiento de la actividad conciliatoria, o bien para que lo asistan en la ejecución de las resoluciones judiciales. La ampliación de la cooperación interdisciplinaria a la fase de ejecución es un elemento clave. La asistencia del equipo multidisciplinario junto al espíritu conciliador que prevalece en el proceso familiar, son instrumentos que posibilitan restablecer la comunicación, mediante el diálogo con los sujetos que participan en el conflicto, y facilitar el camino para garantizar el cumplimiento de lo dispuesto.

No podía la Instrucción 216 ni tampoco el resto de las disposiciones del CGTSP introducir en el diseño procesal otras figuras como la "coordinación de parentalidad", por ejemplo. En apretada síntesis, la coordinación de parentalidad es un recurso auxiliar de la justicia, concebido como método alternativo de solución de disputas, donde un profesional experto ayuda a los padres con un elevado nivel de conflictividad, tras su separación o divorcio, a implementar un plan de parentalidad y a reducir el conflicto en beneficio de los menores[110]. A primera vista, la figura pudiera asemejarse a la naturaleza y funciones del equipo multidisciplinario, sin embargo el coordinador parental puede llegar a contar con facultades que exceden la mera asistencia, auxilio y asesoramiento del juez, configurando un espacio decisional autónomo y circunscrito por los términos del pronunciamiento judicial[111].

Hoy, a la luz de la modificación de la ley procesal como norma de desarrollo de la preceptiva constitucional, otra podría ser la valoración del tema, y mucho podría ayudar la experiencia acumulada en el trabajo con los equipos multidisciplinarios. Si en definitiva se optara por introducir la figura de la "coordinación de parentalidad", correspondería a la ley procesal, u otra norma especial, delimitar las funciones del coordinador parental y trazar las pautas para diferenciar este modelo de otros métodos alternativos de resolución de controversias. La capacitación que es percibida como actividad en fase de consolidación permanente en Cuba, constituiría no solo un desafío sino un objetivo estratégico en aras de garantizar la formación transversal y la alta calificación de los coordinadores parentales, a lo que se sumaría la tarea de reclutar profesionales, con experiencia acreditada en dinámicas familiares, violencia de género, maltrato infantil, separaciones, rupturas, divorcios, para el desempeño de este rol.

110 Pérez Vallejo, A. Mª.: "La coordinación de parentalidad en Derecho comparado y su incorporación al sistema judicial español". *Revista de Derecho Privado*, núm. 4, julio-agosto 2019, pp. 3-32. De Lucchi López-Tapia, Y.: "Eficiencia en la gestión de la alta conflictividad familiar postruptura: la coordinación parental" en De Luis García, E., Jiménez Conde, F., Bellido Penadés, R. y Llopis Nadal, P. (coords.): *Justicia: ¿Garantías versus Eficiencia?,* Tirant lo Blanch, 2020, pp. 1-23. TOL7.855.605. Disponible en: http://www.tirantonline.com.

111 *Ibidem.*

Prevea la posibilidad de graduar o aplazar, con carácter temporal, la ejecución de las disposiciones judiciales, sin necesidad de acudir a la tramitación del incidente, ante circunstancias excepcionales que lo aconsejen y siempre que el interés superior del niño así lo indique[112], si al momento de la ejecución, acontecen renuncias totales o parciales de derechos reconocidos en la sentencia a favor de uno de los padres u otros parientes[113], excepto que se trate de derechos irrenunciables, como el derecho a recibir alimentos, u otras situaciones jurídicas de poder, que no pueden ser catalogadas como verdaderos derechos subjetivos y/o que son reguladas por normas de naturaleza indisponible.

Consolide el régimen de ejecución de sentencias y demás títulos judiciales en Cuba, con métodos coercitivos encaminados a garantizar el cumplimiento de las decisiones judiciales; a saber, apremios corporales, allanamientos, conminaciones económicas, utilización de la fuerza pública, librar testimonio -por delito de desobediencia u otros tipos penales- en contra de las instituciones, autoridades o administraciones que incumplan con la medida de embargo de salarios u otras prestaciones o que se nieguen a cooperar con la administración de justicia. La misma solución podrá aplicarse ante la negativa reiterada del ejecutado a cumplir con el mandato judicial.

Aunque los medios coercitivos han demostrado no ser los instrumentos idóneos para garantizar la ejecución de las resoluciones judiciales en los procesos de familia, lo cierto es que si fracasa la conciliación, la mediación o cualquier otra solución alternativa, sin posibilidades de alcanzar el cumplimiento voluntario de lo dispuesto, se hará necesario acudir a otras soluciones normativas que deberán ser concebidas como recursos de *ultima ratio,* y que podrán venir acompañadas de medidas para evitar o disminuir los posibles efectos traumatizantes, fundamentalmente para los niños, niñas y adolescentes, con el objetivo de satisfacer último elemento del derecho a la tutela judicial efectiva: la ejecución, que a su vez engloba en sí la materialización del interés superior del niño en los procesos de familia.

A) El acceso a los medios alternos de solución de conflictos desde la Constitución.

Reflexión aparte merece el reconocimiento del derecho de los ciudadanos a resolver sus controversias a través de métodos alternos de solución de conflictos, bien sea por la implicación que pudiera tener la ubicación del tema dentro de la tutela *judicial* efectiva[114], así como por las connotaciones que adquiere cuando se

112 Sobre todo, en los casos de guarda y cuidado y régimen de comunicación, no así en cuanto a la satisfacción de los alimentos.

113 En tanto la Constitución de 2019 amplía la legitimación también a favor de otros parientes. *Cfr.* art. 84. *Vid. Supra*. I y los subepígrafes.

114 *Vid.* Pérez Gutiérrez, I. y Hierro Sánchez, L.A.: "La tutela judicial", cit., pp. 55-60 (p. 59). Desde otra perspectiva sostiene Pérez Silveira que la formulación de la Constitución pudiera no solo referirse a la

afronta el argumento de la reforma procesal. Por ello, el análisis se centrará en evidenciar algunos de los aspectos que de cara a la reforma pueden ser de interés.

La Constitución dedica un solo artículo a la formulación de esta garantía, que a la vez es regulada como derecho de los ciudadanos, y que requiere un adecuado desarrollo normativo posterior a propósito de su efectiva realización.

Por una parte, el precepto constitucional no delimita cuáles son las materias que podrán ser objeto de tratamiento y resolución «autocompositiva o heterocompostiva» a través de los medios alternos de solución de conflictos; lo que genera una perspectiva positiva en cuanto a la materialización de los MASC en el ámbito de las relaciones civiles y familiares. Pero tampoco concreta o enuncia cuáles son los ADR que estarán a disposición de las personas para la solución de sus conflictos; dígase mediación, arbitraje, conciliación o cualquier otro procedimiento análogo, como pudiera ser el caso de la coordinación de parentalidad en la esfera de los supuestos de hiperconflictividad crónica en las relaciones familiares; aunque por la experiencia que deriva de la práctica judicial y extrajudicial, y los antecedentes en el ámbito comercial internacional[115], todo parece indicar que ocuparán la mediación y la conciliación la primacía para la solución de los conflictos que derivan de las relaciones familiares.

En fin, el acceso a los ADR que prevé la Constitución constituye el soporte de un régimen jurídico cuya implementación (en ámbitos como el civil y el familiar) dependerá de las normas de desarrollo que se dicten al efecto, que asumirán el cometido de delimitar -además de los aspectos que se han señalado *supra*- los requisitos y condiciones para el acceso a tales mecanismos de resolución de disputas alternativos -o complementarios al sistema judicial- su carácter previo o no al proceso, la eficacia y las alternativas de homologación de los acuerdos que se adopten, así como la eficacia de las decisiones que provienen de métodos heterocompositivos, y demás presupuestos para su puesta en marcha[116]. Todo lo cual requerirá una actividad de integración y sistematización con la normativa sectorial que rige para esta materia en el país[117].

Al parecer el legislador ha optado por una fórmula que permitirá fomentar la labor conciliatoria y desarrollar la mediación[118] o cualquier otro espacio para

tutela judicial sino a la tutela efectiva de los derechos como concepto global que integra los MASC, *vid.* Pérez Silveira, M.E.: "El acceso a los métodos", cit., p. 106.

115 *Vid. supra* III.

116 *Apud.* Pérez Silveira, M.E.: "El acceso a los métodos", cit., p. 106.

117 *Vid. Supra* III.

118 Una primera propuesta de implementación experimental de la mediación, conforme a las posibilidades que ofrece la actual LPCALE, se formuló en el año 2013. Actualmente, sus bases están siendo retomadas como referentes para valorar la implementación de la mediación preprocesal y extrajudicial, la mediación derivada por el tribunal y la mediación en fase de ejecución.

la solución de los conflictos -hasta hoy con alcance general para los diferentes ámbitos de las relaciones jurídicas[119]- lo que representa un augurio favorable para la implementación de estos instrumentos en el escenario de los conflictos familiares que ofrezca un alto nivel de ejecutabilidad a lo dispuesto y una mejor recomposición del conflicto, fundamentalmente si la decisión proviene del acuerdo *inter partes*.

IV. CONSIDERACIONES FINALES.

El texto constitucional de 2019 acoge una noción de responsabilidad parental que se erige sobre la base del respeto a la dignidad de los niños, niñas y adolescentes, y desde la concepción del interés superior del niño como pieza clave de todo el sistema. Tal noción es también expresión del reconocimiento de la capacidad progresiva de los menores y se hace eco de los principios constitucionales de solidaridad, igualdad, no discriminación, y responsabilidad familiar.

Pero una regulación sistemática y coherente del régimen de la responsabilidad parental exige una proyección que comprenda tanto la fase fisiológica como la fase patológica de la vida familiar, siendo en la fase de crisis y rupturas de las familias donde adquiere relevancia el garantismo y la eficacia del modelo de protección de los derechos de los niños[120]. Por cuanto hablar de justicia y eficacia como valores de un sistema de protección supone hablar del problema las garantías procesales y solución, las cuales tienen en común, como describe el ilustre jurista italiano Ferrajoli, el dato de ser concebidas a sabiendas de que su falta dará lugar a la violación del derecho que constituye su objeto[121].

A propósito de este argumento, la Constitución materializa el soñado reconocimiento constitucional de un catálogo de derechos y garantías jurisdiccionales que aproximan las normas procesales a la Constitución, lo que representa–en palabras de Couture– un acercamiento hacia el problema de la justicia y su solución[122]. Ahora el principal reto que impone la aprobación de la Constitución es su efectiva aplicación, en modo directo o por medio del dictado de normas de desarrollo.

A la reforma constitucional sigue -con particular urgencia-, además de la promulgación del Código de las Familias[123], la adecuación y armonización del

119 Lo que dependerá de la tipología de ADR que se implemente por materia y de la naturaleza de la controversia, lo cual, como se apuntó, deberá ser desarrollado por las normas de complemento.

120 La Rosa, E.: "Premesse generali: Responsabilità genitoriale e nuove prospettive nella tutela dei figli", cit., p. 618.

121 Ferrajoli, L.: "Garantías", en *Parole chiave*, No. 19, 1999, tr.esp. de Antonio de Cabo y Gerardo Pisarello, p. 39.

122 Couture, E., *Estudios de Derecho…*, I, cit., p. 94.

123 *Vid. Supra.* I.2.

modelo procesal a la letra de la Constitución y a la preceptiva de los tratados en vigor para Cuba. Solo por el camino de profundas y maduras reformas procesales podremos alcanzar la tutela de los derechos reconocidos en el plano sustancial y aspirar a la materialización del derecho a la tutela efectiva, que comprende tanto la tutela judicial como los mecanismos de resolución de disputas alternativos —o complementarios al sistema judicial; con la mira en la pronta y flexible solución de los conflictos que se generan en el ámbito de las relaciones familiares nacionales e internacionales.

BIBLIOGRAFÍA

ADROHER BIOSCA, S.: "Derecho aplicable a las crisis matrimoniales", en GUZMÁN ZAPATER, M. y HERRANZ BALLESTEROS, M. (coords.).: *Crisis matrimoniales internacionales y sus efectos. Derecho español y de la Unión Europea. Estudio normativo y jurisprudencial*, Tirant lo Blanch, 2019.

AZCÁRRAGA MONZONÍS, C.: "Impulso de la mediación en Europa y España y ejecución de acuerdos de mediación en la unión europea como documentos públicos con fuerza ejecutiva", *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, núm. 25, 2013.

AZCÁRRAGA MONZONÍS, C. y QUINZÁ REDONDO, P.: "Sustracción internacional de menores y Convenio de La Haya de 1980. Comentario de la Sentencia de la Audiencia Provincial de las Palmas (sección 3ª) No. 377/2017, de 29 de junio", *Cuadernos de Derecho transnacional*, vol. 10, núm. 2, octubre 2018.

BARONA VILAR, S.: "Retrato de la Justicia Civil en el siglo XXI: ¿Caos o una nueva estrella fugaz?", *Revista Boliviana de Derecho*, núm. 25, enero 2018.

CAPPELLETTI, M. y GARTH B.: *El acceso a la justicia. Movimiento mundial para la efectividad de los Derechos*, Prólogo de Berizonce R. O., Colegio de Abogados, La Plata, 1983.

CUBEDDU WIEDEMANN, M. G., CORDER, P. y UDA GIOVANNI, M.: "Responsabilità gentoriale", *Diritti di Famiglia*, 3ª ed., IPSOA, 2019.

DE LUCCHI LÓPEZ-TAPIA, Y.: "Eficiencia en la gestión de la alta conflictividad familiar postruptura: la coordinación parental" en DE LUIS GARCÍA, E., JIMÉNEZ CONDE, F., BELLIDO PENADÉS, R. y LLOPIS NADAL, P. (coords.): *Justicia: ¿Garantías versus Eficiencia?*, Tirant lo Blanch, 2020.

DE VERDA Y BEAMONTE, J. R.: "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", *Revista Boliviana de Derecho*, núm. 30, julio 2020.

DÍAZ-AMBRONA BARDAJÍ, Mª. D.: "La patria potestad", en TEJEDOR MUÑOZ, L. y POUS DE LA FLOR, Mª. P. (coords.): *Protección jurídica del menor*, Tirant lo Blanch, 2017.

DURÁN AYAGO, A.: "Responsabilidad parental, relaciones paterno-filiales y protección de menores: ¿tres denominaciones para tres realidades diferentes?", en ESPLUGUES MOTA, C., VARGAS GÓMEZ-URRUTIA, M., HERRANZ BALLESTEROS, M. y GUZMÁN

ZAPATER, M. (coords.): *Persona y familia en el nuevo modelo español de Derecho internacional privado*, Tirant lo Blanch, 2017.

ESPINOSA CALABUIG, R.: *Custodia y visita de menores en el espacio judicial europeo*, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, Madrid, 2007.

GARCÍA CANO, S.: "Introducción. Globalización, Multiculturalismo y protección internacional del menor (Evolución y futuro de los instrumentos internacionales relativos a la protección del menor)", en ADAM MUÑOZ, Mª. D. y GARCÍA CANO, S. (dirs.): *Sustracción internacional de menores y adopción internacional*, Colex, Madrid, 2004.

GORGONI, A.: *Filiazione e responsabilità genitoriale,* CEDAM, Milano, 2017.

KEMELMAJER DE CARLUCCI, A.: *Comisión n° 3. Derecho Procesal de Familia. Principios procesales. Informe de la parte especial* (25 páginas).

LA ROSA, E.: "Premesse generali: Responsabilità genitoriale e nuove prospettive nella tutela dei figli", en GABRIELE, E. (dir.): *Commentario del Codice Civile. Della Famiglia (Artt. 232-255),* coord. por G.DI ROSSA, UTET Giuridica, 2da ed., Milano, 2018.

LÓPEZ-MUELAS, L. y ZABALGO, P.: "La regulación de la patria potestad y guarda y custodia en derecho comparado: España, Italia, Inglaterra, Alemania, Chile y EE.UU.", *Diario La Ley*, núm. 9443, Sección "Tribuna", Wolters Kluwer, 25 de junio de 2019.

MANSO LACHE, J.:

- "La responsabilidad parental transnacional a la luz de la nueva constitución. Retos de la reforma procesal en Cuba", en BARENGHI, A., PÉREZ GALLARDO, L. B., PROTO, M. (coords.).: *Costituzione e Diritto privato. Una reforma per Cuba* (coord. por), editoriale scientifica, Napoli, 2019.

- "Los movimientos transfronterizos y los nuevos paradigmas de los conflictos paterno-filiales: Un reto para la reforma procesal", en MANTECÓN RAMOS, A. (dir.): *Abogacía 2017, Parte I- Litigios no Penales*, ediciones ONBC, La Habana, 2017

- "Una mirada hacia el procedimiento familiar en Cuba", *Revista Vasca de Derecho Procesal y Arbitraje*, núm. 3, vol. 28, 2016.

MANSO LACHE, J. y MENDOZA DÍAZ, J.: "El proceso civil oral en Cuba: Una creación judicial", en MATILLA CORREA, A., MENDOZA DÍAZ, J. y MANTECÓN RAMOS, A. (coords.).: *Perspectiva actual del Derecho procesal en Cuba*, ONBC, La Habana, 2016.

Mezzasoma, L.: "El acceso a la justicia por parte del consumidor (art. 141y 141.4 Código de Consumo)", en Pérez-Serrabona González, F. J. (dir.): *ADR, ODR y Justicia del Futuro*, Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2019.

Palao Moreno, G., Pérez Silveira, M. E. (eds.): *Las relaciones de familia y sucesorias entre España y Cuba. Una visión desde el Derecho internacional privado*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.

Pérez Gallardo, L. B.: "Derecho privado y autonomía privada en el ordenamiento cubano: entre la Constitución, el Código civil y las leyes de desarrollo", en Barenghi, A., Pérez Gallardo, L. B., Proto, M.: *Costituzione* e *Diritto privato. Una reforma per Cuba*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2019.

Pérez Gutiérrez, I. y Hierro Sánchez, L. A.: "La tutela judicial efectiva en el ámbito constitucional cubano", en Lledó Yagüe, F., Lledó Yagüe, I. F, Mendoza Díaz, J. (dirs.): *Garantías de los derechos en el nuevo panorama constitucional cubano,* Organización Nacional de Bufetes Colectivos - Dykinson, Madrid, 2020.

Pérez Silveira, M. E.: "El acceso a los métodos alternos de solución de conflictos desde la nueva Constitución en Cuba", en Lledó Yagüe, F., Lledó Yagüe, I. F, Mendoza Díaz, J. (dirs.): *Garantías de los derechos en el nuevo panorama constitucional cubano,* Organización Nacional de Bufetes Colectivos - Dykinson, Madrid, 2020.

Pérez Vallejo, A. Mª.: "La coordinación de parentalidad en Derecho comparado y su incorporación al sistema judicial español". *Revista de Derecho Privado*, núm. 4, julio-agosto 2019.

Perlingieri, P.: *Il diritto civile nella legalità costitucionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, tomos I- II, 3ra ed., Edizioni Scientifiche Italiane, Nápoles, 2006.

Richards Martínez, O.: "Una mirada a los presupuestos teóricos para la recepción de tratados internacionales en el ordenamiento jurídico cubano", *Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, Medellín, vol. 42, núm. 116, enero-junio 2012.

Rossi, M.: "Rilievi normativi in tema di effetti di natura personale e patrimoniale della crisi della coppia genitoriale riguardo alla prole", en Cassano, G. y Oberto, G. (coord.): *La Famiglia in crisi*, Cedam, Milano, 2016.

Ruggeri, L.: "Il mediatore familiare: problemi e prospettive di una regolamentazione futura", en Gasperini, M. P. (coord.): *Gustizia alternativa per una giustizia efettiva,* Edizioni Scientifiche Italiane, 2018.

TALAVERA HERNÁNDEZ, J. A.: "La responsabilidad parental y la protección del menor en España y Reino Unido", en PARDO IRANZO, V. (coord.).: *Competencia, reconocimiento y ejecución de resoluciones extranjeras en la Unión Europea*, Tirant lo Blanch, 2016.

VELAZCO MUGARRA, M.: *La guarda y cuidado de los menores sujetos a la patria potestad*, ediciones ONBC, La Habana, 2006.

ALGUNAS REFLEXIONES ACERCA DE LA STJUE DE 9 DE JULIO DE 2020 SOBRE LOS PACTOS NOVATORIOS EN MATERIA DE CLÁUSULAS SUELO

SOME REFLECTIONS ABOUT THE STJUE OF JULY 9, 2020 ON THE NOVATORY AGREEMENTS REGARDING SOIL CLAUSES

Rev. Boliv. de Derecho Nº 31, enero 2021, ISSN: 2070-8157, pp. 132-159

Carolina
Del Carmen
CASTILLO
MARTÍNEZ

ARTÍCULO RECIBIDO: 29 de octubre de 2020
ARTÍCULO APROBADO: 13 de noviembre de 2020

RESUMEN: La Sentencia del Tribunal Justicia de la Unión Europea de 9 de julio de 2020 viene a dar respuesta a las cinco preguntas que, en su cuestión prejudicial, plantea el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 3 de Teruel acerca de la validez de los acuerdos novatorios en el contexto de las cláusulas suelo, sentando doctrina jurisprudencial sobre esta materia acerca de la cual ya se había pronunciado previamente nuestro Tribunal Supremo en sus Sentencias de 16 de octubre de 2017, en el sentido de considerar nula la cláusula suelo acordada como consecuencia del pacto novatorio y, posteriormente, las de 11 de abril de 2018 y 13 de septiembre de 2018 en un sentido contrario, declarando que el acuerdo novatorio era válido. Se trata de una resolución tan esperada como comentada insistentemente tras su publicación, en atención, sin duda, tanto a su fundada relevancia sustantiva -por la doctrina jurídica que consolida y que resulta de incuestionable aplicación, y su repercusión económica- como a su transcendencia procedimental -por la consecuencia del levantamiento de suspensiones procedimentales que su dictado supone, acordadas a resultas del pronunciamiento del Tribunal de Luxemburgo-. En el presente trabajo revisaré la doctrina contenida en la STJUE en su parangón con la previamente declarada por nuestro Tribunal Supremo, a los efectos de concluir cuál es su incidencia respecto del criterio mantenido por nuestro Alto Tribunal en sus Sentencias de 11 de abril de 2018 y 13 de septiembre de 2018.

PALABRAS CLAVE: Hipoteca; cláusula suelo; pacto novatorio; consumidor; interés remuneratorio; variabilidad del interés.

ABSTRACT: *The Sentence of the Court of Justice of the European Union of July 9, 2020 comes to answer the five questions that, in its preliminary question, the Court of First Instance and Instruction No. 3 of Teruel asks about the validity of the new agreements in the context of the floor clauses, establishing jurisprudential doctrine on this matter about which our Supreme Court had previously ruled in its Judgments of October 16, 2017, in the sense of considering the agreed floor clause null as a consequence of the novation agreement and, subsequently, those of April 11, 2018 and September 13, 2018 in the opposite direction, declaring that the novation agreement was valid. It is a long-awaited and insistently commented resolution after its publication, in attention, no doubt, both to its well-founded substantive relevance - due to the legal doctrine that it consolidates and which results from unquestionable application, and its economic repercussion - as well as its procedural significance. -by the consequence of the lifting of procedural suspensions that its dictation supposes, agreed as a result of the ruling of the Luxembourg Court-. In this paper I will review the doctrine contained in the STJUE in its comparison with the one previously declared by our Supreme Court, in order to conclude what its incidence is with respect to the criterion maintained by our High Court in its Judgments of April 11, 2018 and September 13, 2018.*

KEY WORDS: *Mortgage; floor clause; new agreement; consumer; remunerative interest; interest variability.*

SUMARIO.- I. CONSIDERACIÓN PREVIA.- II. LA DOCTRINA DEL TRIBUNAL SUPREMO SOBRE LA VALIDEZ DEL PACTO TRANSACCIONAL SOBRE LA CLÁUSULA SUELO.- III. SUPUESTO DE HECHO Y CUESTIONES PREJUDICIALES PLANTEADAS ANTE EL TJUE.- IV. LA STJUE DE 9 DE JULIO DE 2020 Y SU RESPUESTA A LAS CUESTIONES PREJUDICIALES PLANTEADAS.- V. INCIDENCIA DE LA DOCTRINA DEL TJUE SOBRE EL CRITERIO DEL TS.

I. CONSIDERACIÓN PREVIA.

Tras la STS 9 mayo 2013[1], por la que se fija doctrina sobre las cláusulas suelo de los préstamos hipotecarios celebrados con consumidores y el control judicial de su posible carácter abusivo, y muy señaladamente durante el período inmediatamente posterior a su dictado, fueron numerosas las entidades financieras que plantearon a sus prestatarios un acuerdo novatorio del préstamo hipotecario primigenio, por cuya virtud se venía a pactar una cláusula de modificación a la baja respecto del tipo porcentual en que quedaba fijado el interés remuneratorio convenido en el préstamo hipotecario, estableciéndose en otra estipulación la renuncia del prestatario a reclamar por los intereses remuneratorios satisfechos de más hasta la fecha de la referida cláusula de renuncia y en aplicación de la originaria cláusula suelo. Sobre este particular, inicialmente la STS 16 octubre 2017[2], declaró nula la cláusula suelo acordada como consecuencia del pacto novatorio, si bien

1 STS, 9 mayo 2013 (ROJ: STS 1916/2013 - ECLI:ES:TS:2013:1916). Como es sabido, en esta resolución la Sala de lo Civil del Alto Tribunal declara la nulidad de las cláusulas suelo contenidas en préstamo hipotecario analizadas por la sentencia al no ser transparentes, entre otras causas, por falta de información clara de que se trata de un elemento definitorio del objeto principal del contrato.

2 STS 16 octubre 2017 (ROJ: STS 3721/2017 - ECLI:ES:TS:2017:3721). En el supuesto enjuiciado, en el procedimiento de origen se instó la nulidad de la cláusula suelo inserta en el préstamo hipotecario concertado entre las partes, por abusiva y por falta de transparencia, y subsidiariamente se solicitó la aplicación de un suelo del 2'5% (en lugar del 3% fijado en el préstamo), en virtud del acuerdo alcanzado entre los demandantes y la entidad bancaria. Tras ser estimada la pretensión subsidiaria en primera instancia, la sentencia de apelación declaró que los demandantes no tenían legitimación para recurrir en apelación, por lo que se rechazó su recurso. La Sala estima el recurso extraordinario por infracción procesal interpuesto por los actores ya que, según su propia doctrina, el litigante que ve rechazada su pretensión principal tiene gravamen para recurrir, toda vez que la tutela judicial instada le fue negada en parte. Y, como consecuencia de la estimación del recurso, el Tribunal asume la instancia y examina el recurso de apelación no resuelto en cuanto al fondo. En su análisis la Sala muestra su conformidad con la declaración de la sentencia de primera instancia en cuanto a la falta de transparencia de la cláusula suelo, pero discrepa de sus efectos, por considerar que la nulidad por falta de transparencia es una nulidad absoluta y que, por consiguiente, no pudo ser convalidada por un acuerdo posterior entre los clientes y la entidad bancaria en cuanto a su rebaja, que tuvo como único propósito el de minimizar los efectos negativos derivados para la economía de los demandantes. De esta manera, la desestimación de la apelación determina la estimación total de la demanda.

• 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. Universitat de València Académica de número de la Real Academia Valenciana de Jurisprudencia y Legislación.

posteriormente la STS 11 abril 2018[3], resolvió en sentido contrario, declarando que el acuerdo novatorio era válido[4], resultando que esta última doctrina, reiterada en la STS 13 septiembre 2018[5], no resultó acogida por la totalidad de nuestras Audiencias Provinciales, algunas de las cuales, contra el criterio del Alto Tribunal, justificaron la nulidad del pacto novatorio en la vulneración de la Directiva 93/13/CEE, de 5 de abril, que conducía a la conclusión contraria.

En el contexto descrito el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 3 de Teruel, entre otros, mediante Auto de 26 de junio de 2018[6], planteó cuestión prejudicial ante el TJUE, comprensiva de hasta cinco preguntas, que es la resuelta por la STJUE 9 julio 2020[7], resolución tan esperada como comentada insistentemente tras su publicación, en atención, sin duda, tanto a su fundada relevancia sustantiva -por la doctrina jurídica que consolida y que resulta de incuestionable aplicación, y su repercusión económica- como a su transcendencia procedimental -por la

3 STS 11 abril 2018 (ROJ: STS 1238/2018 - ECLI:ES:TS:2018:1238). En esta sentencia se analiza si una transacción extrajudicial posterior a la sentencia 241/2013, de 9 de mayo, que conllevaba una rebaja del suelo y la renuncia al ejercicio de acciones, con una expresa aceptación manuscrita, impide entrar a juzgar si aquella cláusula era nula. En el supuesto enjuiciado, partiendo de una situación de incertidumbre y a los efectos de evitar un posterior litigio, las partes convienen en realizar concesiones recíprocas y alcanzar un acuerdo que convierta su situación de incertidumbre en circunstancia de seguridad. En el caso, existía una cláusula suelo cuya validez podía ser cuestionada en vía judicial, de tal manera que, si se acreditaba la falta de trasparencia de la estipulación, la misma sería declarada abusiva si bien, en otro caso, sería considerada válida. Ante esta incertidumbre, como se ha indicado, las partes convienen recíprocas concesiones: así, el banco accede a la rebaja del suelo y, por su parte, los prestatarios consumidores acceden a soportar un suelo más bajo que el inicial a cambio de evitar el pleito que constituiría el presupuesto necesario para la declaración de abusividad. Considera la Sala que se trata, pues, de un acuerdo transaccional y no de una mera novación obligacional. Y se entiende que cabe la transacción, admisible en los contratos con consumidores, incluso aunque la obligación preexistente sobre la que existe controversia pudiera ser nula, siempre y cuando la nueva relación jurídica nacida de la transacción no contravenga la ley. Y así, si existe predisposición en el acuerdo de transacción, es preciso comprobar de oficio la transparencia del acuerdo, que se cumple en este caso, por lo que debe ser vinculante para las partes.

4 En esta sentencia el magistrado D. Francisco Javier Orduña Moreno emitió voto particular, justificando la nulidad del pacto novatorio y defendiendo la nulidad no convalidada de la cláusula suelo.

5 STS 13 septiembre 2019 (ROJ: STS 3098/2018 - ECLI:ES:TS:2018:3098). En este caso, la cuestión jurídica controvertida quedaba localizada en si la nulidad de una cláusula suelo por falta de trasparencia impide que el consumidor pueda posteriormente a su convenio, por su propia iniciativa, con pleno conocimiento y mediante una negociación con la entidad financiera, pactar un suelo inferior al inicialmente convenido. Considera la Sala que la falta de trasparencia de la cláusula suelo no determina la nulidad de la obligación de pago de intereses, sino únicamente la de uno de los elementos que la delimitan, de tal manera que la cláusula que modifica el límite inferior a la variabilidad del interés, sustituyendo un límite por otro, si bien constituye una modificación de la relación obligatoria del pago de intereses, no es propiamente una novación extintiva, ya que subsiste la misma relación obligatoria. El Tribunal entiende que la cláusula suelo no es en sí misma nula, es decir, no es abusiva como consecuencia de un control de contenido, sino que la tacha de abusividad sólo concurre cuando la estipulación no supera el control de transparencia. Se considera que la autonomía privada de la voluntad del consumidor permite al prestatario, libremente, con conocimiento, y como consecuencia de una negociación, pactar la sustitución de la cláusula suelo nula por falta de trasparencia por otra que ya no adolece de ese defecto, ni consta que sea resultado de la expresión de un consentimiento viciado. En consecuencia, no se ve afectado el principio de efectividad y debe concluirse que la considerada se trata de una cláusula negociada ajena al ámbito de la Directiva 93/13/CEE, con lo que el Alto Tribunal consolida doctrina jurisprudencial respecto del conocimiento y consentimiento de las condiciones generales de la contratación, entendiendo que las cuestiones relativas a un eventual vicio del consentimiento son ajenas al proceso sobre abusividad.

6 Asunto C-452/18- (ECLI:ES:JPII:2018:11ª).

7 STJUE 9 julio 2020 (ECLI:EU:C:2020:536), asunto C-452/18.

consecuencia del levantamiento de suspensiones procedimentales que su dictado supone, acordadas a resultas del pronunciamiento del Tribunal de Luxemburgo-.

Y es que la STJUE 9 julio 2020 viene a resolver las cinco cuestiones planteadas por el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 3 de Teruel, relativas a la validez de los acuerdos novatorios de las cláusulas suelo. En el presente este trabajo revisaré la doctrina contenida en la STJUE en su parangón con la previamente declarada por nuestro Tribunal Supremo, a los efectos de concluir cuál es su incidencia respecto del criterio mantenido por nuestro Alto Tribunal en sus Sentencias de 11 de abril de 2018 y 13 de septiembre de 2018.

II. LA DOCTRINA DEL TRIBUNAL SUPREMO SOBRE LA VALIDEZ DEL PACTO TRANSACCIONAL SOBRE LA CLÁUSULA SUELO.

Sin perjuicio de considerar posteriormente la doctrina que permite concluir la STJUE 9 julio 2020, en su contraste con la previamente declarada por nuestro Tribunal Supremo, y precisamente a los efectos de realizar atinadamente el anunciado parangón, es por lo que resulta de interés revisar la doctrina de nuestro Alto Tribunal acerca de la validez del pacto transaccional sobre la cláusula suelo.

Atendiendo al señalado propósito, cabe reiterar que, ciertamente las SSTS 11 abril 2018 y 13 septiembre 2018 supusieron una rectificación de la doctrina contenida en la STS 16 octubre 2017, que declaraba que los pactos novatorios de las cláusulas suelos participan la misma nulidad que la cláusula suelo original por aplicación de la previsión contenida en el artículo 1208 del Código Civil, a cuyo tenor "la novación es nula si lo fuere también la obligación primitiva, salvo que la causa de nulidad solo pueda ser invocada por el deudor, o que la ratificación convalide los actos nulos en su origen". Específicamente, la STS 11 abril 2018, vino a declarar la validez de dichos pactos en la medida en que participaban de la naturaleza transaccional, siempre y cuando la señalada transacción no pudiera ser tachada de falta de transparencia, considerando la inaplicabilidad a tales convenios del ya antedicho artículo 1208 del Código, al entender que los referidos pactos no constituyen una novación extintiva sino tan sólo integran la alteración de un elemento contractual que repercute en la proyección que alcanza a una relación obligatoria válida como es la de abonar los intereses remuneratorios. Y, en el mismo sentido, la STS 13 septiembre 2018 vino a establecer que el pacto novatorio litigioso era válido y no podía quedar sometido a los controles de transparencia y abusividad, toda vez que las cláusulas que lo integraban habían sido negociadas individualmente.

Consideremos con mayor detenimiento la STS 11 abril 2018, primera de las resoluciones apuntadas y también la primera que sentó ampliamente, por parte de nuestro Alto Tribunal, doctrina al respecto.

En su revisión resulta que el supuesto fáctico sometido al enjuiciamiento del Tribunal encuentra su origen en la perfección de dos préstamos hipotecarios concertados durante el año 2007, en los que se había convenido un suelo del 4'25%, posteriormente elevado al tipo porcentual del 4'5 %. Más tarde, en el año 2014, entre las partes se suscribe un "contrato de novación modificativa del préstamo", que dispone que "con efectos desde la próxima cuota de préstamo…, el tipo mínimo aplicable de interés será el 2'25 %, en sustitución del convenio inicialmente" (estipulación 1ª). Y, por otra parte, en ese mismo convenio, "las partes ratifican la validez y vigor del préstamo, consideran adecuadas sus condiciones y, en consecuencia, renuncian expresa y mutuamente a ejercitar cualquier acción frente a la otra que traiga causa de su formalización y clausurado, así como por las liquidaciones y pagos realizados hasta la fecha, cuya corrección reconocen" (estipulación 3ª). Como ya anticipé, el contrato firmado contiene también una declaración manuscrita, de puño y letra del prestatario, que resulta del tenor siguiente: "soy consciente y entiendo que el tipo de interés de mi préstamo nunca bajará del 2'25 % nominal anual".

En su resolución entiende el Alto Tribunal que el acuerdo perfeccionado en 2014 no puede reputarse nulo. Y ello por considerar que no se trata de un acuerdo novatorio, sino de una transacción en toda regla, ya que mediante el pacto se pretende prevenir una controversia judicial acerca de la posible tacha de abusividad de la cláusula suelo contenida en el contrato primigenio. En consecuencia, la Sala considera que al supuesto no le resulta de aplicación la doctrina declarada por el mismo Tribunal Supremo en su previa STS de 16 de octubre de 2017, toda vez que en el supuesto entonces enjuiciado las partes no proyectaban la asunción de mutuas concesiones recíprocas de naturaleza transaccional, sino más bien equilibrar el tipo porcentual del interés remuneratorio fijado en el préstamo suscrito por el demandante con el tipo de interés previsto en los demás préstamos concedido a los adquirentes de esa misma promoción inmobiliaria por la misma entidad crediticia. A mayor abundamiento se declara que siempre una transacción debe considerarse que es válida, incluso en el supuesto de que la obligación preexistente a la misma y acerca de la cual concurre un litigio pudiera resultar nula. Y así, se concluye que la transacción no vulnera la previsión legal que le afecta, toda vez que nos hallamos ante un supuesto evidente en que la materia objeto de la estipulación es disponible, sin reservas, por las partes[8]. En definitiva, para el Alto Tribunal, la transacción sometida a su consideración, tiene por contenido una recíproca concesión realizada entre las partes a los efectos de impedir un

8 En este sentido conviene considerar que la previsión legal del artículo 1809 del CC dispone que: "La transacción es un contrato por el cual las partes, dando, prometiendo o reteniendo cada una alguna cosa, evitan la provocación de un pleito o ponen término al que había comenzado". Y, por cuanto se refiere a las materias indisponibles por las partes, el artículo 1814 del mismo texto legal resulta del tenor siguiente: "No se puede transigir sobre el estado civil de las personas, ni sobre las cuestiones matrimoniales, ni sobre alimentos futuros".

futuro enfrentamiento judicial mediante un litigio que, por la misma transacción, se impide. Y así, resulta que la entidad financiera que podía beneficiarse de una cláusula suelo fijada inicialmente en el 4'25% (posteriormente, 4,5%), admite una reducción del suelo inicial que llega hasta el 2'25%, resultando que, por su parte los prestatarios, admiten asumir un suelo más bajo con el propósito de impedir el litigio que constituiría el presupuesto necesario para conseguir una eventual declaración judicial de abusividad de la cláusula suelo, ciertamente no pretendida desde el principio.

El Alto Tribunal aprueba "el modo predispuesto en que se ha propuesto y aceptado la transacción", y matiza que se han cumplido los requisitos de información que exige el control de transparencia, toda vez que "los clientes consumidores, tal y como les fue presentada la transacción, estaban en condiciones de conocer las consecuencias económicas y jurídicas de su aceptación: que se reducía el límite mínimo del interés al 2,25% y que no se discutiría la validez de las cláusulas suelo contenidas en el contrato originario". En este sentido, la sala declara que "el cumplimiento de estos deberes de trasparencia en este caso viene acreditado porque, en un contexto temporal en que, por la difusión en la opinión pública general de la sentencia de 9 de mayo de 2013, era notoriamente conocido no sólo la existencia de estas cláusulas suelo y su incidencia en la determinación del interés variable aplicable al préstamo, sino también que podían ser nulas cuando no se hubieran cumplido las exigencias de trasparencia, los clientes aceptan la propuesta del banco de impedir futuras controversias judiciales al respecto mediante la reducción del suelo al 2,25%, y para acreditarlo transcriben de puño y letra el texto en el que se afirma lo siguiente: «Soy consciente y entiendo que el tipo de interés de mi préstamo nunca bajará del 2,25% nominal anual»", incidiendo en que "las circunstancias temporales y el modo en que los consumidores manifestaron de forma manuscrita su conformidad con un suelo del 2,25% ponen en evidencia que el banco, previamente a la firma de la transacción, cumplió con las exigencias de trasparencia y que sus clientes consumidores conocían los términos de la transacción y las implicaciones económicas y jurídicas que conllevaban". De ello resulta que "las partes quedan vinculadas en los términos transigidos y, por tanto, con renuncia al ejercicio de acciones a cambio de una rebaja en el suelo, lo que impide en un principio enjuiciar la situación previa a la transacción precisamente porque las partes quedan vinculadas por lo transigido".

En definitiva, la Sala considera que el acuerdo "novatorio" perfeccionado entre la entidad financiera y el prestatario consumidor no es en sí una verdadera novación sino que más bien participa de la naturaleza de un pacto transaccional y, puesto que no nos hallamos ante una novación, no resulta de aplicación la doctrina declarada en la STS 16 octubre 2017, en la que se argumentaba que la cláusula suelo era nula de pleno derecho y, en consecuencia, la declarada nulidad absoluta

asimismo alcanzaba a la novación modificativa de la estipulación, de conformidad con la previsión contenida en el artículo 1208 del Código Civil. A pesar de lo anteriormente expuesto, resulta cuanto menos muy llamativo que el Tribunal Supremo no deje de considerar que ese pacto calificado de "transaccional" se encuentre conformado por una serie de estipulaciones que claramente se califican como de predispuestas, al no haber sido negociadas individualmente por la entidad bancaria con el prestatario consumidor y que, por tal circunstancia, deben quedar sometidas a los preceptivos controles de necesaria aplicación para poder concluir la validez de una cláusula predispuesta en contratos celebrados con consumidores y que, como es bien sabido, son los controles de (i) incorporación, (ii) contenido y, finalmente si fuera el caso[9], (iii) transparencia. Y, con precisa referencia al control de transparencia, la Sala considera que las estipulaciones atinentes a la fijación del nuevo suelo y a la renuncia por el prestatario a las acciones que le competen contra la entidad financiera, que indiscutiblemente recaen sobre el objeto principal del contrato[10], superan ese control de transparencia toda vez que el prestatario, con carácter previo a la celebración del pacto subsiguiente, era conocedor de las consecuencias tanto jurídicas como económicas que se le podían derivar del mismo.

III. SUPUESTO DE HECHO Y CUESTIONES PREJUDICIALES PLANTEADAS ANTE EL TJUE.

El supuesto fáctico que fundó la cuestión prejudicial planteada ante el TJUE por parte del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 3 de Teruel se articuló sobre los hechos siguientes.

Con fecha 23 de diciembre de 2011, un prestatario que reunía la condición de consumidor quedó subrogado en el préstamo promotor del bien inmueble adquirido, cuyas estipulaciones albergaban una cláusula limitativa del interés remuneratorio variable con un techo del 9'75% y un suelo fijado en el tipo porcentual del 3'25%. Posteriormente, en fecha 4 de marzo de 2014[11], los contratantes alteraron el contenido del contrato de préstamo con garantía hipotecaria, rebajando el porcentaje de la cláusula suelo al 2'35%[12]. El contenido del pacto novatorio perfeccionado contenía una cláusula del tenor siguiente: "Las partes ratifican la validez y vigor del préstamo, consideran adecuadas sus

9 Esto es, cuando la cláusula se proyecte sobre un elemento que integre el objeto principal del contrato.

10 Por consiguiente, necesariamente sometidas al control de transparencia (cfr. art. 4.2 de la Directiva 93/13/CEE).

11 Resulta de interés significar que, en ese momento de perfección del pacto novatorio, el Alto Tribunal ya se había pronunciado sobre la materia al constar dictada la STS de 9 de mayo de 2013, mediante la que se declaró la nulidad de las cláusulas suelo que no superaban el control de trasparencia sin restitución retroactiva de prestaciones.

12 A este respecto, resulta de interés significar que el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 3 de Teruel calificó este pacto, que en sí no es sino un "contrato de novación modificativa del préstamo" como "documento «transaccional", al que más tarde el TJUE, a su vez, lo denominará "contrato de novación".

condiciones y, en consecuencia, renuncian expresa y mutuamente a ejercitar cualquier acción frente a la otra que traiga causa de su formalización y clausulado, así como por las liquidaciones y pagos realizados hasta la fecha, cuya corrección reconocen"[13].

En definitiva, las partes incorporaron una cláusula por la cual se reconocía la validez de lo convenido, con renuncia recíproca al futuro ejercicio de acciones basadas en las estipulaciones asumidas o por las liquidaciones y abonos efectivamente realizados que se asumen como correctamente verificados. Pero es que, además, el prestatario consumidor asumió, con expresión manuscrita, ser consciente y entender que "el tipo de interés del préstamo nunca bajaría del 2'5 % nominal anual"[14].

A pesar de lo estipulado, el prestatario planteó demanda interesando la declaración de abusiva de la cláusula suelo incluida en el contrato de préstamo hipotecario y la condena de la entidad de crédito a suprimirla y también a devolverle las cantidades indebidamente abonadas en virtud de la misma desde la

13 En suma, el contenido del clausulado que constituyó el llamado "contrato de novación modificativa del préstamo" quedaba integrado por las estipulaciones siguientes.
"PRIMERA. Con efecto desde la próxima cuota de préstamo pactada y para toda la vida del préstamo, el tipo de interés será el 2,35% en sustitución del convenido inicialmente.
En consecuencia, si el tipo de interés aplicable en cada momento, calculado en la forma estipulada en la escritura de préstamo reseñada, fuera inferior al tipo mínimo del 2,35% ahora convenido, se aplicará de forma preferente este último".
"SEGUNDA. El resto de condiciones financieras, incluido el tipo máximo de interés aplicable, no sufren variación alguna y seguirán en vigor a todos los efectos".
"TERCERA. Las PARTES ratifican la validez y vigor del préstamo, consideran adecuadas sus condiciones y, en consecuencia, renuncian expresa y mutuamente a ejercitar cualquier acción frente a la otra que traiga causa de su formalización y clausulado, así como por las liquidaciones y pagos realizados hasta la fecha, cuya corrección reconocen".
"QUINTA. Las partes hacen constar que la formalización del presente documento constituye una novación sujeta a la Ley 2/1994 de 30 de marzo, al convenirse expresamente una mejora del tipo de interés".
"Los otorgantes aceptan este acuerdo en todos sus términos, lo leen, encontrándolo conforme, se ratifican y firman el mismo por duplicado y a un solo efecto".
Resultando que, en la parte final del documento, se hace constar la firma del prestatario consumidor y, a continuación de la misma, de su propio puño y letra, un texto del tenor siguiente: "SOY CONSCIENTE Y ENTIENDO QUE EL TIPO DE INTERÉS DE MI PRÉSTAMO NUNCA BAJARÁ DEL 2,35% NOMINAL ANUAL".

14 La señalada expresión manuscrita venía a dar cumplimiento al requisito exigido en el artículo 6 de la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social, por cuya virtud, en la contratación de préstamos hipotecarios por prestatarios que sean personas físicas, en los que la hipoteca recaiga sobre una vivienda o cuya finalidad sea adquirir o conservar derechos de propiedad sobre terrenos o edificios construidos o por construir, y que incorporen una cláusula suelo, la escritura pública incluirá, junto a la firma del cliente, una expresión manuscrita, en los términos a determinar por el Banco de España, por la que el prestatario manifieste que ha sido adecuadamente advertido de los posibles riesgos derivados del contrato. Ciertamente, el contenido orientativo de esta expresión manuscrita resultó fijado por el Banco de España en el Anejo IX de la Guía de Acceso al Préstamo Hipotecario, publicada en fecha 15 de julio de 2013, y persiste actualmente vigente, aunque actualizado desde 2016, y disponía lo que seguidamente se expresa: "Soy conocedor de que mi préstamo hipotecario establece limitaciones [indicar cuál/es: suelos y/o techos] a la variabilidad del tipo de interés. Además, he sido advertido por la entidad prestamista y por el notario actuante, cada uno dentro de su ámbito de actuación, de los posibles riesgos del contrato y, en particular, de que: el tipo de interés de mi préstamo, a pesar de ser variable, nunca se beneficiará de descensos del tipo de interés de referencia por debajo del [límite mínimo del tipo de interés variable limitado]".

fecha de suscripción del concreto contrato de préstamo[15], alegándose al respecto que el convenio novatorio se encontraba viciado de nulidad como consecuencia de la eficacia propagadora de la nulidad de la cláusula suelo originaria.

Así las cosas, por Auto 26 junio 2018[16], el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción n.º 3 de Teruel planteó petición de decisión prejudicial ante el TJUE, en cuya fundamentación se desarrollaba la circunstancia de que, tras la STS 9 mayo 2013, Ibercaja Banco principió un proceso de renegociación de las cláusulas suelo en los contratos de préstamo hipotecario previamente celebrados, razón que conducía a la duda acerca de que la renegociación de una cláusula abusiva pudiera resultar compatible con el principio declarado en el artículo 6.1 de la Directiva 93/13/CEE, por cuya virtud las cláusulas abusivas no vincularán al consumidor. Pero es que, además, en la cuestión que se suscita se plantea la consideración acerca de que el mismo pacto novatorio cumpliera con los requisitos de transparencia fijados por el Tribunal Supremo, al no constar informados los consumidores de "las pérdidas que el prestatario podía sufrir como consecuencia de la aplicación de la nueva cláusula «suelo» y la imposibilidad del prestatario de recuperar las pérdidas sufridas de este modo, debido a la renuncia a ejercitar cualquier acción judicial contra la entidad de crédito acreedora".

Sintéticamente, el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción n.º 3 de Teruel considera que la doctrina contenida en la STS de 11 de abril de 2018 puede ser contraria a la Directiva 93/13/CEE, de 5 de abril, sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, razón por la que plantea una cuestión prejudicial ante TJUE, mediante el precitado Auto de 26 de junio de 2018. La cuestión prejudicial suscitada ante el Tribunal de Luxemburgo comprende cinco preguntas, que se refieren, en esencia, a las materias siguientes: (i) si la nulidad de la cláusula suelo inicial alcanza al acuerdo novatorio perfeccionado con posterioridad (pregunta 1); (ii) si las cláusulas del llamado pacto novatorio pueden considerarse cláusulas no negociadas individualmente en un contrato con consumidores (pregunta 2); (iii) si la nueva cláusula por la que se fija el interés remuneratorio supera el control de transparencia material (pregunta 4); y (iv) si la estipulación por la cuál el consumidor renuncia al ejercicio de derechos supera el control de transparencia material (pregunta 3) y, asimismo, (v) pasa el control de contenido (pregunta 5).

15 Aunque en los antecedentes de hecho de las resoluciones publicadas no se hace constar la fecha de interposición de la demanda, es posible concluir que su presentación debió ser con posterioridad a la STJUE 21 diciembre 2016 mediante la que se declaró la improcedencia de la limitación de los efectos retroactivos de la declaración de nulidad de las cláusulas suelo, por consiguiente, también de la restitución de los intereses pagados como consecuencia de tal declaración de nulidad, pues de otro modo no se solicitaría, por constituir pretensión palmariamente improsperable, la devolución de las cantidades indebidamente abonadas en virtud de la cláusula suelo tachada de nulidad desde la fecha de perfección del primigenio contrato de préstamo garantizado hipotecariamente.

16 Auto 26 junio 2018, dictado por el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 3 de los de Teruel. (ECLI:ES:JPII:2018:11ª).

En el marco descrito, el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción n.º 3 de Teruel plantea ante el TJUE las señaladas preguntas que formula en los términos siguientes.

Primera. Si el principio de no vinculación de las cláusulas nulas (art. 6 de la Directiva 93/13/CEE) debe extenderse también a los contratos y negocios jurídicos celebrados sobre esas cláusulas con posterioridad, como lo es el enjuiciado contrato de novación. Y si, en consecuencia, dado que la nulidad radical implica que dicha cláusula nunca existió en la vida jurídica-económica del contrato, puede concluirse que los actos jurídicos posteriores y sus efectos sobre aquella cláusula, esto es, el contrato de novación, también desaparece de la realidad jurídica, debiendo considerarse como inexistente y sin ningún efecto.

Segunda. Si los documentos modificativos o transaccionales de cláusulas no negociadas susceptibles de no superar los controles de falta de abusividad y transparencia, pueden participar de la naturaleza de condiciones generales de la contratación a efectos de lo dispuesto en el artículo 3 de la Directiva 93/13/CEE, afectándoles las mismas causas de nulidad que a los documentos originales novados o transigidos.

Tercera. Si la renuncia a las acciones judiciales contenida en el contrato de novación debe ser también nula, en la medida en que en los contratos que suscribían los clientes no se informaba a los mismos de que estaban ante una cláusula nula ni tampoco del dinero o importe económico que tenían derecho a percibir como devolución por los intereses abonados a consecuencia de la imposición inicial de las "cláusulas suelo", de lo que se infiere que el cliente asume una renuncia a demandar sin haber sido previamente informado por la entidad acerca de aquello a lo que renuncia ni al montante económico que ello le supone.

Cuarta. Si, analizando el contrato de novación modificativa al amparo de la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia Europeo y de los artículos 3, apartado 1, y 4, apartado 2, de la Directiva 93/13/CEE, la nueva cláusula suelo incluida en el contrato vuelve a adolecer de falta de transparencia, al reiterar la entidad financiera su incumplimiento en orden a los criterios de transparencia dispuestos en la STS 9 mayo 2013, y no informar al cliente del verdadero coste económico de dicha cláusula en su hipoteca, de manera que pudiera conocer el tipo de interés -y la cuota que del mismo se deriva- que tendría que pagar en el caso de aplicarse la nueva cláusula suelo y el tipo de interés -y su consecuente cuota- que tendría que abonar en el supuesto de no aplicarse cláusula suelo alguna y, no obstante, se aplicase el tipo de interés convenido en el préstamo hipotecario sin limitación a la baja-. En definitiva, se trata de determinar si, al imponer el documento calificado como novación sobre las cláusulas suelo, la entidad financiera estaba obligada al cumplimiento de los controles de transparencia dispuestos en los artículos 3,

apartado 1, y 4, apartado 2, de la Directiva 93/13/CEE y, por consiguiente, debió informar al consumidor acerca del importe exacto o cantidades en las que se le había perjudicado al aplicársele las cláusulas suelo, y también el interés aplicable en el supuesto de no existir dichas cláusulas y, si al no haberlo hecho, tales documentos también adolecerían de la consabida tacha de nulidad.

Quinta. Si el clausulado de acciones incluidas en las condiciones generales de contratación del contrato de novación puede considerarse una cláusula abusiva por su contenido en el marco del artículo 3, apartado 1, en relación con el Anexo de cláusulas abusivas y, en concreto, con la letra q) de ese Anexo, toda vez que limitan el derecho de los consumidores al ejercicio de los derechos que pueden nacer o revelarse después de la firma del contrato, como ocurrió con la posibilidad de reclamar la devolución íntegra de los intereses pagados[17].

En el ámbito procedimental seguido ante el Tribunal de Luxemburgo, el *iter* sucedido se compone por los datos de que la Comisión Europea presentó sus Observaciones en fecha 16 de noviembre de 2018[18], resultando que el 30 de enero de 2020, el Abogado General Henrik Saugmandsgaardoe presentó sus esperadas conclusiones, para el 9 de julio de 2020 llegar a publicarse la STJUE en este controvertido asunto C-452/18 (XZ contra Ibercaja Banco, S.A).

IV. LA STJUE DE 9 DE JULIO DE 2020 Y SU RESPUESTA A LAS CUESTIONES PREJUDICIALES PLANTEADAS.

En su Sentencia de 9 de julio de 2020 el TJUE viene a dar respuesta a las cinco cuestiones planteadas en el sentido siguiente.

A la primera. Se plantea si la falta de transparencia de la cláusula suelo originaria alcanza al pacto posterior.

Y es que, si la cláusula suelo primigenia es nula, por falta de transparencia, debe precisarse si esa tacha de nulidad se proyecta igualmente al acuerdo posterior, con independencia de la calificación que al mismo se le otorgue. En definitiva, la cuestión obliga a pronunciarse acerca de la compatibilidad entre el principio de efectividad de la Directiva, el efecto no vinculante de las cláusulas abusivas y el efecto disuasorio[19].

Sobre este punto, el Juzgado de Teruel específicamente pregunta:

17 Al amparo de la STJUE 21 diciembre 2016, asunto Gutiérrez Naranjo y otros, acumulados C-154/15, C-307/15 y C-308/15 (EU:C:2016:980).

18 Sj.n(2018) 6523853 JBC/ns.

19 Cfr. arts. 6.1 y 7.1 de la Directiva 93/13/CEE.

"1) Si el principio de no vinculación de las cláusulas nulas (artículo 6 Directiva 93/13/CEE del Consejo de 5 de abril) debe extenderse también a los contratos y negocios jurídicos posteriores sobre esas cláusulas, como lo es el contrato de novación.

Y si, dado que la nulidad radical implica que dicha cláusula nunca existió en la vida jurídica-económica del contrato, puede concluirse que los actos jurídicos posteriores y sus efectos sobre aquella cláusula, eso es, el contrato de novación, también desaparecen de la realidad jurídica, debiendo considerarse como inexistente y sin ningún efecto".

El Tribunal de Luxemburgo responde a esta primera pregunta en los §21 a §30 de la Sentencia que revisamos, en la que se declara que, en virtud del artículo 6.1 de la Directiva de cláusulas abusivas, no vincularán al consumidor, en las condiciones estipuladas por sus derechos nacionales, las cláusulas abusivas que figuren en un contrato (§22). Acerca de si el consumidor puede expresar su consentimiento válido sobre la modificación de una cláusula potencialmente abusiva y, con ello, renunciar a los efectos de su nulidad, si conocía el carácter no vinculante de la misma y las consecuencias de la renuncia, el Tribunal de Luxemburgo comienza explicando "en principio, que una cláusula contractual declarada abusiva nunca ha existido, de manera que no podrá tener efectos frente al consumidor" (§23), precisando que incumbe al juez nacional abstenerse de aplicar las cláusulas abusivas, salvo si el consumidor se opone a ello (§24). No obstante, posteriormente precisa que la protección de los consumidores "comprende la facultad de renunciar a hacer valer sus derechos", siempre que el propio consumidor manifieste su voluntad siendo consciente del carácter no vinculante de la cláusula abusiva, otorgando así un consentimiento libre e informado a dicha cláusula (§25)[20]. Por consiguiente, el consumidor puede elegir no hacer valer el sistema de protección previsto en la Directiva 93/13/CEE (§26)[21], así como oponerse a su aplicación (§23)[22]. En todo

20 En concreto se declara que "de la jurisprudencia del TJ resulta que el derecho a una protección efectiva del consumidor comprende la facultad de renunciar a hacer valer sus derechos, de forma que el juez nacional debe tener en cuenta, en su caso, la voluntad manifestada por el consumidor cuando, consciente del carácter no vinculante de una cláusula abusiva, manifiesta, sin embargo, que es contrario a que se excluya, otorgando así un consentimiento libre e informado a dicha cláusula (véase, en este sentido, la sentencia de 14 de abril de 2016, C-381/14 y C-385/14, apartado 25)" (§25). Por su parte, el §27 declara que "incumbe al juez nacional tener en cuenta, en su caso, la voluntad expresada por el consumidor cuando, consciente del carácter no vinculante de una cláusula abusiva, manifiesta, no obstante, que es contrario a que se excluya, otorgando así un consentimiento libre e informado a dicha cláusula (véase, en este sentido, la sentencia de 21 de febrero de 2013, C-472/11, apartado 35)".

21 En concreto se declara o siguiente: "En efecto, la Directiva 93/13 no llega hasta el extremo de hacer obligatorio el sistema de protección contra la utilización de cláusulas abusivas por los profesionales que ha instaurado en beneficio de los consumidores. Por consiguiente, cuando el consumidor prefiera no valerse de este sistema de protección, el mismo no se aplicará (sentencia de 3 de octubre de 2019, Dziubak, C-260/18, EU:C:2019:819, apartado 54)".

22 Al respecto se argumenta que: "Así, debe considerarse, en principio, que una cláusula contractual declarada abusiva nunca ha existido, de manera que no podrá tener efectos frente al consumidor (sentencia de 21 de diciembre de 2016, Gutiérrez Naranjo y otros, C-154/15, C-307/15 y C-308/15, EU:C:2016:980, apartado 61)".

caso, el TJUE subraya que únicamente podrá entenderse que el consumidor ha prestado su consentimiento válido e informado a este respecto si "en el momento de la renuncia, el consumidor era consciente del carácter no vinculante de esa cláusula y de las consecuencias que ello conllevaba" (§29), y este extremo debe ser considerado por el juez nacional[23].

En atención a lo expuesto, el TJUE, pasando por alto la cuestión de si cabe entender que existe un consentimiento libre con relación a una renuncia supuestamente informada suficientemente pero inserta en una cláusula que no ha sido negociada individuamente[24], responde a la primera de las preguntas planteadas en el sentido de que "el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que no se opone a que una cláusula de un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor, cuyo carácter abusivo puede ser declarado judicialmente, pueda ser objeto de un contrato de novación entre ese profesional y ese consumidor, mediante el cual este último renuncia a los efectos que pudieran derivarse de la declaración del carácter abusivo de esa cláusula, siempre que la renuncia proceda de un consentimiento libre e informado por parte del consumidor, extremo este que corresponde comprobar al juez nacional" (§30 y fallo)[25].

---

23 Sin duda, a los efectos de la comprensión de la fundamentación jurídica de la resolución es fundamental la declaración que se contiene en los §28 y §29, a cuyo tenor: "Por lo tanto, debe admitirse, de forma análoga y tal como observó fundamentalmente el Abogado General en los puntos 39 a 42 de sus conclusiones, que un consumidor pueda renunciar a hacer valer el carácter abusivo de una cláusula en el marco de un contrato de novación mediante el que esta renuncia a los efectos que conllevaría la declaración del carácter abusivo de tal cláusula, siempre y cuando la renuncia proceda de un consentimiento libre e informado (…) No obstante, tal como resulta de la jurisprudencia citada en el apartado 25 de la presente sentencia, la renuncia de un consumidor a hacer valer la nulidad de una cláusula abusiva únicamente puede ser tomada en consideración si, en el momento de la renuncia, el consumidor era consciente del carácter no vinculante de esa cláusula y de las consecuencias que ello conllevaba. Solo en este supuesto cabe considerar que la adhesión del consumidor a la novación de tal cláusula procede de un consentimiento libre e informado, dentro del respeto de los requisitos establecidos en el artículo 3 de la Directiva 93/13, extremo este que corresponde comprobar al juez nacional".

24 Aspecto éste que, no obstante, sí que fue considerado por el Abogado General en sus Conclusiones, y respecto del que el mismo vino a declarar que "el juez debe comprobar, incluso de oficio, cuando se someta a su examen un contrato de este tipo, si la renuncia del consumidor a invocar el carácter abusivo de una cláusula determinada es fruto de un consentimiento libre e informado de este último o, por el contrario, trae causa de tal abuso de poder. Ello implica comprobar, en particular, si las cláusulas de ese contrato han sido negociadas individualmente o, por el contrario, impuestas por el profesional y, en este último caso, si se han cumplido los imperativos de transparencia, equilibrio y buena fe que se derivan de la Directiva 93/13" (apartado 54 de las Conclusiones del Abogado General). Y es que, como se ha anticipado, en sus Conclusiones publicadas el 30 de enero de 2020, el Abogado General, señor Henrik Saugmandsgaardoe entendió que dichos acuerdos son válidos, pero siempre que sean transparentes, y a tal efecto fijaba determinados criterios valorativos a los efectos de que los jueces nacionales pudieran apreciar la señalada transparencia, resultando en este sentido insuficiente el patrón de transparencia exigida por el Tribunal Supremo.

25 En definitiva, sin apartarse de las Conclusiones del Abogado General, en sus apartados 39 a 42, la STJUE dispone que el prestatario consumidor puede renunciar a las acciones dirigidas a la declaración de nulidad de una cláusula, si bien para que su renuncia resulte eficaz y no se contamine del efecto de la nulidad de la cláusula previamente convenida, es preciso que el adherente emita un consentimiento libre e informado con precisa referencia a la estipulación que contiene la renuncia, precisando a tal efecto que la emisión de la declaración de voluntad tendrá tal carácter siempre que el prestatario consumidor, al tiempo de la perfección del acuerdo novatorio, se encuentre inequívocamente informado acerca de los extremos siguientes: (i) el carácter no vinculante de la estipulación original (cláusula suelo inicialmente pactada), así

Sobre el aspecto que en esta primera pregunta se considera nuestro Alto Tribunal nada tenía declarado en su más reciente jurisprudencia. En efecto, la STS 11 abril 2018 en ninguno de sus pronunciamientos se expresa sobre este punto, aunque sí que se contiene una explicación al respecto en el voto particular emitido en dicha resolución por el magistrado Francisco Javier Orduña Moreno[26], en el que se defiende que de los artículos. 6.1 y 7.1 de la Directiva 93/13/CEE, así como del principio de efectividad recogido en la misma, y también del efecto no vinculante de la cláusula abusiva y del efecto disuasorio, cabe colegir que las cláusulas abusivas se rigen por su propio criterio de ineficacia, vinculante de manera ineludible para todos los Estados miembros, que en el caso de las estipulaciones tachadas de abusividad es la categoría de ineficacia contractual más severa de todas, esto es, la nulidad de pleno derecho o radical improductividad de efectos jurídicos, y que se proyecta, como a su naturaleza corresponde, en una perspectiva "temporal", determinante de la imposibilidad de limitar en el tiempo las consecuencias de la nulidad, y también en una perspectiva "material", de la que se deriva que la declaración de nulidad de la cláusula abusiva trae como consecuencia la ineficacia de los actos que encuentren causa directa en esa cláusula. En consecuencia, la declaración de nulidad (que lo es de pleno derecho) de la cláusula abusiva se proyecta asimismo sobre el pacto novatorio subsiguiente por el que se pretende atemperar la ineficacia inicialmente declarada, por el medio que sea[27]. En definitiva, el voto particular revisado viene a concluir que la doctrina contenida en la resolución en la que se inserta resulta contraria tanto a la previsión contenida en el artículo 47.1 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, como a los artículos 6.1 y 7.1 de la Directiva 93/13/CEE, y también a los principios de efectividad de la Directiva[28], aunque no se plantea la disyuntiva que permitiría diferenciar el supuesto de que el segundo de los pactos haya sido individualmente negociado de aquel caso en que no lo fuera, tal y como en alguna de sus sentencias tiene declarado el TJUE y así, deducir que, incluso en la hipótesis de que la cláusula originaria fuera abusiva, posteriormente el prestatario consumidor puede emitir un consentimiento válido en orden a excluir la posibilidad de la declaración judicial de la nulidad, por abusiva, de la estipulación en cuestión[29].

como de (ii) las consecuencias que ello supone, en suma, la transcendencia de su desistimiento al ejercicio de las acciones de nulidad de la estipulación supuestamente abusiva.

26 Fundamento Jurídico. 3º, apartado 3.

27 Bien aminorando el tipo porcentual del suelo inicialmente concertado o bien exigiendo al prestatario consumidor su renuncia a las acciones para interesar la nulidad, además del reintegro de los intereses indebidamente abonados.

28 En suma, se contempla el efecto no vinculante de la cláusula abusiva y su efecto disuasorio, ya declarados en abundante jurisprudencia del Tribunal de Luxemburgo que conforma un consolidado cuerpo de doctrina, por otra parte, sobradamente conocida.

29 *Vid*., a este respecto, STJUE 21 febrero 2013, asunto C-472/11, en la que se declara que el juez nacional que detecte el posible carácter abusivo de una cláusula debe instar a las partes -predisponente y consumidor- a expresar sus alegaciones, atinentes a la valoración del carácter abusivo de la estipulación en cuestión, precisando que "esta posibilidad ofrecida al consumidor de expresar su opinión sobre este extremo obedece también a la obligación que incumbe al juez nacional… de tener en cuenta, en su caso, la voluntad manifestada por el consumidor cuando, consciente del carácter no vinculante de una cláusula abusiva,

A la segunda. Se plantea si las cláusulas del pacto novatorio o transaccional, en todo caso subsiguiente, pueden ser cláusulas predispuestas no negociadas individualmente, en definitiva, condiciones generales de la contratación.

Sobre este punto el Juzgado de Teruel plantea la segunda pregunta en los siguientes términos:

"2) Si los documentos que modifiquen o transaccionen cláusulas no negociadas susceptibles de no superar los controles de falta de abusividad y transparencia, pueden participar de la naturaleza de condiciones generales de la contratación a efectos de lo dispuesto en el artículo 3 de la Directiva 93/13/CEE del Consejo de 5 de abril, afectándoles las mismas causas de nulidad que los documentos originales novados o transigidos".

La STJUE responde a esta cuestión en los §31 a §39.

Con precisa referencia a si el acuerdo, transaccional o novatorio, se encuentra sometido a los controles de transparencia y abusividad en el supuesto de no haber sido negociado individualmente si la expresión manuscrita no fuera indicio de negociación, el Tribunal de Luxemburgo arranca su razonamiento significando que el control de abusividad y, por tanto, el artículo 3.1 de la Directiva 93/13/CEE, únicamente resulta de aplicación a aquellas cláusulas contractuales no negociadas individualmente entre el empresario y el consumidor (§32). Para, posteriormente, precisar que debe entenderse que una cláusula no ha sido negociada individualmente cuando "el consumidor no haya podido influir sobre su contenido, tal como sucede, en particular, en el caso de los contratos de adhesión" (§33)[30], ausencia de influencia que puede producirse en estos acuerdos novatorios (§34)[31] y deberá ser comprobado por el juez nacional[32]. Y así, partiendo de las reglas

manifiesta, no obstante, que es contrario a que se excluya, otorgando así un consentimiento libre e informado a dicha cláusula" (§35). Y, en el mismo sentido, la STJUE de 14 de abril de 2016 , asunto C-381/14, en la que se declara que, "en caso de que el juez nacional aprecie que una cláusula es abusiva, el derecho a una protección efectiva del consumidor comprende la facultad de renunciar a hacer valer sus derechos, de forma que el juez nacional debe tener en cuenta, en su caso, la voluntad manifestada por el consumidor cuando, consciente del carácter no vinculante de una cláusula abusiva, manifiesta, sin embargo, que es contrario a que se excluya, otorgando así un consentimiento libre e informado a dicha cláusula" (§25).

30 Concretamente, el TJUE declara que el artículo 3.2 de la Directiva 93/13/CEE establece que "se considerará que una cláusula no se ha negociado individualmente cuando haya sido redactada previamente por el profesional y el consumidor no haya podido influir sobre su contenido, tal como sucede, en particular, en el caso de los contratos de adhesión. A este respecto, el Tribunal de Justicia ha declarado que es una cláusula no negociada individualmente aquella que está redactada con vistas a una utilización generalizada (sentencia de 15 de enero de 2015, C-537/13, ap. 31)" (§33).

31 Específicamente se declara que "estos requisitos pueden también concurrir respecto de una cláusula que tiene por objeto modificar una cláusula potencialmente abusiva de un contrato anterior celebrado entre las mismas partes o determinar las consecuencias del carácter abusivo de esa otra cláusula" (§34), con lo que se viene a concluir que una cláusula puede ser no negociada (condición general) incluso en el supuesto de que a su través se pretenda alterar el contenido una estipulación predispuesta (no negociada) en pacto previo.

32 En efecto, es el juez nacional el encargado de precisar si las cláusulas del convenio privado merecen la consideración de cláusulas no negociadas individualmente (§35), resultando de necesaria consideración a

generales que expresa, el TJUE expone su consideración atinente al caso que se le somete a su valoración, señalando que la circunstancia de que la celebración del contrato de novación al que se refiere al litigio principal se enmarque dentro de la política general de renegociación de los contratos de préstamo hipotecario de tipo variable que incluían una cláusula suelo, iniciada por Ibercaja Banco a raíz de la Sentencia 241/2013 del Tribunal Supremo, de 9 de mayo de 2013, podría constituir un indicio de que el consumidor no pudo influir en el contenido de la nueva cláusula suelo (§36)[33], pudiendo resultar, además, señal inequívoca de que el consumidor no pudo influir en el pacto el hecho, alegado, de que la entidad no facilitara al consumidor una copia del contrato ni le permitiera llevárselo consigo (§37)[34]. Y lleva su razonamiento más allá, al refutar que la expresión manuscrita comportara necesariamente que el consumidor hubiera podido influir o hubiera influido en su contenido, declarando que "la circunstancia de que [el consumidor] introdujera antes de su firma en el contrato de novación la mención, escrita de su puño y letra, en la que indicaba que comprendía el mecanismo de la cláusula «suelo» no permite por sí sola concluir que esa cláusula fue negociada individualmente y que el consumidor pudo efectivamente influir en el contenido de la misma" (§38)[35].

---

tales efectos "el conjunto de las circunstancias en las que tal cláusula fue presentada al consumidor".

33 Expresamente se declara que: "En el presente caso, la circunstancia de que la celebración del contrato de novación al que se refiere al litigio principal se enmarque dentro de la política general de renegociación de los contratos de préstamo hipotecario de tipo variable que incluían una cláusula «suelo», iniciada por Ibercaja Banco a raíz de la sentencia 241/2013 del Tribunal Supremo, de 9 de mayo de 2013, podría constituir un indicio de que XZ no pudo influir en el contenido de la nueva cláusula «suelo»".

34 En suma, el Tribunal de Luxemburgo, valora la concurrencia de dos manifestaciones de que el prestatario "no pudo influir en el contenido de la nueva cláusula suelo". A saber:
1°. "La circunstancia de que la celebración del contrato de novación al que se refiere al litigio principal se enmarque dentro de la política general de renegociación de los contratos de préstamo hipotecario de tipo variable que incluían una cláusula «suelo», iniciada por Ibercaja Banco a raíz de la sentencia 241/2013 del Tribunal Supremo, de 9 de mayo de 2013, podría constituir un indicio de que XZ no pudo influir en el contenido de la nueva cláusula «suelo» (apartado 35)" (§36).
Y 2°. "Lo mismo cabe decir respecto del hecho de que, según indica el juzgado remitente, la entidad bancaria no facilitara a XZ una copia del contrato y tampoco le permitió que se lo llevara consigo para que pudiera tener conocimiento del mismo" (§37).

35 Con precisa referencia a la nota manuscrita del prestatario, sin duda, lo esencial es si esa cláusula manuscrita de puño y letra por el consumidor puede ser catalogada como cláusula no negociada individualmente. Al respecto, y a pesar de que en su cuestión el Juzgado de Teruel no se refiere expresamente a esta cláusula, el Tribunal de Luxemburgo se refiere a la misma en el §38, declarando que "en cualquier caso, la circunstancia de que XZ introdujera antes de su firma en el contrato de novación la mención, escrita de su puño y letra, en la que indicaba que comprendía el mecanismo de la cláusula «suelo» no permite por sí sola concluir que esa cláusula fue negociada individualmente y que el consumidor pudo efectivamente influir en el contenido de la misma". Conclusión a todas luces razonable, toda vez que la circunstancia de que la cláusula conste redactada a mano por el prestatario no determina que la estipulación haya sido negociada individualmente con el consumidor, por consiguiente, no sometida al ámbito aplicativo de la Directiva 93/13/CEE, a salvo la comprobación de que la estipulación respeta los requisitos establecidos en el artículo 3.2 de la Directiva 93/13/CEE, a cuyo tenor:
"Se considerará que una cláusula no se ha negociado individualmente cuando haya sido redactada previamente y el consumidor no haya podido influir sobre su contenido, en particular en el caso de los contratos de adhesión.
El hecho de que ciertos elementos de una cláusula, o que una cláusula aislada, se hayan negociado individualmente no excluirá la aplicación del presente artículo al resto del contrato si la apreciación global lleva a la conclusión de que se trata, no obstante, de un contrato de adhesión.
El profesional que afirme que una cláusula tipo se ha negociado individualmente asumirá plenamente la carga de la prueba".

Partiendo de la argumentación previa el TJUE viene a dar respuesta a la segunda pregunta planteada en el sentido de que "cabe considerar que la propia cláusula de un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor, con el fin de modificar una cláusula potencialmente abusiva de un contrato anterior celebrado entre ambos o de determinar las consecuencias del carácter abusivo de la misma, no ha sido negociada individualmente y puede, en su caso, ser declarada abusiva" ((§39 y fallo).

A la cuarta. Se cuestiona sobre el control de transparencia material de la nueva cláusula suelo incluida en el acuerdo posterior.

El Tribunal de Luxemburgo responde a esta pregunta en los §40 a §56.

Respecto a si el acuerdo novatorio por el que se dispone el tipo porcentual del nuevo suelo debe superar los controles de transparencia y de abusividad, lo que podría tener lugar de haberse informado al prestatario acerca de los tipos previos del índice de referencia, dato a través del cual un consumidor medio podría conocer las posibilidades de que la cláusula suelo le impidiera beneficiarse de las bajadas del índice, sin que, por el contrario, resulte necesario informar acerca de las cantidades a devolver ya que las mismas serían susceptibles de tales cálculos de tomar conocimiento de esos datos, el TJUE considera, en principio, que las cláusulas del acuerdo novatorio no negociado individualmente, como las de cualquier otro contrato cuyas cláusulas no hubieran sido negociadas individualmente, deben, en primer término, superar el control de transparencia, tanto si se trata de cláusulas relativas al objeto del contrato[36] -art. 4.2 de la Directiva 93/13/CEE- como si son estipulaciones accesorias -art. 5 de la Directiva 93/13/CEE. (§43 y §44)[37]. Y el señalado control de transparencia exige: (i) que la cláusula contractual conste redactada de manera clara y comprensible; (ii) que el contrato exponga de manera transparente el funcionamiento concreto del mecanismo al que se refiere, así como, en su caso, la relación entre ese mecanismo y el prescrito por otras cláusulas, de manera que el consumidor esté en condiciones de valorar,

36 Como lo es la estipulación de la que se trata que, en consecuencia, debe superar el control de transparencia material a los efectos de que pueda concluirse su validez, para lo cual, según reiterada doctrina del Tribunal de Luxemburgo, con carácter previo a la perfección del contrato, el prestatario consumidor debe recibir la información precisa para poder valorar, razonablemente, las consecuencias jurídicas y económicas de la concreta cláusula. En definitiva, el punto concreto a aclarar es el de la específica información debe proporcionar el predisponente para poder superar el control de transparencia material. Sobre este particular, la jurisprudencia del TJUE -*Cfr.,* por todas, SSTJUE 21 marzo 2013 (asunto C-92/11), 20 de septiembre de 2017 (asunto C-186/16) y 9 julio 2015 (asunto C-348/14))- tiene declarado que, para determinar esa concreta información, se debe atender a al específico escenario en el que se plantea el supuesto, a la naturaleza de los bienes o servicios contratados y al contenido de la estipulación supeditada al control de transparencia.

37 En definitiva, el TJUE considera que el control de transparencia "debe interpretarse de manera extensiva" (§44) y demanda "que el contrato exponga de manera transparente el funcionamiento concreto del mecanismo al que se refiere la cláusula de que se trate, así como, en su caso, la relación entre ese mecanismo y el prescrito por otras cláusulas, de manera que el consumidor esté en condiciones de valorar, basándose en criterios precisos e inteligibles, las consecuencias económicas que se deriven para él (sentencia de 20 de septiembre de 2017, Andriciuc y otros, C-186/16, EU:C:2017:703, apartado 45)" (§ 45).

basándose en criterios precisos e inteligibles, las consecuencias económicas que se deriven para él (§45); y (iii) que se hubieran comunicado al consumidor todos los elementos que pudieran incidir en el alcance del compromiso del consumidor, permitiéndole evaluar, en particular, el coste total de su préstamo (§46), antes de la celebración del contrato (§47)[38]. Por tanto, el juez nacional debe tomar en consideración, al evaluar la transparencia, todo lo anterior, así como "la falta de mención en el contrato de préstamo de la información que se considere esencial a la vista de la naturaleza de los bienes o de los servicios que son objeto de dicho contrato" (§46 in fine)[39].

Posteriormente, el Tribunal Europeo considera que debe analizarse si la cláusula es abusiva, es decir, si supone un desequilibrio entre las partes que únicamente se manifiesta mientras se ejecuta el contrato (§48)[40], control que parece equipararse al de transparencia, de manera que la falta de transparencia comporta por sí mismo la abusividad de la cláusula, al afirmar que "en consecuencia, debe apreciarse si el profesional ha observado la exigencia de transparencia contemplada en el artículo 4, apartado 2, y en el artículo 5 de la Directiva 93/13 tomando como referencia los elementos de que disponía en la fecha en que celebró el contrato con el consumidor" (§49). Y, después de la antedicha aseveración, el TJUE verifica una revisión de la concreta información que debía haberse proporcionado al consumidor a los efectos de concluir que las cláusulas del acuerdo novatorio superaban el control de transparencia[41]. A este respecto, señala que no puede exigirse al profesional que informe del importe exacto a abonar, ni de las consecuencias económicas asociadas a las variaciones del tipo de interés durante la vigencia del contrato, pues dependen de acontecimientos futuros no previsibles y ajenos a la voluntad del profesional, ni, así, del impacto

38 Expresamente se declara que el consumidor "tiene que disponer, antes de la celebración del contrato, de información sobre las condiciones contractuales y las consecuencias de dicha celebración" (§47), aunque no se concrete cuál sea la señalada información que debe proporcionarle el predisponente.

39 En efecto, con precisa referencia a los contratos de préstamo hipotecario, el TJUE declara que, para ver si se cumple la transparencia, hay que atender a la publicidad y a la información proporcionada por el prestamista, precisando que "incumbe al juez nacional (…) verificar que se hubieran comunicado al consumidor todos los elementos que pueden incidir en el alcance de su compromiso, permitiéndole evaluar, en particular, el coste total de su préstamo. Desempeñan un papel decisivo en tal apreciación, por una parte, la cuestión de si las cláusulas están redactadas de forma clara y comprensible, de manera que permitan a un consumidor medio evaluar tal coste y, por otra parte, la falta de mención en el contrato de préstamo de la información que se considere esencial a la vista de la naturaleza de los bienes o de los servicios que son objeto de dicho contrato" (§46). De manera que al predisponente le incumbe el deber de comunicar al consumidor "todos los elementos que puedan incidir en el alcance de su compromiso", aunque no llega a precisarse cuáles sean. Y asimismo se exige que en el contrato se ofrezca "la información que se considere esencial", aunque tampoco se especifique qué deba entenderse por "información esencial" a tales efectos.

40 Específicamente, el TJUE declara que "la apreciación del carácter abusivo de una cláusula contractual debe realizarse en relación con el momento de la celebración del contrato en cuestión, teniendo en cuenta el conjunto de las circunstancias que el profesional podía conocer en ese momento y que podían influir en la ulterior ejecución del contrato" (§48), lo que presupone el conocimiento de los elementos y circunstancias que el prestamista razonablemente podía conocer al tiempo de la contratación, pues sólo sobre esos datos puede recaer el deber de información que le incumbe.

41 Respecto a la cláusula suelo entiende el TJUE que "debe situarse al correspondiente consumidor en condiciones de comprender las consecuencias económicas que se derivan para él de tal cláusula" (§51).

exacto de la aplicación de una cláusula suelo sobre tales cuotas (§52)[42]. Por el contrario, sí que integra un "elemento especialmente pertinente" la información "sobre la evolución en el pasado del índice en que se basa el cálculo del tipo aplicable constituye un elemento especialmente pertinente" (§53)[43], toda vez que la misma permitiría al prestatario consumidor darse cuenta de la eventualidad de que no iba a poder beneficiarse de las bajadas del tipo de interés inferior al tipo "suelo" que se le propone (§54). En cuanto a la exigencia de informar acerca de las cantidades a las que el prestatario renunciaba, como elemento a valorar a los efectos de verificar el control de transparencia del acuerdo, el Tribunal de Luxemburgo declara que: "Por lo que se refiere a las cantidades a las que el consumidor renunciaría aceptando una nueva cláusula «suelo», coincidentes con la diferencia entre las sumas satisfechas por el consumidor en aplicación de la cláusula «suelo» inicial y las que hubieran debido abonarse en ausencia de cláusula «suelo», debe señalarse que, en principio, esas cantidades pueden calcularse fácilmente por un consumidor medio normalmente informado y razonablemente perspicaz, siempre que el profesional –en este caso, la entidad bancaria, que reúne los conocimientos técnicos y la información necesarios a este respecto– haya puesto a su disposición todos los datos necesarios. s" (§55)[44].

En atención a lo indicado el TJUE ofrece respuesta a la pregunta planteada en el sentido de que "la exigencia de transparencia que tales disposiciones imponen a un profesional implica que, cuando este celebra con un consumidor un contrato de préstamo hipotecario de tipo de interés variable y que establece una cláusula «suelo», deba situarse al consumidor en condiciones de comprender las consecuencias económicas que para él se derivan del mecanismo establecido por medio de la referida cláusula «suelo», en particular mediante la puesta a disposición de información relativa a la evolución pasada del índice a partir del cual se calcula el tipo de interés" (§56 y fallo)[45].

42 Específicamente se declara que: "No obstante, en el caso de una cláusula que consiste en limitar la fluctuación a la baja de un tipo de interés variable calculado a partir de un índice, resulta evidente que el valor exacto de ese tipo variable no puede fijarse en un contrato de préstamo para toda su duración. Así pues, no cabe exigir a un profesional que facilite información precisa acerca de las consecuencias económicas asociadas a las variaciones del tipo de interés durante la vigencia del contrato, ya que esas variaciones dependen de acontecimientos futuros no previsibles y ajenos a la voluntad del profesional. En particular, la aplicación de un tipo de interés variable conlleva, a lo largo del tiempo, por su propia naturaleza, una fluctuación de los importes de las cuotas futuras, de forma que el profesional no está en condiciones de precisar el impacto exacto de la aplicación de una cláusula «suelo» sobre tales cuotas".

43 En este sentido se declara que ha de darse al prestatario "información sobre la evolución en el pasado del índice en que se basa el cálculo del tipo aplicable", con cita de la STJUE de 3 de marzo de 2020 (§53).

44 De esta declaración parece deducirse el deber impuesto al prestamista de proporcionar "todos" los elementos de información que al prestatario le resulten precisos para que el consumidor pueda calcular "fácilmente" el importe correspondiente a los intereses remuneratorios indebidamente pagados por éste, toda vez que para el prestatario es prácticamente imposible obtener por sí dicho resultado relativo a la cantidad que debería haber pagado de no operar la cláusula suelo, ya que para alcanzar ese dato se requiere poner en práctica, previo su conocimiento, complicados procedimientos de naturaleza financiera que no están al alcance de un cliente o inversor medio.

45 Sorprende, en este punto, que el TJUE no se refiera expresamente a la necesidad de proporcionar al prestatario consumidor acerca del preciso montante al que ascienden los intereses pagados indebidamente

Con precisa referencia al pacto novatorio relativo a una cláusula suelo y en relación a la específica información que el prestamista debe proporcionar al prestatario consumidor a los efectos de superar el control de transparencia material, el Tribunal Supremo, en su Sentencia de 11 de abril de 2018 vino a declarar que "por el modo predispuesto en que se ha propuesto y aceptado la transacción es preciso comprobar, también de oficio, que se hayan cumplido las exigencias de trasparencia en la transacción. Esto es, que los clientes consumidores, tal y como les fue presentada la transacción, estaban en condiciones de conocer las consecuencias económicas y jurídicas de su aceptación: que se reducía el límite mínimo del interés al 2,25% y que no se discutiría la validez de las cláusulas suelo contenidas en el contrato originario. El cumplimiento de estos deberes de trasparencia en este caso viene acreditado porque, en un contexto temporal en que, por la difusión en la opinión pública general de la sentencia de 9 de mayo de 2013, era notoriamente conocido no sólo la existencia de estas cláusulas suelo y su incidencia en la determinación del interés variable aplicable al préstamo, sino también que podían ser nulas cuando no se hubieran cumplido las exigencias de trasparencia, los clientes aceptan la propuesta del banco de impedir futuras controversias judiciales al respecto mediante la reducción del suelo al 2,25%"[46]. Es decir, que para que el convenio novatorio supere el control de transparencia es preciso que el consumidor tenga conocimiento acerca de "las consecuencias económicas y jurídicas" que se derivan del mismo[47]. Y, por cuanto se refiere al voto particular emitido, el magistrado Francisco Javier Orduña, en el mismo se considera que para poder concluir que la nueva cláusula pactada supera el control de transparencia, el consumidor debería de haber sido informado acerca de esa potencial litigiosidad que albergaba la cláusula suelo, esto es, de la posible nulidad de la cláusula, por no superar el filtro de la transparencia material, y también sobre la posibilidad de reclamar a la entidad financiera el reintegro de los intereses pagados indebidamente por la aplicación de la referida cláusula suelo[48].

por aplicación de la cláusula suelo inicialmente concertada, aunque la señalada omisión podría subsanarse vinculando el párrafo en cuestión con su precedente, ya transcrito en el texto.

46 Fundamente Jurídico 3º, apartado 8.

47 En concreto, a criterio del Alto Tribunal, estas consecuencias se concretan en los aspectos siguientes: (i) que se reduce la cláusula suelo al 2'25%; (ii) que no se discutirá en el futuro la validez de la cláusula suelo contenida en el contrato original; (iii) que el préstamo original tenía una cláusula suelo; (iv) que ello incidía en el tipo de interés variable aplicable al préstamo; (v) y que esa cláusula suelo podía ser nula por falta de transparencia. En el supuesto enjuiciado, el Tribunal Supremo consideró que el consumidor tenía conocimiento de todos los aspectos expresados, de lo que dedujo que el pacto analizado era válido.

48 Fundamento Jurídico 2º, apartado 4. En el mismo sentido, el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 3 de Teruel también entiende que la solución alcanzada por la STS 205/2018 colisiona con el artículo 4.2 de la Directiva 93/13/CEE, ya que de la tantas veces referida norma se infiere que el prestatario consumidor, antes de concluir el acuerdo novatorio, debería conocer algunas circunstancias más de las exigidas por el Tribunal Supremo, razón por la que sobre este aspecto plantea la pregunta (4ª) de "si analizando el contrato de novación modificativa al amparo de la Jurisprudencia del TJUE y de los artículos 3.1 y 4.2 de la Directiva 93/13/CEE del Consejo de 5 de abril, la nueva cláusula suelo incluida adolece nuevamente de falta de trasparencia, al volver el banco a incumplir los criterios de transparencia por el mismo fijados en la STS de 9 de mayo de 2013 y no informar al cliente del verdadero coste económico de dicha cláusula en su hipoteca, de manera que pudiera conocer el tipo de interés (y la cuota resultante) que tendría que pagar en el caso de aplicarse la nueva cláusula suelo y el tipo de interés (y la cuota resultante) que tendría que pagar

A la tercera y quinta. Se pregunta acerca del control de transparencia material de la cláusula de renuncia incluida en el acuerdo posterior y sobre el control de contenido de la cláusula de renuncia.

El Tribunal de Luxemburgo responde conjuntamente a las preguntas tercera y quinta del Juzgado de Teruel, pues ambas se refieren a la cláusula de renuncia al ejercicio de acciones contra el prestamista. Como quedó indicado, la primera de ellas alude a si esta cláusula supera el control de transparencia material, en tanto que la otra se refiere al control de contenido, o posible abusividad, de esta misma cláusula. En suma, con referencia a si la renuncia al ejercicio de acciones que ya podían ejercitarse no es abusiva en sí misma, el TJUE resuelve las preguntas tercera y quinta de manera conjunta, por ser coincidentes en la cuestión de fondo que plantean y que, como ya he indicado, se refiere a si la renuncia al ejercicio de acciones contenida en el contrato de novación debía reputarse abusiva de acuerdo con la previsión contenida en el punto 1 letra q) del Anexo de la Directiva 93/13/CEE.

La Sentencia analizada responde, de manera conjunta, como se ha indicado, a las cuestiones sobre la cláusula de renuncia en los §57 a §77. Inicialmente, los §59 a §61 trasladan a la resolución el contenido del artículo 4.2 de la Directiva, subrayando la imperiosidad de que las estipulaciones que versan sobre el objeto principal del contrato consten redactadas de manera clara y comprensible, para señalar, posteriormente, que compete al juez nacional determinar si, atendidas las circunstancias del supuesto concreto, se respetan los deberes de información que exige el control de la transparencia material, resultando que el Tribunal Europeo es competente para establecer los criterios que el juez nacional puede o no aplicar a los efectos de la señalada valoración (§62)[49].

Con precisa referencia a la tacha de abusividad que pudiera afectar a la cláusula de renuncia al ejercicio de acciones, el Juzgado de Teruel plantea su pregunta en los términos siguientes: "5) Si el clausulado de acciones incluidas en las condiciones generales de contratación del contrato de novación modificativa puede considerarse una cláusula abusiva por su contenido en el marco del artículo 3.1, en relación con el anexo de cláusulas abusivas y, en concreto, con el apartado

en el caso de no aplicarse ninguna cláusula suelo y se aplicase el tipo de interés pactado en el préstamo hipotecario sin limitación a la baja. Eso es, si al imponer el documento denominado como de novación sobre las "cláusulas suelo", la entidad financiera debiera haber cumplido los controles de transparencia reseñados en los artículos 3. 1 y 4. 2 de la Directiva 93/13/CEE e informar al consumidor sobre el importe de las cuantías en las que había sido perjudicado por la aplicación de las "cláusulas suelo" así como el interés a aplicar en caso de no existir dichas cláusulas y, si al no haberlo hecho, estos documentos también adolecen de causa de nulidad".

49 En concreto se señala que: "Incumbe al juez nacional determinar si, dadas las circunstancias propias del caso concreto, una cláusula cumple las exigencias de buena fe, equilibrio y transparencia. Sin embargo, el Tribunal de Justicia es competente para deducir de las disposiciones de la Directiva 93/13 los criterios que el juez nacional puede o debe aplicar al efectuar tal apreciación (sentencia de 28 de julio de 2016, Verein für Konsumenteninformation, C-191/15, EU:C:2016:612, apartado 65)".

q) de ese anexo («serán cláusulas abusivas, aquellas que tengan por objeto suprimir u obstaculizar el ejercicio de acciones judiciales o de recurso por parte del consumidor»), dado que limitan el derecho de los consumidores al ejercicio de derechos que pueden nacer o revelarse después de la firma del contrato, como ocurrió con la posibilidad de reclamar la devolución íntegra de los intereses pagados (al amparo de la Sentencia del TJUE de 21 de diciembre de 2016)".

Así, a los efectos de dar respuesta a esta materia planteada, el Tribunal de Luxemburgo comienza diferenciando entre (i) la renuncia al ejercicio de cualquier acción futura y (ii) la renuncia mutua al ejercicio de acciones en el contexto de un pacto cuya finalidad sea resolver una controversia entre las partes (§67)[50]. En este último sentido apuntado se entiende que la cláusula de renuncia puede constituir un elemento esencial del contrato[51], de tal manera que la indicada circunstancia impediría su sometimiento al control de abusividad, en el supuesto de que la incorporación se hubiera producido de forma transparente (§68)[52]. Y a este respecto se declara que "la apreciación del carácter abusivo de una cláusula de un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor debe realizarse en relación con el momento de la celebración de ese contrato, teniendo en cuenta el conjunto de las circunstancias que el profesional podía conocer en ese momento y que podían influir en la ulterior ejecución del contrato, ya que una cláusula contractual puede entrañar un desequilibrio entre las partes que únicamente se manifieste mientras se ejecuta el contrato" (§70)[53].

50 En este sentido, el TJUE declara que: "Asimismo, tal como señaló el Abogado General en los puntos 70 a 73 de sus conclusiones, es preciso distinguir la renuncia a ejercitar acciones judiciales cuando se pacta en el marco de un acuerdo, como una transacción, cuyo objeto es propiamente la solución de una controversia existente entre un profesional y un consumidor, de la renuncia previa al ejercicio de cualquier acción judicial incluida en un contrato celebrado entre un consumidor y un profesional y a la que se refieren los apartados 75 y 76 de la presente sentencia" (§67). Los §75 y §76 expresan que la renuncia previa a ejercitar una acción judicial, que se pacta en el propio contrato celebrado entre empresario y consumidor, es siempre nula, al no resistir el control de contenido, toda vez que, por su naturaleza, siempre va a generar un desequilibrio importante entre las partes (punto1, letra q) del Anexo de la Directiva 93/13/CEE). Diversamente, la renuncia al ejercicio de un derecho puede ser válida, en función de que se acredite la concurrencia de un consentimiento libre e informado.

51 *Cfr.* art. 4.2 de la Directiva 93/13/CEE.

52 Así, el TJUE declara que: "Una cláusula que contemple una renuncia mutua al ejercicio de cualquier acción judicial en el marco de un acuerdo que tenga por objeto la solución de una controversia surgida entre un profesional y un consumidor acerca de la validez de la cláusula de un contrato que vincula a estas dos partes puede constituir el objeto principal del acuerdo en el sentido del artículo 4, apartado 2, de la Directiva 93/13 y, en consecuencia, quedar sustraída de la apreciación de su posible carácter abusivo, siempre que esté redactada de manera clara y comprensible, siendo el juez nacional quien debe llevar a cabo tal examen" (§68).

53 Por su parte, el §69 considera las circunstancias que, según el órgano que eleva la cuestión prejudicial, el prestatario consumidor debería conocer imperativamente a los efectos de que la estipulación que contiene la renuncia resulte transparente, señalando a tal efecto que "el juzgado remitente considera que XZ no obtuvo información suficiente acerca del carácter abusivo de la cláusula «suelo» inicial y de las cantidades a cuyo rembolso hubiera tenido derecho por tratarse de sumas indebidamente satisfechas en virtud de esa cláusula", aunque omitiendo la referencia, también expresada como necesaria por el órgano judicial remitente cual es la necesidad de informar acerca de los derechos a los que renuncia, en definitiva, al ejercicio de las acciones judiciales dirigidas a interesar la declaración de la cláusula y el reintegro de los intereses indebidamente abonados por el prestatario.

Así las cosas, y toda vez que, en el supuesto de hecho, el contrato novatorio se suscribió en el año de 2014, siendo precisamente mediante la STJUE de 21 de diciembre de 2016[54] cuando el Tribunal de Luxemburgo declaró el derecho del prestatario consumidor a la restitución retroactiva de las cantidades previamente desembolsadas, en la resolución que ahora reviso el TJUE declara que (i) "la circunstancia de que la cláusula fuera nula] no se trata de un hecho que constara con certeza, ya que tal carácter abusivo no había sido reconocido por ambas partes del contrato en el marco de un procedimiento judicial" (§72); y (ii) "la situación jurídica en el momento de la celebración del contrato de novación no parecía permitir que Ibercaja Banco supiera que la existencia de una cláusula «suelo» abusiva justificaba la devolución íntegra de las cantidades indebidamente satisfechas en virtud de esa cláusula" (§73). En definitiva, se considera que el profesional no disponía de una información que lo ubicara, al tiempo del contrato novatorio, en posición de privilegio respecto del prestatario consumidor, toda vez que, en el momento del pacto, la cláusula en cuestión no había sido declarada abusiva ni tampoco constaba reconocido el derecho a la devolución retroactiva de las cantidades. Desde la anterior consideración no cabría, pues, calificar de abusiva la actuación de la entidad financiera.

En todo caso, y a los efectos de ponderar el carácter abusivo del pacto por el cual el prestatario consumidor asume la renuncia al ejercicio de las acciones, se deja claro que el juez nacional deberá tomar en consideración: (i) el nivel de certidumbre que existía en el momento de la celebración del contrato de novación en lo referente al carácter abusivo de la cláusula suelo inicial para así determinar el alcance de la información que Ibercaja Banco debía proporcionar al consumidor en virtud de la exigencia de transparencia que le incumbía cuando presentó la cláusula de renuncia a ejercitar acciones judiciales; y (ii) si el consumidor estaba en condiciones de comprender las consecuencias jurídicas que se derivaban para él de tal cláusula (§74)[55]. Por el contrario, el consumidor no puede renunciar con

54 Contra el criterio expresado por nuestro Tribunal Supremo en su Sentencia de 9 de mayo de 2013.

55 Así, la argumentación se cierra declarando que : "En estas circunstancias, corresponde al juzgado remitente apreciar, en primer término, el nivel de certidumbre que existía en el momento de la celebración del contrato de novación en lo referente al carácter abusivo de la cláusula «suelo» inicial para así determinar el alcance de la información que Ibercaja Banco debía proporcionar a XZ en virtud de la exigencia de transparencia que le incumbía cuando presentó la cláusula de renuncia a ejercitar acciones judiciales y, en segundo término, si XZ estaba en condiciones de comprender las consecuencias jurídicas que se derivaban para ella de tal cláusula" (§74). En definitiva, se concluye que incumbe al juez nacional la indagación acerca del nivel de certidumbre concurrente al tiempo de la celebración del contrato, en el año 2014, sobre el carácter abusivo de la cláusula suelo originaria, a los efectos de concretar la específica información que la entidad financiera debió proporcionar al consumidor, averiguando también si el prestatario consumidor reunía las condiciones adecuadas para entender la proyección jurídica del pacto de renuncia. Ciertamente, la respuesta del TJUE deja mucho que desear pues no da solución a la cuestión planteada por el órgano remitente que expresamente le preguntaba si el consumidor debía haber tomado conocimiento sobre los derechos a los que renunciaba mediante la cláusula y también acerca de la cuantificación económica que le iba a suponer su renuncia al ejercicio de las acciones tendentes a declarar la nulidad de la cláusula suelo.

carácter previo al sistema de protección conferido por la Directiva 93/13/CEE (§75 y §76)[56].

Sentado cuanto antecede, el Tribunal de Luxemburgo da la siguiente respuesta, conjunta, a las preguntas tercera y quinta de las planteadas por el Juzgado de Primera Instancia a Instrucción nº 3 de los de Teruel en su cuestión prejudicial, declarando al respecto que "(i) la cláusula estipulada en un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor para la solución de una controversia existente, mediante la que el consumidor renuncia a hacer valer ante el juez nacional las pretensiones que hubiera podido hacer valer en ausencia de esta cláusula, puede ser calificada como «abusiva» cuando, en particular, el consumidor no haya podido disponer de la información pertinente que le hubiera permitido comprender las consecuencias jurídicas que se derivaban para él de tal cláusula; (ii) la cláusula mediante la que el mismo consumidor renuncia, en lo referente a controversias futuras, a las acciones judiciales basadas en los derechos que le reconoce la Directiva 93/13 no vincula al consumidor" (§77 y fallo)[57]. Así, el TJUE viene a declarar que mediante el acuerdo novatorio el prestatario consumidor no puede renunciar a los derechos que de ese mismo pacto surgen, y específicamente no se puede renunciar a combatir la validez de la nueva cláusula suelo, aunque la pregunta concreta del órgano proponente sobre la cual se le pide respuesta no sea la correspondiente a esa respuesta sino la relativa a si la cláusula de renuncia al ejercicio de un derecho existente al tiempo de la perfección del pacto novatorio supera el control de contenido, esto es, si la referida estipulación padece tacha de abusividad.

Conviene considerar que para el Tribunal Supremo la cláusula de renuncia es transparente si se acredita que el prestatario consumidor tiene un conocimiento

56 Literalmente, los §75 y §76 declaran lo siguiente: "Por lo que se refiere, en segundo lugar, a la renuncia de las partes del litigio principal a hacer valer ante los tribunales nacionales sus pretensiones relativas a la nueva cláusula «suelo», es preciso destacar que, tal como el Abogado General señaló en los puntos 43 y 44 de sus conclusiones, un consumidor no puede comprometerse válidamente a renunciar para el futuro a la tutela judicial y a los derechos que le confiere la Directiva 93/13. En efecto, por definición el consumidor no puede comprender las consecuencias de su adhesión a una cláusula de esa naturaleza por lo que se refiere a las controversias que puedan surgir en el futuro (…) Debe recordarse a este respecto que el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13, con arreglo al cual los Estados miembros establecerán que no vincularán al consumidor, en las condiciones estipuladas por sus Derechos nacionales, las cláusulas abusivas que figuren en un contrato celebrado entre este y un profesional, tiene carácter imperativo (véase, en este sentido, la sentencia de 21 de diciembre de 2016, Gutiérrez Naranjo y otros, C-154/15, C-307/15 y C-308/15, EU:C:2016:980, apartado 55). Pues bien, admitir la posibilidad de que el consumidor renuncie previamente a los derechos que le confiere el sistema de protección establecido por dicha Directiva sería contrario al carácter imperativo del citado precepto y pondría en peligro la eficacia de este sistema".

57 Realmente el TJUE, con la trascrita solución, no da respuesta precisa a las cuestiones concretas que el órgano judicial remitente le plantea en la pregunta tercera pues, respecto a si el prestamista debe informar al prestatario sobre lo que se renuncia, únicamente indica que se le debe informar acerca de las "*consecuencias jurídicas*" que se siguen del pacto de renuncia en tanto que, con precisa referencia a si el predisponente debe informar sobre el montante exacto que cuantifica la renuncia del prestatario consumidor, nada expresa en este apartado, aunque sí lo haga en el §55, aunque sólo para precisar la exigencia de que se informe al prestatario consumidor acerca de las cantidades que ha desembolsado en concepto de amortización del préstamo -en las que se incluyen las derivadas de la aplicación de la cláusula suelo-, así como del importe que hubiera tenido que pagar de no haberse aplicado la referida estipulación.

inequívoco de que, a consecuencia de dicha estipulación, se verá impedido para ejercitar cualquier acción dirigida a obtener la declaración de abusividad de la cláusula suelo incluida en el contrato original, resultando suficiente a tal efecto, para que la cláusula se considere válida, que el consumidor tome conocimiento de esta circunstancia[58].

V. INCIDENCIA DE LA DOCTRINA DEL TJUE SOBRE EL CRITERIO DEL TS.

Revisada la STJUE 9 julio 2020, cabría concluir que el Tribunal de Luxemburgo nuevamente traslada a los órganos judiciales nacionales el enjuiciamiento específico de la categoría de supuestos considerados, si bien concede algún fundamento que pudiera auspiciar perspectivas favorables para los consumidores, y tal vez, aunque desde una perspectiva diferente, también para las entidades financieras.

En todo caso, de la doctrina expuesta por el Tribunal Europeo cabe deducir la posibilidad de renunciar al ejercicio de las acciones dirigidas a reclamar judicialmente los importes desembolsados con fundamento en la cláusula suelo concertada al tiempo de la perfección del primigenio contrato, si es que la renuncia resultó expresada desde el conocimiento por parte del consumidor de sus reales consecuencias económicas y jurídicas, circunstancia variable en función de, entre otras circunstancias, el momento en el que resultó concertada y de la información proporcionada por la entidad financiera. Asimismo, por otra parte, debe descartarse la renuncia a futuro respecto de las acciones que se derivan del contenido del pacto novatorio, lo que implica que la incorporación de una cláusula abusiva en dicho acuerdo, resulte determinante de que la renuncia ejercitada en cuanto a las posibles acciones relacionadas con dicha estipulación y con el propio contrato deba ser reputada nula.

Sin perjuicio de lo expuesto, habrá que esperar a que nuestro Tribunal Supremo se pronuncie sobre la materia, si bien actualmente entiendo que es

58 En este sentido, conviene recordar que la doctrina sentada en la STS 11 abril 2018, conduce a concluir que para que las cláusulas del pacto novatorio (transaccional) se reputen válidas, el prestatario consumidor debe conocer, antes de su perfección, las consecuencias económicas y jurídicas del mismo, lo que se traduce, en el caso concreto, en que el prestatario debe tomar conocimiento de las siguientes circunstancias: (i) rebaja del suelo al 2'25%; (ii) imposibilidad de debatir judicialmente en el futuro la validez de la cláusula suelo contenida en el contrato original; (iii) realidad de que el préstamo original tenía una cláusula suelo; (iv) incidencia del suelo en el tipo de interés variable aplicable al préstamo; y (v) posible nulidad de esa cláusula suelo por falta de transparencia. Debe precisarse que de entre las referencias precedentes sólo resulta específicamente atinente a la cláusula de renuncia la relativa a la imposibilidad de debatir judicialmente en el futuro la validez de la cláusula suelo contenida en el contrato original, pues las demás se vinculan con la nueva cláusula relativa a los intereses remuneratorios. Por su parte, el voto particular contenido en la STS 11 abril 2018 argumenta precisamente lo contrario, al considerar que la entidad financiera incumplió con el deber de transparencia y, en consecuencia, el pacto novatorio debe concluirse nulo. A tal efecto se expresa que "*la cláusula de renuncia de acciones se le presenta al consumidor de un «modo inocuo», sin ninguna suerte de carga económica o sacrificio patrimonial por su parte, ni de carga jurídica en detrimento de los derechos inherentes a su condición de consumidor*" (*Cfr.* F.Jco 2º, ap. 4). Posición ésta segunda que se presenta como más razonablemente defendible por ser acorde con el artículo 4.2 de la Directiva 93/13/CEE que exige que, con carácter previo a la contratación, el prestatario tome conocimiento de los efectos jurídicos y económicos de la cláusula de renuncia, exigencia, no obstante, no contemplada por la STS 11 abril 2018.

posible afirmar que con esta resolución el TJUE sólo aparentemente ha vuelto a rectificar a nuestro Alto Tribunal, dejando, en todo caso, abierto el final de esta historia.

En efecto, como quedó explicado, la doctrina consolidada por la última jurisprudencia del Tribunal Supremo (SSTS 11 abril 2018 y 13 septiembre 2018) enderezó la previamente expuesta en la Sentencia de 16 octubre 2017, por la que se disponía que, por aplicación de la disposición contenida en el artículo 1208 del Código Civil, al contrato novatorio sobre la cláusula suelo le alcanzaba la previamente declarada nulidad de la cláusula original, concluyendo la validez de estas convenciones, a las que por ser calificadas de transacción no les resultaba aplicable el precepto precitado, siempre y cuando las mismas superaran el control de transparencia (STS 11 abril 2018), señalando que el pacto novatorio era válido y quedaba excluido del control de transparencia y abusividad cuando constara acreditado que sus cláusulas habías sido negociadas individualmente (STS 13 septiembre 2018).

En este sentido, la STJUE 9 julio 2020 armoniza en esencia con la doctrina expuesta, sin alterarla sustancialmente, aunque aporte consideraciones de interés que la puntualizan, tales como la ponderación por parte del juez nacional relativa a la probabilidad de que la cláusula suelo inicial pudiera ser tachada de nulidad, así como respecto de la certidumbre en orden a la posibilidad de recuperar los importes en su virtud indebidamente abonados; la posibilidad que asiste al prestatario consumidor que expresa un consentimiento válido, esto es, consciente e informado, en orden a excluir las consecuencias de la declaración de nulidad de una estipulación; la valoración, tanto de la expresión manuscrita del puño y letra del prestatario como del concurrente criterio generalizado de la entidad financiera en orden a la renegociación de los contratos de préstamo hipotecarios previamente concertados dirigida a evitar pleitos futuros, como indicios de que el prestatario no participó necesariamente en la negociación que, en consecuencia, cabe entender como no individualizada; la innecesariedad de la precisa información respecto del concreto importe renunciado (por entenderse que su determinación se encuentra al alcance de cualquier consumidor conocedor de los tipos previos del índice de referencia, comunicados en las liquidaciones de cada cutos) a los efectos de la superación del control de trasparencia; o la hipótesis de superación del control de transparencia del pacto novatorio referida al acreditado (por comunicarse con cada una de las liquidaciones de amortización del préstamo) conocimiento específico de los tipos previos del índice de referencia.

LA NUEVA OPORTUNIDAD DE LA HIPOTECA INVERSA*

THE NEW OPPORTUNITY OF THE REVERSE MORTGAGE

Rev. Boliv. de Derecho Nº 31, enero 2021, ISSN: 2070-8157, pp. 160-207

* Este trabajo se enmarca en el ámbito del Proyecto DER2017-86292-P, financiado por el FEDER/Ministerio de Ciencia e Innovación y la Agencia Estatal de la Investigación "La superación del modelo tradicional de garantía real: ¿Un proceso ineludible?", dirigido por Galicia Aizpurua, G. H.

Ana Suyapa
FERNÁNDEZ-
SANCHO
TAHOCES

ARTÍCULO RECIBIDO: 9 de octubre de 2020
ARTÍCULO APROBADO: 13 de noviembre de 2020

RESUMEN: La hipoteca inversa se trata de un crédito o préstamo garantizado con una hipoteca que recae sobre la vivienda habitual del solicitante, concedido de una sola vez, o a través de prestaciones periódicas, a una persona que debe ser mayor de una determinada edad o acreditar un grado de discapacidad o dependencia, no siendo exigible su devolución hasta el momento de su fallecimiento.

Ante las dudas que está planteando el futuro de la pensión pública y la concentración del ahorro en inmuebles de los españoles, la hipoteca inversa vuelve a ponerse encima de la mesa como una alternativa viable para complementar una pensión pública con escasa revalorización, ante el aumento de la esperanza de vida y de los gastos tras la jubilación.

PALABRAS CLAVE: Hipoteca; hipoteca inversa; garantía; préstamo; vivienda; jubilación.

ABSTRACT: *The reverse mortgage is a credit or loan guaranteed by a mortgage that falls on the applicant's habitual residence, granted at once, or through periodic benefits, to a person who must be over a certain age or prove a degree of disability or dependency, and is not due until the time of death.*

In view of the doubts that the future of the public pension is raising and the concentration of savings in Spanish property, the reverse mortgage is once again being put on the table as a viable alternative to complement a public pension with little revaluation, in view of the increase in life expectancy and expenses after retirement.

KEY WORDS: *Mortgage; reverse mortgage; guarantee; loan; housing; retirement.*

SUMARIO.- I. ANTECEDENTES DE LA HIPOTECA INVERSA.- II. LA IMPLANTACION DE LA HIPOTECA INVERSA EN NUESTRO ORDENAMIENTO.- III. REGIMEN JURIDICO DE LA HIPOTECA INVERSA.- 1. Concepto de hipoteca inversa.- 2. Finalidad.- 3. Requisitos personales.- 4. Entidades concedentes.- 5. Protección al cliente. Régimen especial de transparencia y protección.- A) Oferta vinculante.- B) El asesoramiento independiente.- C) La entrega de la ficha de información personalizada.- 6. Vencimiento anticipado.- 7. Cierre del crédito y vencimiento de la cuenta. Régimen de los intereses.- 8. Cancelación de la cuenta.- 9. Bienes hipotecables.- A) Hipoteca inversa de vivienda habitual.- a) Beneficios económicos y fiscales.- b) Tasación.- B) Hipoteca inversa de bienes inmuebles distintos de la vivienda habitual.- IV. MODALIDADES.- 1. Hipoteca inversa simple.- 2. Hipoteca inversa combinada con un seguro de rentas vitalicias diferidas.- V. OTROS PRODUCTOS DE CONVERSIÓN DE ACTIVOS INMOBILIARIOS AFINES A LA HIPOTECA INVERSA.- 1. Vivienda pensión (venta con reserva de usufructo o venta de nuda propiedad).- 2. Contrato de renta vitalicia.- 3. Transformación de la vivienda en una renta vitalicia asegurada.- 4. El contrato de alimentos.- VI. REFLEXIONES FINALES.- 1. La oportunidad de la hipoteca inversa.- 2. Medidas a adoptar para potenciar la hipoteca inversa como mecanismo complementario al sistema de pensiones

I. ANTECEDENTES DE LA HIPOTECA INVERSA.

En España, la hipoteca inversa es un producto relativamente reciente cuya finalidad es que el solicitante pueda obtener liquidez de la propiedad inmueble para complementar las ayudas públicas que recibe (por ejemplo, las pensiones o las ayudas destinadas a la dependencia).

La devolución de las rentas percibidas está garantizada con un derecho real de hipoteca, que sólo será ejecutable, en principio, a su fallecimiento.

De ahí la denominación (heredera de la terminología norteamericana-*reverse mortgage*) de "inversa", que pretende reflejar que el beneficiario, a diferencia de las hipotecas tradicionales, recibe mensualmente una cantidad de dinero durante el plazo pactado.

La hipoteca inversa tiene su origen en el mercado financiero anglosajón de los años 60. En esos años algunas entidades financieras comenzaron a ofrecer

• Ana Suyapa Fernández-Sancho Tahoces
Profesora Agregada de Derecho Civil y Derecho Civil Vasco en la Universidad del País Vasco (UPV/EHU). Licenciada en Derecho por la Universidad Complutense de Madrid. Beca de Investigación Predoctoral del Gobierno Vasco. Doctora en Derecho por la Universidad del País Vasco. Beca de Investigación Postdoctoral del Gobierno Vasco. Autora de una monografía sobre Las donaciones por razón de matrimonio en el Código Civil. Autora asimismo de diversos artículos, capítulos de libros y comentarios jurisprudenciales. Un sexenio de investigación reconocido. Participación en diversos Proyectos de Investigación, tanto de convocatorias nacionales (MEC), como autonómicas (Gobierno Vasco, Vicerrectorado de Investigación de la Universidad del País Vasco). Amplia experiencia docente evaluada positivamente en grado y postgrado. Presentación de varias comunicaciones a congresos nacionales e internacionales e impartición de conferencias destinadas a alumnos, juristas y profesionales del Derecho. Correo electrónico: anasuyapa.fernandezsancho@ehu.eus.

productos de renta vitalicia destinados a clientes que querían complementar sus pensiones en mercados como el de Reino Unido y en los EEUU[1].

La regulación de la hipoteca inversa en nuestro país ha tomado como referencia esos dos ordenamientos en los que lleva más tiempo implantada. Su particularidad es que se trata de un préstamo garantizado con hipoteca cuya duración viene determinada por la vida del deudor, de tal manera que la deuda no es exigible, ni la garantía ejecutable, hasta el fallecimiento del deudor.

La regulación española coincide con ellos en el planteamiento y finalidad a la que está dirigida esta figura, que es la transformación de la riqueza inmobiliaria en dinero mediante un préstamo o crédito hipotecario, aunque en el desenvolvimiento posterior de la figura en el tráfico presentan algunas diferencias.

II. LA IMPLANTACION DE LA HIPOTECA INVERSA EN NUESTRO ORDENAMIENTO.

Esta figura fue regulada en nuestro ordenamiento por primera vez en la Disposición Adicional Primera de la Ley 41/2007, de 7 de diciembre, por la que se modifica la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de Regulación del Mercado Hipotecario y otras normas del sistema hipotecario y financiero, de regulación de las hipotecas inversas y el seguro de dependencia y por la que se establece determinada norma tributaria, cuyos apartados 2 y 1.a) (que regulan los aspectos subjetivos de la hipoteca inversa), fueron modificados por la Ley 5/2015, de 27 de abril, de Fomento de la Financiación Empresarial, y por la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social, respectivamente.

No obstante, la hipoteca inversa ya estaba presente en la práctica bancaria antes de la promulgación de la Ley 41/2007. Las entidades de crédito exigían el cumplimiento de una serie de requisitos, por ejemplo, el solicitante debía tener más de 70 años de edad y residir habitualmente en una vivienda de su propiedad (sin cargas), la cual debía ser objeto de tasación y estar situada en una zona urbana.

Aunque no existen estadísticas sobre hipotecas inversas, se considera que el desarrollo de este producto en España desde la entrada en vigor de la referida ley en 2007, ha sido muy marginal[2].

1 Un estudio de estos sistemas puede verse en Simón Moreno, H.: *La optimización de la hipoteca inversa desde la perspectiva europea y norteamericana*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pp. 176 a 218, y 233 a 255. También se ocupa de los mismos, Sánchez-Ventura Morer, I.: *La hipoteca inversa en el derecho español*, Civitas, 2013, pp. 93 a 132 y 135 a 177

2 Vid. Domínguez, I. y Ayuso, M.: Informe FEF "Sector asegurador: Impacto de las tendencias macroeconómicas y demográficas", 2018, disponible en https://www.inmoley.com/NOTICIAS/1812345/2018-1-inmobiliario-urbanismovivienda/inmoley-hipoteca-inversa.pdf (Consulta 1 octubre 2020)

En un primer momento fueron las cajas de ahorros las que lideraron e impulsaron la comercialización de la hipoteca inversa gracias a la función social que estaban llamadas a cumplir.

La situación económica y el desplome del mercado de la vivienda durante los peores años de la crisis, además del proceso de reestructuración bancario que se inició en 2010 (y que dejó al mercado sin los proveedores naturales de este producto hipotecario que después los bancos rechazaron, como es el caso del BBVA, que dejó de comercializarlas en 2013), motivaron la práctica desaparición de la hipoteca inversa del sector financiero español[3].

Más recientemente, y tras las últimas recomendaciones del Banco de España a las entidades financieras a explorar este producto como un complemento al sistema de pensiones[4], es la empresa de servicios asistenciales Óptima Mayores de la mano del banco portugués BNI la que ha liderado el mercado[5] y Bankinter ya ha anunciado su interés en ofertar este producto próximamente[6]. También Grupo Retiro y Catalana Occidente las comercializan en la actualidad[7].

Caser ha lanzado también una hipoteca inversa asumida por la propia aseguradora. Mapfre estudia con sus socios Bankia, Santander y Bankinter, el lanzamiento de estos productos[8]. Otras entidades aseguradoras como Vidacaixa o Santa Lucía, se plantean asimismo lanzar hipotecas inversas. Por último, algunas

3 Vid. Simón Moreno, H.: *La optimización de la hipoteca inversa,* cit., pp. 18 y 19.

4 Vid. La Vanguardia, "El banco de España anima a potenciar las hipotecas inversas" disponible en https://www.lavanguardia.com/economia/20191014/47952730670/vivienda-hipotecas-jubilacion-pensiones-banco-de-espana.html (Consulta 1 octubre 2020)
Dicha noticia se hace eco de las recomendaciones contenidas en el *Informe anual del Banco de España*, Capítulo 4, "Consecuencias económicas de los cambios demográficos", 2018, disponible en https://repositorio.bde.es/handle/123456789/10080 (Consulta 1 octubre 2020)
Donde se indica la necesidad de fomentar productos que permitan obtener liquidez de la riqueza inmobiliaria: "La alta tasa de propiedad de vivienda principal y la ausencia de desahorro en vivienda tras la jubilación sugieren que existen otros factores que influyen en los patrones de ahorro de los hogares españoles. Entre otras posibilidades, cabe destacar el deseo de dejar la vivienda principal como herencia, la presencia de un motivo de precaución que desaconseje vender la vivienda principal para alquilar otra o la ausencia de productos financieros -como las hipotecas inversas-, que permitan hacer líquida la riqueza inmobiliaria acumulada".

5 Vid. El Confidencial, "Alianza de Bni y Óptima Mayores. Un banco portugués lanza la primera oferta de hipotecas inversas en España" https://www.elconfidencial.com/empresas/2018-11-28/bni-optima-banco-portugues-hipoteca-inversa_1669474/ (Consulta 1 octubre 2020)

6 Vid. El Economista, "Bankinter, primera entidad que abre la puerta a vender hipotecas inversas", en https://www.eleconomista.es/empresas-finanzas/noticias/9927763/06/19/Bankinter-primera-entidad-que-abre-la-puerta-a-vender-hipotecas-inversas.html (Consulta 1 octubre 2020)

7 Vid, a este respecto, https://www.seguroscatalanaoccidente.com/blog/hipoteca-inversa-vitalicia/ https://www.gruporetiro.com/hipoteca-inversa/?gclid=CjwKCAjw3-bzBRBhEiwAgnnLCkOwCUvKochcHF8_U5IiMRYUwZcJYivXLni0F9m3MLigrcp6AIYSqRoCKbwQAvD_BwE (Consulta 1 octubre 2020)

8 Vid. Expansión, "El Banco de España dice que falta regulación para la hipoteca inversa", en https://www.expansion.com/empresas/banca/2019/09/26/5d8bc1e2e5fdeaa14f8b45a6.html (Consulta 1 octubre 2020)

entidades aunque no las publicitan, pueden llegar a ofrecerlas como una solución para sus clientes[9].

Tanto entidades aseguradoras como el Banco de España coinciden en afirmar la necesidad de una mayor regulación que permita ofrecer este producto con las máximas garantías. Cuestión ésta sobre la que se volverá más adelante, cuando se hable de las medidas a adoptar para fomentar el desarrollo de este producto.

III. REGÍMEN JURÍDICO DE LA HIPOTECA INVERSA.

Por un lado, las disposiciones que regulan el producto y sus requisitos, contenidas en la Disposición Adicional primera de la Ley 41/2007, de 7 de diciembre, por la que se modifica la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de Regulación del Mercado Hipotecario y otras normas del sistema hipotecario y financiero, de regulación de las hipotecas inversas y el seguro de dependencia y por la que se establece determinada norma tributaria.

En cuanto a su régimen de transparencia y comercialización, la hipoteca inversa tiene un régimen específico de protección recogido en la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, en su nueva redacción dada por la Orden ECE/482/2019, de 26 de abril, que introduce un nuevo capítulo II bis aplicable a las hipotecas inversas[10].

Según la Exposición de motivos de esa reciente Orden, esa modificación se debe a que parte de su régimen estaba basado en remisiones a disposiciones de la Orden que regulaban los préstamos hipotecarios y que ahora han perdido vigencia con la aprobación de la Ley 5/2019, de 15 de marzo, que no se aplica a las hipotecas inversas, y de ese modo eliminar cualquier atisbo de inseguridad jurídica[11].

9 Vid. Lezaun, M.: "¿Vuelve la hipoteca inversa?", *Escritura Pública*, julio-agosto 2019, p. 55.
Vid. Asimismo Expansión, "Las aseguradoras piden que se regule la hipoteca inversa" disponible en https://www.expansion.com/empresas/banca/2020/01/18/5e23360fe5fdeade348b4604.html (Consulta 1 octubre 2020).

10 Así, el art. 32 septies, que encabeza ese nuevo capítulo II bis, se refiere al ámbito de aplicación de la orden de 28 de octubre de 2011 en su nueva redacción tras la reforma de 26 de abril de 2019, en los siguientes términos: "Las hipotecas inversas comercializadas en España conforme a lo previsto en la disposición adicional primera de la Ley 41/2007, de 7 de diciembre, por la que se modifica la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de Regulación del Mercado Hipotecario y otras normas del sistema hipotecario y financiero, de regulación de las hipotecas inversas y el seguro de dependencia y por la que se establece determinada norma tributaria se regirán por este capítulo, así como por lo previsto en el título I, el artículo 24, el capítulo I y las secciones 3.ª y 4.ª del capítulo II del título III".

11 Ciertamente, la reciente Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario, en su art. 2.4.f) excluye expresamente a la Hipoteca Inversa de su ámbito de aplicación: Art 2.4 LCCI: "Esta Ley no será de aplicación a los contratos de préstamo:
f) hipoteca inversa en que el prestamista:
(i)desembolsa un importe a tanto alzado o hace pagos periódicos u otras formas de desembolso crediticio a cambio de un importe derivado de la venta futura de un bien inmueble de uso residencial o de un derecho relativo a un bien inmueble de uso residencial, y
(ii)no persigue el reembolso del préstamo hasta que no se produzcan uno o varios de los acontecimientos previstos en la disposición adicional primera de la Ley 41/2007, de 7 de diciembre, salvo incumplimiento del prestatario de sus obligaciones contractuales que permita al prestamista la rescisión del contrato de

Ese régimen especial de protección incluye su propia ficha de información precontractual (FIPRE) y su propia ficha de información personalizada (FIPER), dadas sus características singulares respecto a los préstamos hipotecarios, al combinar un elemento de préstamo con otro de renta vitalicia basada en un cálculo actuarial.

En cuanto a su vencimiento y ejecución, habría que remitirse a la ley de Enjuiciamiento Civil y a las disposiciones de la Ley Hipotecaria.

1. Concepto de hipoteca inversa.

La definición de hipoteca inversa es simple: se trata de un crédito o préstamo garantizado con una hipoteca que recae sobre la vivienda habitual (también sobre otras viviendas -hipoteca inversa "atípica"[12]-, pero sin los beneficios fiscales y reducciones arancelarias previstos en la Disposición adicional primera de la citada ley) concedido, de una sola vez, o a través de prestaciones periódicas, a una persona que debe ser mayor de una determinada edad —a partir de 65 años— o acreditar un grado de discapacidad (igual o superior al 33 %) o dependencia (dependencia severa o gran dependencia), no siendo exigible su devolución hasta el momento de su fallecimiento[13]. A la inversa de lo que ocurre en una hipoteca normal, la deuda no va disminuyendo con el tiempo, sino que va aumentando hasta que un tercero —los herederos del inmueble— opta por asumirla como propia, en caso de interesarle mantener la propiedad del inmueble[14].

Una definición oficial que explica cómo funciona la hipoteca inversa puede encontrarse en la exposición de motivos de la Ley 41/2007, de 7 de diciembre, donde se refiere a la hipoteca inversa como «un préstamo o crédito hipotecario del que el propietario de la vivienda realiza disposiciones, normalmente periódicas,

préstamo".
Esta ley contiene normas de transparencia y de conducta que imponen obligaciones a los prestamistas e intermediarios de crédito, así como a sus representantes designados, completando y mejorando el marco existente en la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre y la Ley 2/2009, de 31 de marzo, por la que se regula la contratación con los consumidores de préstamos o créditos hipotecarios y de servicios de intermediación para la celebración de contratos de préstamo o crédito.

12 Según la *Guía de acceso a la Hipoteca Inversa*, Banco de España, segunda edición, 2017, p. 9 hipoteca inversa "atípica" es "aquella hipoteca inversa en la que no se cumplen los requisitos de edad, dependencia o grado de discapacidad, la vivienda no es la habitual o no es concedida por entidades de crédito o entidades aseguradoras, es decir, no cumplen con los requisitos de la Ley 41/2007. Tendrá la consideración de hipoteca inversa, pero no le serán de aplicación los beneficios fiscales y las reducciones arancelarias previstos en la citada ley", en https://www.bde.es/f/webbde/Secciones/Publicaciones/Folletos/Ficheros/GUIA.pdf (Consulta 1 octubre 2020)

13 Tal y como pone de manifiesto Serrano De Nicolás, A.: "Régimen jurídico de la hipoteca inversa", *Revista de Derecho Privado*, núm. 92, 2008, p. 36, no es exacta, al menos cuando se trata de la hipoteca inversa de la vivienda habitual, la afirmación hecha en la exposición de motivos de la ley de que la exigibilidad «se produce normalmente de una vez cuando fallece el propietario» dado que la DA 1.ª. n.º 1. c) precisa imperativamente que «la deuda sólo sea exigible por el acreedor y la garantía ejecutable cuando fallezca el prestatario».

14 *Guía de acceso a la Hipoteca Inversa*, Banco de España cit., p. 11.

aunque la disposición pueda ser de una sola vez, hasta un importe máximo determinado por un porcentaje del valor de la tasación en el momento de la constitución. Cuando se alcanza dicho porcentaje, el mayor o dependiente deja de disponer de la renta y la deuda sigue generando intereses. La recuperación, por parte de la entidad, del crédito dispuesto más los intereses se produce normalmente de una vez cuando fallece el propietario, mediante la cancelación de la deuda por los herederos o la ejecución de la garantía hipotecaria por parte de la entidad de crédito».

Esta previsión del Preámbulo de la Ley no parece tener refrendo legal expreso en el articulado de la norma, pero los términos en que se expresa el apartado 1.b) de la Disposición Adicional Primera, dejan cierto margen a la duda. Este precepto se refiere al requisito de que el deudor disponga del «importe» del préstamo o crédito mediante disposiciones periódicas o únicas. A este respecto puede plantearse el interrogante de si la palabra importe está haciendo referencia al «importe máximo» del préstamo, alcanzado el cual no tendrá derecho el deudor a percibir más rentas.

Por ese motivo se critica la escasa claridad con la que se ha conceptuado la figura, sobre todo por lo que afecta a un elemento tan básico para su constitución como es la seguridad con la que ha de contar el prestatario de seguir percibiendo las rentas si, una vez superado el montante máximo del crédito concedido, vive más de lo inicialmente calculado.

Lo deseable hubiese sido que este carácter aleatorio del negocio quedara perfectamente identificado y definido por la Ley.

El legislador podría haberlo dispuesto así expresamente, conduciendo a las entidades crediticias a concertar el correspondiente seguro para garantizar el pago vitalicio de la renta; o, caso contrario, exponer claramente las consecuencias desfavorables que para la persona mayor tendría no concertar un seguro de renta vitalicia[15].

Sobre esta cuestión se volverá más adelante, al hablar de las modalidades de hipoteca inversa.

2. Finalidad.

Con esta fórmula hipotecaria, tal y como se recoge en la exposición de motivos de la ley, se trata de conseguir un específico objetivo social: satisfacer el incremento de necesidades de renta durante los últimos años de la vida de

15 Vid. Zurita Martín, I.: "La nueva normativa reguladora de la hipoteca inversa", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 707, mayo-junio 2008, pp. 1286 y 1287.

una persona, haciendo líquido el valor de la vivienda (u otro inmueble) del que constituye la hipoteca. Ello permite a las personas mayores utilizar su patrimonio inmobiliario, en todo o en parte, para aumentar su renta, lo cual, en el pensamiento del legislador, ofrece un gran potencial de generación de beneficios económicos y sociales. Porque la posibilidad de disfrutar en vida del ahorro acumulado en la vivienda aumentaría enormemente la capacidad para suavizar el perfil de renta y consumo a lo largo del ciclo vital, con el consiguiente efecto positivo sobre el bienestar.

3. Requisitos personales.

En virtud de la Disposición adicional primera 1 a), El solicitante de esta hipoteca y los beneficiarios que pueda designar han de ser personas de edad igual o superior a 65 años o afectadas de dependencia severa o gran dependencia.

La Ley permite que la persona solicitante de la hipoteca inversa y las beneficiarias de la misma sean distintas. Pero ambas han de reunir alguna de las especiales exigencias legales: o haber cumplido los 65 años o estar afectadas de dependencia severa o gran dependencia. Para determinar la existencia de alguna de estas últimas, habrá que estar a las disposiciones de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia.

Como puede verse, esta normativa tiene en mente la figura del solicitante individualmente, sin pensar en los diversos supuestos que pueden plantearse, como la existencia de comunidades de gananciales o la posibilidad de que existan dos o más solicitantes.

Asimismo, la falta de una limitación numérica y de parentesco en la designación de beneficiarios puede ser fruto de conflictos con los futuros herederos y suponer una desviación de la concepción originaria del supuesto de hecho típico que origina la contratación de estos préstamos hipotecarios[16].

Por otra parte, el establecimiento de una edad mínima para la contratación de la hipoteca, 65 años, tanto para el solicitante como para el beneficiario, puede suponer una barrera en el caso de matrimonios en que uno de los cónyuges sea menor de 65 años.

16 Vid. Luque Jiménez, M. C.: "Una nueva modalidad de hipoteca: la hipoteca inversa", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 711, 2009, pp. 221 a 223.
En el mismo sentido, Simón Moreno, H.: *La optimización de la hipoteca inversa,* cit., p. 265.

Asimismo se cuestiona, dado el carácter de protección social de la norma, la no extensión del ámbito subjetivo a cualquier situación de dependencia[17].

4. Entidades concedentes.

Sólo pueden otorgar estos préstamos o créditos bajo la forma de hipoteca inversa las entidades de crédito (bancos y cajas de ahorro, fundamentalmente) y las entidades aseguradoras autorizadas para operaciones en España, y estas últimas con los límites, requisitos o condiciones que les imponga su normativa sectorial (Disposición adicional primera núm. 2).

Pero incluso entidades de crédito extranjeras siempre que estén acreditadas ante el Banco de España por estar inscritas en el Registro Oficial de Entidades.

Asimismo, tras la aprobación de la ley 2/ 2009, de 31 de marzo, por la que se regula la contratación con los consumidores de préstamos o créditos hipotecarios y de servicios de intermediación para la celebración de contratos de préstamo o crédito, las entidades allí mencionadas también puedan conceder hipotecas inversas de acuerdo con lo dispuesto en la Ley 41/2007[18]. Esta Ley es de aplicación a la concesión de préstamos o créditos hipotecarios y a la intermediación o asesoramiento en la concesión de préstamos o créditos. Desde un punto de vista subjetivo se limita a las empresas que no sean entidades de crédito.

5. Protección al cliente. Régimen especial de transparencia y protección.

Como especial medida de protección a los solicitantes de estas hipotecas, la Ley dispone que las entidades concedentes deberán suministrar servicios de asesoramiento independiente, teniendo en cuenta la situación financiera del solicitante y los riesgos económicos derivados de la suscripción de este producto (Disposición Adicional Primera núm. 4).

Esta especial protección tiende a evitar que quienes constituyan la hipoteca inversa sobre inmuebles de su propiedad y especialmente cuando se trate de la vivienda habitual, desconozcan los efectos propios de la misma, consistentes esencialmente en trasladar a los herederos la obligación de reintegro a la entidad acreedora de las cantidades dispuestas por el beneficiario, más sus intereses y gastos.

17 Vid. Zurita Martín, I.: "La nueva normativa reguladora de la hipoteca inversa" cit., pp. 1284 y 1315; y Quesada Sánchez, A. J.: "La hipoteca inversa: ¿una opción realmente atractiva?", *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, núm. 81, 2009, p. 141.

18 Vid. Sánchez-Ventura Morer, I.: *La hipoteca inversa en el Derecho español* cit., p. 233.

A) Oferta vinculante.

La primera medida de protección que prevé la Orden EHA/2899/2011 es la entrega al prestatario de una oferta vinculante por parte de la entidad de crédito, que tiene carácter imperativo (art. 32 undecies). Dicha oferta se facilitará mediante una Ficha de Información Personalizada (FIPER, Anexo IV de la Orden) con dos disposiciones añadidas: el hecho de que se trata de una oferta vinculante y su plazo de vigencia, que no podrá ser inferior a catorce días naturales desde su fecha de entrega.

Sin embargo, dicha Orden no requiere que la oferta se facilite con una antelación suficiente a la firma del contrato, lo que puede dar lugar a malas prácticas bancarias.

Ello a diferencia de lo que ocurre con el resto de préstamos hipotecarios, a los que es aplicable el art.14 de la Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario, que introduce como novedad la obligación del banco de entregar una Ficha Europea de Información Normalizada (FEIN) que tiene la consideración de oferta vinculante, con un plazo mínimo de antelación de 10 días a la firma del contrato.

De hecho, el propio Banco de España ha recibido reclamaciones referentes a hipotecas inversas en las que el cliente no sólo ponía de manifiesto que la entidad bancaria no había dado una respuesta adecuada a sus distintos requerimientos de información sobre la disponibilidad de las cantidades, las comisiones y los gastos por desistimiento de la hipoteca inversa, sino también que la entrega de la oferta vinculante aparecía fechada el mismo día de la firma de la escritura pública.

Y ello a pesar de que el art. 30.2 de la Orden EHA/ 2899/ 2011 prevé que el cliente tiene derecho a examinar el proyecto de escritura pública de formalización del préstamo hipotecario en el despacho del notario al menos durante los tres días hábiles anteriores a su otorgamiento, de lo que cabe deducir, como apunta el Banco de España, que la oferta vinculante deba conocerse por el cliente con, al menos, la misma antelación[19].

B) El Asesoramiento Independiente.

La segunda medida de protección prevista en la contratación de hipotecas inversas es la prestación obligatoria de un servicio de asesoramiento independiente, que no es obligatorio en el resto de préstamos hipotecarios (Disposición adicional primera núm. 4).

19 Vid. Simón Moreno, H.: *La optimización de la hipoteca inversa,* cit., pp. 136 y 137.

Esta previsión debe relacionarse con el art. 10 de la Orden EHA/2899/ 2011, que establece, en relación al contrato de servicio bancario de asesoramiento, el deber de actuar de las entidades en el mejor interés del cliente, basándose en un análisis objetivo y suficientemente amplio de los servicios bancarios disponibles en el mercado, y considerando tanto la situación personal y financiera del cliente como sus preferencias y objetivos. Todo ello dará lugar a una recomendación personalizada. Sobre esta previsión pueden realizarse diferentes consideraciones.

La primera es si la entidad de crédito que asesora a un cliente ofrecerá información sobre otras hipotecas inversas presentes en el mercado que se adecúan mejor a sus circunstancias personales y que, por lo tanto, se comercializan por otras entidades (lo que de hecho exige el art. 10.1 Orden EHA/ 2899/ 2011).

Y la segunda es en qué medida el empleado de la entidad (o un empleado designado *ad hoc)* puede asesorar de manera independiente al cliente interesado en contratar una hipoteca inversa al ser juez y parte en la comercialización de este producto hipotecario[20].

La realidad nos muestra que los empleados de la banca adoptan un rol comercial a la hora la ofrecer sus productos financieros a sus clientes sin tener la formación teórica necesaria.

Esto es, los empleados asesoran a los clientes sobre la contratación de uno o varios productos sin conocer realmente sus implicaciones jurídicas y económicas. A todo ello cabe añadir que los empleados trabajan por objetivos, lo que implica una cierta necesidad por "vender" los productos a los clientes con una correlativa disminución en sus labores de asesoramiento.

En efecto, en los últimos años se ha pasado de atender las necesidades de los clientes a atender únicamente las necesidades de la propia banca. Este hecho también ha afectado a la provisión de información precontractual.

Así, en la jurisprudencia encontramos ejemplos de malas prácticas bancarias en relación a la comercialización de hipotecas inversas, por ejemplo, la resolución del contrato de hipoteca inversa firmado en 2009 con Bancaja por una anciana de 82 años de edad, afectada de una discapacidad, que le impedía saber y entender el acto que estaba firmando (SAP Girona 17 octubre 2012[21]).

En el caso de la SAP Salamanca 11 octubre 2012[22], se falla en contra de la entidad aseguradora CXG Aviva Corporación Caixa Galicia de Seguros y Reaseguros y a

20 Vid. Quesada Sánchez, A. J.: "La hipoteca inversa: ¿una opción realmente atractiva?" cit., p. 81.

21 SAP Girona 17 octubre 2012 (Roj: SAP GI 480/2012-ECLI: ES:APGI:2012:480).

22 SAP Salamanca 11 octubre 2012 (Roj: SAP SA 672/2012-ECLI: ES:APSA:2012:672).

favor de los herederos de la suscriptora de la hipoteca inversa, una persona de 87 años a la que las autoridades administrativas tenían reconocido un grado de minusvalía del 94%.

En esta sentencia igualmente se declara la nulidad del contrato de seguro de renta por falta de información causante de error en el consentimiento prestado por el hipotecado, y se condena a la entidad a devolver la cantidad de la prima del seguro de rentas no percibido por la fallecida, que murió a los dos años y cinco meses tras la firma del contrato.

También la Sentencia del Juzgado de primera instancia número 25 de Barcelona 1 diciembre 2016[23], declara la nulidad del contrato de seguro por ausencia de consentimiento. En este supuesto, una anciana de 81 años, contrató en 2009 con Caixa Sabadell (ahora BBVA), una hipoteca inversa que venía acompañado de un seguro con una prima única de 61.000 euros. Un contrato que no se activaría hasta 2018, cuando la mujer (con 91 años) comenzaría a cobrar una renta de 1.166 euros mensuales.

Un año después, en 2019, era cuando se activaba el seguro de Renta Vitalicia en caso de fallecimiento sin que los empleados de Caixa Sabadell le explicasen el producto ni tampoco su coste, resultando impensable que la actora "asumiera voluntariamente y con pleno conocimiento lo que estaba contratando".

En dicha resolución, el magistrado considera que "no ha quedado en modo alguno demostrado que ni en la fase precontractual ni durante la duración de los contratos se ofreciera a los adquirentes una información suficiente y adecuada", por lo que declara la nulidad del contrato de renta vitalicia mensual diferida.

Con carácter más reciente, la SAP Madrid 30 mayo 2017[24], ha declarado nulas, por abusivas, las cláusulas que fueron la causa del contrato de seguro de renta vitalicia, que consecuentemente declara nulo.

En dicha resolución se estima en parte el recurso de apelación planteado por BBVA contra la Sentencia JPI nº 44 de Madrid núm. 395/2016, de 28 de octubre[25], en cuanto considera válido el contrato de hipoteca inversa.

23 Sentencia del Juzgado de primera instancia número 25 de Barcelona 1 diciembre 2016 (La Ley 24534/2016).

24 SAP Madrid 30 mayo 2017 (Roj: SAP M 7706/2017-ECLI: ES:APM:2017:7706).

25 La referida sentencia declaró nula la hipoteca inversa, el contrato de seguro vinculado a ésta y todos los actos posteriores, condenando a la demandada (en este caso BBVA) a abonar al heredero de quien la contrató un total de 664.526 euros más los intereses y las costas. Quien contrató en enero de 2013 la hipoteca inversa era un hombre de 85 años, al que se le había diagnosticado siete meses antes un carcinoma de pulmón y síndrome paraneoplásico en fase muy avanzada, que para recibir una pensión mensual de 4.647

Así, en cuanto a la información suministrada, la Audiencia considera que efectivamente la misma se presta, según se deriva tanto en los documentos preparativos, como en el testimonio de la intermediaria respecto a lo que es en sí la hipoteca inversa, y por el propio concepto del producto que es de fácil entendimiento.

Sentado lo anterior, a juicio del magistrado, el contratante también tenía capacidad suficiente, dada su condición de abogado, de entender, en uso de sus facultades mentales, lo derivado de la lectura del mismo. En este sentido, se afirma por el magistrado que la lectura de la hipoteca inversa "no podía presentarle complicación alguna ni suponerle un error insalvable respecto a la finalidad pretendida".

Otra cosa, asevera el magistrado, es el seguro de renta vitalicia que se le impone para la contratación de la hipoteca inversa, con pago de prima única de modo inmediato, que el juzgador declara nulo.

No obstante lo anterior, no puede afirmarse de manera generalizada que las hipotecas inversas no son transparentes, ya que, de las resoluciones mencionadas, sólo una declara la nulidad del contrato de hipoteca inversa.

En cualquier caso, no parece la solución más adecuada que el legislador haya optado porque sean los bancos los que presten este asesoramiento independiente, lo que por otra parte también ha sido objeto de discusión doctrinal.

En este sentido, se ha defendido el rol notarial para ofrecer este servicio o la creación de un Registro de Asesores Independientes de Hipoteca Inversa. Este servicio también podría ser ofrecido, por ejemplo, por la administración (en Cataluña existe un servicio de orientación jurídica de carácter público y gratuito).

Otra consideración crítica que puede hacerse en este ámbito es que el art. 10 de la Orden EHA/2899/2011 establece que, salvo que el servicio sea gratuito

---

euros suscribió dicha hipoteca (que le cubría esa renta hasta 2021; ocho años, por tanto), pero sobre la que se impuso adicionalmente la contratación de un seguro de rentas diferidas.
Este seguro, que se aplicaba una vez que el titular tuviera 93 años y que le garantizaba a partir de entonces el cobro de por vida de una renta mensual similar a la inicial, tuvo un coste, que se pagó por anticipado y de una sola vez al contratar la hipoteca inversa, de 211.00 euros. No habían pasado nueve meses desde la firma de este producto cuando el hombre murió.
En este caso, el juez titular del JPI nº 44 de Madrid estima que existe error en el consentimiento prestado por el causante suficiente para invalidar el contrato, provocado por una conducta dolosa del banco al no proporcionar la información suficiente para que el cliente obtuviera una comprensión plena sobre el funcionamiento y riesgos del producto bancario.
A propósito de esta sentencia puede verse Martin Faba, J.M.: "Nulidad de una hipoteca inversa y del seguro vinculado de rentas diferidas", Sentencia JPI nº 44 de Madrid, núm. 395/2016, de 28 de octubre, en Centro de Estudios de Consumo, Publicaciones Jurídicas, en http://centrodeestudiosdeconsumo.com/images/CONTRATACION_BANCARIA/Nulidad-de-una-hipoteca-inversa-y-del-seguro-vinculado-de-rentas-diferidas.pdf y El País, "El huracán judicial llega a la hipoteca inversa", disponible en https://elpais.com/economia/2016/12/29/actualidad/1483004460_028811.html (Consulta ambos 1 octubre 2020)

y así se le haga saber al cliente, las entidades de crédito habrán de recibir una remuneración independiente por este concepto.

En consecuencia, y salvo que la prestación de este servicio tenga carácter gratuito, el prestatario deberá afrontar su pago, que se añadirá al resto de gastos asociados a la hipoteca inversa (comisión de apertura, seguro de renta vitalicia diferida, etc…) De este modo, resulta paradójico que los bancos puedan cobrar lo que quieran por informar y recomendar sus propios productos[26].

C) La entrega de la ficha de información personalizada.

La tercera y última previsión en relación a la hipoteca inversa en la Orden EHA/ 2899/ 2011 es la entrega al cliente, primero, de la Ficha de Información Precontractual (FIPRE, art. 32 novies.), y segundo, y en un momento posterior, cuando proceda, de la Ficha de Información Personalizada (FIPER, art. 32 decies.), ambas adaptadas a su particular régimen jurídico (se recogen en los Anexos III y IV de la Orden EHA/ 2899/ 2011, respectivamente).

Así, las entidades deberán proporcionar a los clientes que soliciten cualquiera de estos servicios, información clara y suficiente sobre los préstamos que ofertan. Esta información, que será gratuita y tendrá carácter orientativo, se facilitará mediante la ficha de información precontractual (FIPRE) que figura en el anexo III.

La ficha de información precontractual estará a disposición de los clientes de préstamos, de forma gratuita, en todos los canales de comercialización utilizados por la entidad.

Las entidades, una vez que el cliente haya facilitado la información que se precise sobre sus necesidades de financiación, su situación financiera y sus preferencias, proporcionarán a éste la información personalizada que resulte necesaria para dar respuesta a su demanda de crédito, de forma que le permita comparar los préstamos disponibles en el mercado, valorar sus implicaciones y adoptar una decisión fundada sobre si debe o no suscribir el contrato. Esta información se facilitará mediante la ficha de información personalizada (FIPER) que figura en el anexo IV.

La FIPER deberá ser entregada con la debida antelación de forma gratuita y, en todo caso, antes de que el cliente quede vinculado por cualquier contrato u oferta. De hecho, la Orden EHA/2899/2011 permite que la FIPER y la oferta vinculante consten en el propio documento.

26 En relación a la obligación de asesoramiento independiente, vid. Simón Moreno, H.: *La optimización de la hipoteca inversa,* cit., pp. 138 a 142.

Es criticable, de nuevo, que dicha Orden no prevea un plazo para la entrega de la FIPER con anterioridad a la celebración del contrato.

En relación al contenido propio de la FIPER de la hipoteca inversa, su apartado 2º (características del préstamo) añade la constatación del bien hipotecable y las características que ha de reunir, y junto con el apartado 4º (abono al beneficiario) describe el reembolso total del préstamo y la periodicidad del abono de las rentas, así como la posibilidad de destinarlas a la contratación de un plan de previsión asegurado.

En el apartado 5º se describen los requisitos, vinculaciones y otros costes, en el 6º la forma en que se puede cancelar el préstamo por el cliente o sus herederos, en el 7º se contempla la disponibilidad del bien hipotecado y los requisitos, y en el 8º la posibilidad de subrogar a otra entidad de crédito (si ha lugar).

Cobra especial relevancia el apartado 14º, donde se prevén los riesgos y las advertencias de la contratación de hipotecas inversas, que con la expresión "si ha lugar" denota voluntariedad más que obligatoriedad para la entidad de crédito[27], con el consiguiente riesgo para el solicitante de la hipoteca inversa, quien no podrá valorar, en su caso, gracias a esa información, el riesgo de despatrimonialización.

Por último, la protección del solicitante de la hipoteca inversa se completa con la obligación del notario de verificar en el momento de otorgamiento de la escritura pública la existencia del correspondiente asesoramiento independiente (art. 30.3.g Orden EHA/ 2899/ 2011). En caso de que la formalización de la hipoteca inversa se realice en contra de la recomendación realizada por el asesor, el notario deberá advertir de este extremo al cliente.

Sin embargo, de poco sirve que el notario advierta de ese extremo si carece de potestad para denegar la autorización del préstamo cuando se incumpla con la Orden EHA/ 2899/ 2011 u otra norma legal de carácter imperativo. Es decir, poco sentido tiene que el notario controle y avise del incumplimiento de una obligación legal por parte del prestamista si nada puede hacer para que esa transacción no tenga lugar [28].

27 De hecho, las explicaciones que facilita el Anexo III de la Orden EHA/2899/2011 en relación a la FIPRE y el Anexo II en relación a la FIPER concretan que "Cuando se indique «Si ha lugar», la entidad de crédito cumplimentará la casilla si la información es pertinente para el contrato de préstamo. Si la información no es pertinente, la entidad suprimirá los datos correspondientes o la sección entera. En este último caso, la numeración de las secciones se adaptará en consecuencia" (vid. Simón Moreno, H.: *La optimización de la hipoteca inversa,* cit., pp. 142 y 143).

28 Pone de relieve Simón Moreno, H.: *La optimización de la hipoteca inversa,* cit., pp. 146 y 147, cómo tras la declaración de nulidad, en virtud de STS de 7 de marzo de 2016, del apartado 3 del art. 30 de dicha Orden Ministerial de 2011, los notarios carecen de potestad para impedir la constitución de la hipoteca inversa, lo que ha sido muy criticado por la doctrina, ya que al tener asignado el control de la legalidad y del

No obstante, según reciente doctrina, lo que el notario no podrá hacer en este caso, es autorizar la escritura de hipoteca inversa si no existe tal asesoramiento independiente, que debería incorporarse en todo caso a la escritura[29].

Pero además de verificar su existencia, deberá leer, al menos, las conclusiones y comprobar si la recomendación es favorable o no. Y, en caso de no serlo, advertírselo expresamente al deudor e hipotecante y no sólo de palabra, sino dejando expresa y destacada constancia en la propia escritura.

Pero ni puede ni debe sustituir la voluntad del principal interesado que es el solicitante (y también obligado). Es la voluntad de éste la que debe prevalecer porque puede interesarle esta forma de financiación (tal vez la única a la que podría acudir), sin perjuicio del asesoramiento desfavorable, que sólo puede tener un fundamento financiero y no personal[30].

Finalmente, en la comercialización de hipotecas inversas cobra especial relevancia el concepto de consumidor vulnerable. El legislador español debería actuar para proteger al mismo.

Existen ejemplos para justificar la necesidad de proteger a este colectivo: la comercialización de productos bancarios complejos a personas mayores, que se ha considerado por ASGECO (Asociación general de consumidores) como una mala práctica bancaria, venta de preferentes a personas mayores aquejadas de un proceso de enfermedad degenerativa (Alzheimer) o con un nivel de estudios básicos.

Asimismo, tal y como se ha visto en las resoluciones mencionadas en el apartado anterior, las hipotecas inversas tampoco se han librado de las malas prácticas bancarias. De esta manera, las normas de protección de los consumidores deben prestar especial atención a los colectivos vulnerables, en nuestro caso a las personas mayores, dependientes o discapacitadas que contraten hipotecas inversas. Los poderes públicos deben potenciar la formación y la educación de estos colectivos para que puedan dar un consentimiento informado.

buen funcionamiento del mercado inmobiliario por el art. 147 del Reglamento notarial, deberían tener esa facultad cuando se incumpla con esa orden u otra norma legal de carácter imperativo.
La disposición anulada (porque tal potestad notarial no se encontraba recogida en una norma con rango de ley) establecía: "en su condición de funcionarios públicos y, derivado de su deber genérico de control de legalidad de los actos y negocios que autorizan, los notarios denegarán la autorización del préstamo cuando el mismo no cumpla lo previsto en esta orden y la legalidad vigente".

29 Vid. Nieto Carol, U.: "Claves actuales de la denominada hipoteca inversa", *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 12, febrero 2020, p. 403.

30 Vid. Nieto Carol, U., op cit. et loc ult cit. donde pone de relieve que ningún funcionario, por cualificado que fuera, debería decidir por el solicitante.

Tal y como acabamos de ver, la protección dispensada por el ordenamiento jurídico español puede mejorarse en este sentido.

En este punto podía haberse tomado como referencia el sistema seguido en Reino Unido[31] en el que el usuario no puede suscribir un producto de este tipo si no acredita haber sido asesorado e informado por organismos de protección de consumidores que vigilen y examinen de manera independiente el perfil de los ahorradores[32].

6. Vencimiento anticipado.

La entidad crediticia puede declarar el vencimiento anticipado del préstamo o crédito garantizado con hipoteca inversa si el deudor hipotecario enajena voluntariamente el bien, salvo que se proceda a la sustitución de la garantía de manera suficiente (Disposición adicional Primera núm. 5, párr. segundo)[33].

Por si fuera otra la interpretación legal, será conveniente que esta previsión sea incluida como un pacto al constituir la hipoteca inversa.

El legislador incurre en el error de decir que la transmisión sea realizada por el deudor hipotecario cuando realmente se hará por el titular de la vivienda hipotecada. Cierto es que para disfrutar de los beneficios económicos que establece esta Ley se requiere que el beneficiario sea, a su vez, hipotecante y, además, de su vivienda habitual, pero nada impide un negocio jurídico ("hipoteca

31 Vid. Sánchez-Ventura Morer, I.: *La Hipoteca inversa en el Derecho Español* cit., pp. 165 y ss.; y Simón Moreno, H.: *La optimización de la hipoteca inversa,* cit. pp. 247 y ss

32 Para la Asociación de usuarios de Bancos, Cajas y Seguros de España (ADICAE), éste es el único modelo admisible. A este respecto, vid. La Economía de los consumidores, edición on line, "ADICAE critica que el Banco de España reclame el regreso de la hipoteca inversa" disponible en http://laeconomiadelosconsumidores.adicae.net/?articulo=3531 (Consulta 1 octubre 2020), donde Adicae no se opone a la concesión de este producto, pero no en las mismas condiciones en las que se estaba ofreciendo hasta ahora, donde en muchos casos no se publicita por las entidades, por lo que "puede ser una comercialización que oculta muchas condiciones y que está en un oscurantismo completamente irrazonable". Se aboga por un modelo con una transparencia mucho más reforzada, siguiendo el modelo de Reino Unido, donde la comercialización del producto está supervisada por parte de una entidad de protección de los consumidores que explica las condiciones del producto.
Además, en Reino Unido, el consumidor tiene una mayor información en la fase precontractual, dada la publicidad del producto a través de internet, televisión, radio o anuncios de periódico.
Según datos contenidos en Domínguez, I. y Ayuso, M.: Informe FEF "Sector asegurador: Impacto de las tendencias macroeconómicas y demográficas", 2018, disponible en https://www.inmoley.com/NOTICIAS/1812345/2018-1-inmobiliario-urbanismo-vivienda/inmoley-hipoteca-inversa.pdf, (Consulta 1 octubre 2020), las hipotecas inversas son un producto financiero poco conocido en nuestro país por las personas mayores de 60 años: el 77% no ha oído hablar nunca sobre las hipotecas inversas, y de aquellos que han oído hablar sobre ellas, una cuarta parte tiene una idea incorrecta de las mismas. Como consecuencia, un 83% de las personas mayores desconocen o conocen incorrectamente este producto.

33 Según la *Guía de acceso a la Hipoteca Inversa del Banco de España* cit., p. 27: "la hipoteca inversa garantiza un préstamo concedido a una o a varias personas con unas características concretas, valorando —además del inmueble— su edad y esperanza de vida. No cabe, en consecuencia, la subrogación en el préstamo garantizado con hipoteca inversa, al no poderse cambiar la persona del deudor. La duración de la operación la determinan la edad y la esperanza de vida de los solicitantes del préstamo y propietarios del inmueble, por lo que el contrato de hipoteca inversa presupone que el inmueble continuará en manos del deudor hasta su fallecimiento".

inversa atípica") en el que el hipotecante sea distinto del beneficiario (p.ej. los hijos que hipotecan una vivienda en garantía de las disposiciones en favor de sus padres; esto es, una hipoteca constituida por los hijos en garantía de la hipoteca inversa en beneficio de los padres)[34].

La ley no dice cuándo se entiende sustituida la garantía de "manera suficiente"; tal vez habría que considerar que se produce tal cuando el valor de tasación de la vivienda que se ofrece en sustitución de la vendida guarde la misma proporción respecto al límite de las disposiciones que la sustituida[35].

En cualquier caso, la determinación de la suficiencia de la posible nueva garantía, parece quedar en manos exclusivamente de la entidad acreedora[36].

Lo establecido en esa disposición no es óbice para que puedan pactarse otras causas de vencimiento anticipado como lo ha reconocido la SAP Málaga (Secc. 4ª) de 17 abril de 2013, en su F.J. 6º: "el apartado 1.c) de la disposición adicional primera de la Ley 41/2007 no tiene como propósito establecer que la muerte del prestatario es la única causa de vencimiento anticipado posible de la hipoteca inversa. La norma está describiendo los rasgos típicos de una hipoteca inversa, en el sentido de que es una hipoteca cuyo devengo de amortización se produce con la muerte. Pero no quiere decir que no quepan causas de vencimiento anticipado distintas de la contingencia típica descrita como rasgo definitorio en la norma".

En el caso de vencimiento anticipado, sea por la causa expresada, sea por cualquier supuesto de incumplimiento previsto en el contrato, la entidad acreedora procederá al cierre de la cuenta, cargando en ella el montante de las disposiciones efectuadas, más sus intereses y cualesquiera otros gastos que sean de cargo del deudor, y éste vendrá obligado a la oportuna liquidación, en el plazo convenido; en caso contrario, la entidad acreedora podrá ejercitar la correspondiente acción ejecutiva, como en cualquier otro supuesto de hipoteca inmobiliaria.

7. Cierre del crédito y vencimiento de la cuenta. Régimen de los intereses.

Cuando, por las sucesivas disposiciones hechas por el deudor, se agote el crédito disponible, ya no se podrán realizar nuevas disposiciones (salvo ampliación del crédito, posibilidad que la Ley no prohíbe).

Sin embargo, la cuenta sigue abierta por cuanto el crédito total concedido sigue produciendo intereses. Y sólo cuando fallece el deudor, se produce el cierre de

34 Vid. Nieto Carol, U.: "Claves actuales de la denominada hipoteca inversa" cit. pp. 385 y 403.

35 Vid. Nieto Carol, U.: "Claves actuales de la denominada hipoteca inversa" cit. 386.

36 Vid. Merino Hernández. J. L.: *Memento Experto, Derechos Reales*, Francis Lefebvre, Madrid, 2013, p. 351.

la cuenta, en cuyo saldo se integrará la cantidad dispuesta, sus intereses y cuantos gastos se hayan podido ocasionar y de los que el deudor fuera responsable.

La ley española configura, por tanto, la hipoteca inversa, como un contrato vitalicio que no se extingue hasta el fallecimiento del prestatario o, en el caso de que se haya pactado así, el último de los beneficiarios designados. Ése sería uno de sus rasgos definitorios, aunque, como hemos visto, cabe su vencimiento anticipado.

Desde la perspectiva de los intereses, a diferencia de lo que ocurre en la hipoteca ordinaria donde el pago de los intereses se configura como una obligación de cumplimiento periódico que discurre de modo paralelo al pago del principal del préstamo y donde el incumplimiento de dicha obligación da lugar al vencimiento anticipado de la deuda y a su exigibilidad (por lo que las acciones del acreedor por impago de intereses vencidos y no pagados quedarían suficientemente respaldadas con la cobertura temporal pactada por un máximo de 5 años establecida en el art. 114.2 LH); en la hipoteca inversa, los intereses no son exigibles sino conjuntamente con el principal del préstamo al momento del fallecimiento del deudor hipotecario, y de una sola vez. Cuanto más tiempo transcurre las cantidades adeudadas son mayores[37].

Esto supone que la cobertura de 5 años que establece el art. 114.2 LH puede ser en muchos casos insuficiente para asegurar, en perjuicio de terceros, el importe debido por intereses[38].

Por ello, el apdo. 6 de la disposición adicional 1ª de la ley 41/2007 establece que, a estos efectos (el recobro por parte del acreedor), "no será de aplicación lo dispuesto en el artículo 114.2 LH".

Esto es, no es aplicable a las hipotecas inversas el límite legal ordinario que impide pactar que la hipoteca asegure intereses por plazo superior a 5 años.

Por su parte, tras la reforma del art. 114.3 LH introducida por la ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario (LCCI), se establece un nuevo régimen absolutamente imperativo para los intereses moratorios de préstamos o créditos realizados por personas físicas garantizados con hipoteca sobre inmuebles de uso residencial[39].

37 Vid. Domínguez Luelmo, A.: "Comentario al art. 114 LH", en *Comentarios a la Ley Hipotecaria* (dir. por Domínguez Luelmo A.), 3ª ed., Aranzadi, Pamplona, 2019, p. 1244.

38 Vid. Jiménez Clar, A.: "La hipoteca inversa como instrumento de protección social", *Revista de derecho bancario y bursátil*, núm. 113, 2009, p. 127.

39 Este nuevo régimen de intereses moratorios se ha tomado de Martín Faba, A.: "Límites a los intereses de demora", en *Comentario a la ley de Contratos de Crédito Inmobiliario,* capítulo XIV, (dir. por Carrasco Perera, A.), Aranzadi, Pamplona, 2019, pp. 656 a 659; y de Armigo Pliego, A.: "Variaciones en el tipo de interés.

Es preciso hacer notar que en la redacción del 114.3 LH se transcribe literalmente lo preceptuado en el art. 25 LCCI, que no es aplicable a las hipotecas inversas, ya que, tal y como ya se ha referido con anterioridad, las hipotecas inversas quedan expresamente excluidas del ámbito de aplicación de la LCCI. Así lo dispone la propia LCCI en su art. 2.4.f), donde excluye expresamente a la Hipoteca Inversa de su ámbito de aplicación.

Por ello vamos a centrarnos en lo preceptuado en el nuevo art. 114.3 LH que sí es aplicable a las hipotecas inversas y que, por lo demás coincide literalmente con lo dispuesto el art. 25 LCCI; por lo que en este punto su inaplicación al ámbito que nos interesa no tiene ninguna consecuencia.

La ley 5/2019 tiene por objeto la trasposición de la Directiva 2014/17/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de febrero de 2014, sobre contratos de crédito celebrados con los consumidores para bienes inmuebles de uso residencial.

Así, en su disposición final primera, apartado dos, de modificación de la ley hipotecaria, la ley 5/2019 dispone una nueva redacción del párrafo tercero del art. 114 LH, cuya redacción original obedece a la ley 1/2013, de 14 de marzo, que añadió este tercer párrafo al art. 114 LH, con la finalidad de proteger a los deudores hipotecarios sin recursos.

Tras la modificación introducida por la ley 5/2019, la tutela de este art. 114.3 LH se extiende a todas aquellas operaciones de préstamo o crédito en las que la garantía real recaiga sobre un inmueble de uso residencial, con independencia de que sea la vivienda habitual del deudor y del destino que se le haya dado a la financiación prestada.

Asimismo, se ha sustituido el anterior sistema en el que el art. 114 LH fijaba una acotación máxima al devengo de intereses moratorios de tres veces el tipo de interés legal del dinero (norma imperativa de máximos), por un nuevo régimen en el cual la sanción por el retraso en el pago de las cantidades adeudadas viene determinada por ley, y se encuentra fijada en un recargo de tres puntos porcentuales sobre el interés remuneratorio pactado.

El legislador instaura un régimen absolutamente imperativo pretendiendo que no vuelvan a declararse abusivas cláusulas de intereses de demora de préstamos garantizados para adquirir una vivienda garantizada con hipoteca sobre la misma, pues en virtud del art. 1.2 de la directiva 93/13, las cláusulas que reflejen disposiciones imperativas no pueden ser nulas. De esta forma pretende el legislador que los prestamistas configuren las cláusulas de interés de demora

Vencimiento anticipado e intereses de demora", en *Comentario a la Ley Reguladora de los Contratos de Crédito Inmobiliario*, capítulo XIII, (dir. por López Jiménez, J. Mª.), Bosch, Madrid, 2019, pp. 413 a 416.

como una remisión a lo dispuesto en el art. 25 LCCI (y, por ende, dada su idéntica redacción, a lo establecido en el art. 114.3 LH).

No obstante, si se ha pactado una tasa de interés de demora más beneficiosa para el deudor que la que fija el art. 114.3 LH, como por ejemplo dos puntos sobre el interés remuneratorio, deberíamos poder apartarnos de una interpretación literal del mismo de la que resulte una norma absolutamente imperativa, por lo que las partes en ningún caso podrían apartarse de su contenido mediante pacto.

Ello debería ser posible si se tiene en cuenta que la finalidad de esta reforma legal es proteger a las personas físicas que tengan la condición de prestatarios en préstamos o créditos garantizados con hipoteca sobre inmuebles de uso residencial.

Por otra parte, la norma limita el devengo de los intereses moratorios al principal que se encuentre vencido y pendiente de pago, en contraposición a la antigua redacción del art. 114 LH donde se establecía que los intereses de demora se devengarían sobre el principal pendiente de pago, sin exigir que se encontrase vencido.

En cuanto a la capitalización de los intereses de demora, el vigente art. 114.3 LH reproduce en idénticos términos lo establecido en su antigua redacción, prohibiéndolo de forma expresa (aunque existiera pacto expreso), salvo en el supuesto del art. 579.2.a) de la Ley de Enjuiciamiento Civil[40].

Esto es, salvo esa excepción, los intereses de demora vencidos y exigibles no podrán adicionarse al capital vencido y no satisfecho, generando la deuda resultante nuevos intereses.

Dada la naturaleza imperativa de este régimen para las partes contratantes, si únicamente se pacta en la escritura de hipoteca un interés de demora (el cobro del mismo dependerá de que figure en la escritura la cláusula de interés moratorio), omitiendo cualquier mención a que dichos intereses no podrán ser capitalizados, se podrá inscribir dicha cláusula en el Registro, ya que, al constar la prohibición de capitalización en una norma legal, operará en todo caso, aunque no figure registralmente la precisión[41].

En los casos en los que queda prohibida la capitalización de intereses de demora (todos los incluidos en el ámbito de aplicación del 114.3 LH, hecha la salvedad de

40 En relación a las especialidades previstas en el art. 579.2.a) LEC, vid. Domínguez Luelmo, A.: "Comentario al art.114 LH", en *Comentarios a la Ley Hipotecaria* cit., pp. 1247 y 1248.

41 Vid. Achón Bruñén, Mª. J.: *La hipoteca y el procedimiento hipotecario. 443 preguntas y respuestas. Novedades tras la ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los Contratos de Crédito Inmobiliario*, Sepín, Madrid, 2019, p. 483.

los del 579.2 a) LEC), podrá nacer, de todos modos, la capitalización especial del artículo 1109.1 Cc, que permite el denominado "anatocismo judicial". El precepto establece que "los intereses vencidos devengan el interés legal desde que son judicialmente reclamados, aunque la obligación haya guardado silencio sobre este punto". Es decir que, aunque los intereses de demora vencidos y no satisfechos no podrán adicionarse al capital, generando a su vez nuevos intereses, sí que se devengará sobre ellos el interés legal desde que son judicialmente reclamados por el acreedor. También los intereses retributivos vencidos y exigibles devengan el interés legal desde que son judicialmente reclamados[42].

En cuanto a si cabe la posibilidad de capitalizar los intereses remuneratorios, no hay disposición alguna en el ámbito civil que lo prohíba, puesto que el art. 114 LH no obstaculiza para las hipotecas de máximo la inscripción del pacto por medio del cual los intereses remuneratorios devengados y no pagados se sumen al capital devengando nuevos intereses[43].

Según doctrina de la DGRN, el carácter aleatorio de estas cuentas de crédito en cuanto a su vencimiento se refiere, dependiente normalmente de la muerte del deudor, genera para la entidad de crédito una incertidumbre, con base en la cual debe permitirse que los intereses se sumen al capital a través de la correspondiente partida de cargo.

Como los intereses no son pagaderos hasta el fallecimiento del acreditado, pueden acumularse al capital, pues el interés ya devengado hasta entonces no puede ser reclamado, ni garantizarse, por tanto, por separado (RDGRN de 1 de octubre de 2010)[44].

Si se ha pactado expresamente un interés de demora superior a tres puntos sobre el interés remuneratorio o que los intereses moratorios serán capitalizados, esas cláusulas se tendrán automáticamente por no puestas y se rechazará su inscripción por ser contrarias a normas imperativas y por tanto nulas de pleno derecho.

8. Cancelación de la cuenta.

Fallecido el deudor o el último de los beneficiarios, en su caso, sus herederos podrán cancelar el préstamo, en el plazo estipulado, abonando al acreedor hipotecario la totalidad de los débitos vencidos, con sus intereses, sin que el

42 Vid. Martín Faba, A.: "Límites a los intereses de demora" cit., p. 659.

43 Vid. Domínguez Luelmo, A: "Comentario al art.114 LH" cit., pp. 1245 a 1247.

44 Un comentario a la misma puede verse en Carrasco Perera, Á.: "Comentario a la RDGRN de 1 de octubre de 2010", *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 86, Civitas, Madrid, 2011, pp. 1159 a 1206.

acreedor pueda exigir compensación alguna por la cancelación (Disposición adicional Primera núm. 5 párr. 1).

Ahora bien, si los herederos del deudor hipotecario deciden no reembolsar los débitos vencidos, con sus intereses, el acreedor sólo podrá obtener recobro hasta donde alcancen los bienes de la herencia.

La característica principal de esta hipoteca es el traslado que se hace a los herederos del deudor de la obligación de reembolso de las cantidades debidas a la entidad acreedora. El deudor nada debe reembolsar mientras dure el crédito, que es durante toda su vida. A su fallecimiento, la disposición adicional primera en sus números 5 y 6, plantea dos posibilidades:

O que sus herederos cancelen voluntariamente el débito, en cuyo caso la entidad acreedora concede normalmente un plazo (en la práctica, las entidades suelen conceder un período de doce meses a contar desde el fallecimiento del deudor durante el cual el crédito sigue vigente, para que sus herederos abonen el importe de todas las cantidades dispuestas del crédito, más sus intereses)[45].

O que los herederos del deudor se desentiendan del pago de la deuda, en cuyo supuesto la entidad acreedora goza de la correspondiente acción ejecutiva contra el bien hipotecado.

Lo más normal es acudir al procedimiento de ejecución hipotecaria de la Ley de Enjuiciamiento Civil (arts. 681 y ss.). Para ello, deben cumplirse ciertos requisitos, como que la ejecución se dirija, exclusivamente, contra bienes hipotecados en garantía de la deuda.

En la escritura, debe determinarse el precio de tasación del bien hipotecado y debe figurar un domicilio del deudor para notificaciones; y ha de hacerse constar, además, esta información en la inscripción de la hipoteca.

Al igual que para la hipoteca convencional, la inscripción de la hipoteca inversa en el Registro de la Propiedad tiene carácter constitutivo; es decir, sin inscripción no se encuentra válidamente constituida[46].

En el supuesto de subasta del inmueble, el excedente que podría quedar tras la subasta debería corresponder a los herederos en tanto que deudores[47].

45 Vid. Simón Moreno, H.: *La optimización de la hipoteca inversa,* cit. p. 155.
La cláusula sería la siguiente: "El vencimiento de este crédito se producirá al transcurrir el plazo de doce meses contados a partir de la defunción de la Parte Acreditada, o la del último coacreditado sobreviviente, en el caso de pluralidad de titulares. Este plazo no será prorrogable".

46 Vid. García Mares, S.: *La Hipoteca Inversa*, tesis doctoral inédita, Castellón de la Plana, 2015, pp. 74 y 75.

47 *Guía de acceso a la Hipoteca Inversa*, Banco de España cit., p. 29

En el supuesto de ser insuficiente para cubrir la deuda, podrá dirigirse contra otros posibles bienes del deudor que integren su patrimonio hereditario; pero nunca los herederos son responsables personalmente de tal deuda (el acreedor sólo podrá obtener recobro hasta donde alcancen los bienes de la herencia: es una suerte de limitación de responsabilidad de carácter legal)[48].

En el préstamo garantizado con hipoteca inversa, la limitación de responsabilidad viene al parecer justificada por la necesidad de proteger el patrimonio personal del heredero evitando la adquisición de una herencia excesivamente gravosa.

Así, la falta de liquidez del solicitante de la hipoteca inversa lleva a entender que, posiblemente, el patrimonio esté constituido principalmente por la vivienda.

Si se constituye una hipoteca inversa, nos encontramos con una vivienda gravada que garantiza un crédito que va incrementándose conforme avanza el tiempo llegando a alcanzar el valor que el inmueble tenga en el momento del vencimiento (fallecimiento del solicitante).

En estas circunstancias es posible que efectivamente la herencia pueda acabar registrando un saldo negativo, disminuyendo así la posibilidad de remanente que los herederos puedan adquirir.

Ello podría provocar la oposición de los hijos, posibles herederos, a la contratación de este producto. La limitación de responsabilidad a los bienes relictos supone indirectamente, una manera de fomentar su expansión.

El problema de fondo es queda suprimida la posibilidad del heredero de optar por la aceptación a beneficio de inventario, es decir, se da por supuesto que el heredero, de conocer la situación del patrimonio hereditario, optaría por la limitación de la responsabilidad.

Ahora bien, el legislador no ha querido tampoco terminar de condicionar la voluntad de los herederos y ha optado por una situación intermedia, y algo novedosa, como es la de limitar la responsabilidad respecto de una sola deuda hereditaria pero no sobre el total de la misma.

48 Al mismo se refiere Serrano De Nicolás, A.: "Régimen jurídico de la hipoteca inversa", cit, p. 54: "frente a la pretendida responsabilidad *ultra vires* de los herederos que no aceptan a beneficio de inventario, parece coherente que el legislador aclare que el acreedor hipotecario sólo podrá cobrar con los bienes de la herencia. En realidad, aunque se trata de una norma de concreción de la responsabilidad del deudor, las consecuencias para los herederos y, desde luego, sólo para esta deuda, con independencia de que acepten pura y simplemente, es que no responden con su patrimonio".
Acerca de la responsabilidad *ultra vires* como principio general, puede verse Galicia Aizpurua, G.: "El sistema de responsabilidad hereditaria en el Código Civil y en los Derechos civiles autonómicos", pp. 39 a 53, en la obra colectiva *Deudas y Herencia* (dirigida por Galicia Aizpurua, G.), Aranzadi, Pamplona, 2018.

Además, limitando la responsabilidad a los bienes relictos tal y como lo establece el apartado 6 de la disposición adicional primera, se favorece no sólo al heredero, sino también al acreedor, para quien seguirá intacta la garantía patrimonial de la que disponía antes del fallecimiento, pues se mantiene afecto el mismo patrimonio, sin tener que concurrir con los acreedores personales del deudor.

De esta manera, puede concluirse que el legislador ha conseguido una fórmula mediante la cual se satisfacen los derechos de las dos partes, tratándose de una limitación que es proporcional a la naturaleza de los intereses en juego[49].

La hipoteca inversa se presenta como una hipoteca con cláusula de limitación de responsabilidad (el acreedor hipotecario renuncia a la acción personal contra los herederos si los activos ejecutados no son suficientes para satisfacer el crédito), que no devenga intereses remuneratorios pagaderos durante la vigencia del crédito, y cuya amortización se dilata en el tiempo hasta que fallece el deudor hipotecario, persona mayor de 65 años -o discapacitado con severa dependencia- y propietario de la vivienda habitual que grava.

Es una hipoteca de máximo y, por definición, los intereses devengados por la cantidad dispuesta, que no vencen ni son exigibles durante la vida del deudor, se acumulan al capital, para determinar al cierre el saldo de la cuenta[50].

Esta limitación en cuanto a la responsabilidad de la deuda hipotecaria a los bienes de la herencia, se señala como un dato positivo de su regulación[51].

Por último, los herederos, al fallecimiento del solicitante, pueden o no cancelar el préstamo, pero tienen a su alcance otra posibilidad: subrogarse en la posición del causante.

Esta subrogación tendrá lugar por el capital pendiente de amortización bajo la modalidad de hipoteca que deseen las partes: o bien una hipoteca de amortización tradicional, una hipoteca que permita volver a disponer de las cantidades ya

49 Vid. Sánchez-Ventura Morer, I.: "Limitación de la responsabilidad de los bienes de la herencia por una de las deudas que conforma el haber hereditario", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 752, noviembre-diciembre 2015, pp. 3281 y 3282.

50 Vid. Carrasco Perera, Á.: "Inscripciones registrales de hipotecas inversas", en *Anuario contencioso para abogados. Los casos más relevantes sobre litigación y arbitraje en 2008 de los grandes despachos*, La Ley, Madrid, 2009. En este mismo sentido se manifiesta la SAP Málaga (Secc. 4ª) 17 abril 2013, en su F.J. 3º: "Una hipoteca inversa es una hipoteca de máximo en la que un crédito de cuenta corriente se garantiza con garantía inmobiliaria, es decir, un negocio por el cual una persona que posee un inmueble recibe cada mes una renta, determinada por varios factores, y al fallecimiento del propietario los herederos harán frente al pago del préstamo o la entidad procederá a ejecutar la garantía (lo que puede traducirse en la venta del inmueble para satisfacer la deuda y le entrega a los herederos del dinero restante de la venta, si lo hubiere). En definitiva, mediante la escritura de hipoteca de máximo se formaliza un crédito en cuenta corriente hasta un determinado límite, garantizando el saldo resultante al cierre de la cuenta con hipoteca de máximo, en su modalidad de hipoteca inversa".

51 Vid. Zurita Martín, I.: "La nueva normativa reguladora de la hipoteca inversa", cit., p. 1315.

amortizadas (la denominada hipoteca "recargable"[52]) o una hipoteca de máximo sin pacto novatorio final (art. 153 bis LH).

Esta operación requerirá, primero, el consentimiento del acreedor al tener lugar una novación subjetiva en la posición deudora (art. 1205 CC), y, segundo, la novación en el préstamo hipotecario (art. 1203.2 CC)[53].

9. Bienes hipotecables

La Ley admite la hipoteca inversa sobre cualesquiera bienes inmuebles. Sin embargo, establece diferencias normativas según se trate de la vivienda habitual de quien solicita la hipoteca o de otros inmuebles distintos (Disposición adicional primera núm. 10).

A) Hipoteca inversa de vivienda habitual.

a) Beneficios económicos y fiscales.

La hipoteca inversa de la vivienda habitual está exenta de la cuota gradual de documentos notariales de la modalidad de actos jurídicos documentados en el Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, las escrituras públicas que documenten las operaciones de constitución, subrogación, novación modificativa y cancelación relativas a estas hipotecas (Disposición adicional primera núm. 7).

A este respecto, el legislador ha sido restrictivo, al circunscribir la exención a los supuestos de hipoteca de la vivienda del solicitante. Probablemente pensaría que si se tiene más de una vivienda puede transmitirse aquella en la que no se viva; pero también hay que tener en cuenta que esto puede no ser posible dadas las circunstancias del mercado inmobiliario y dada la edad que se exige a los solicitantes y beneficiarios, éstos podrían no tener mucho tiempo para esperar un mejor momento para la venta.

Podría y debería haber admitido la hipoteca sobre otras viviendas (y por qué no sobre otro tipo de inmuebles), incluso sobre aquellos que no fueran propiedad del solicitante; el caso más claro sería el de los hijos que constituyeran hipoteca en garantía de la "hipoteca inversa" en beneficio de los padres. Y ello porque si

52 Sobre esta figura de la recarga de hipoteca, puede verse Fernández-Sancho Tahoces, A. S: "La solución al debate sobre la hipoteca recargable (A propósito de la RDGRN de 14 de mayo de 2015)", *Actualidad Civil*, núm. 4, abril de 2016, pp. 22 a 30.
Con carácter exhaustivo, se ha ocupado recientemente de la misma, Castellanos Cámara, S.: *La Hipoteca Recargable*, tesis doctoral inédita, San Sebastián, 2020.

53 Vid. Simón Moreno, H.: *La optimización de la hipoteca inversa,* cit., p. 155.

la finalidad es que se obtengan recursos por las personas de mayor edad o en situación de dependencia, esto haría que se consiguiese mejor dicho objetivo[54].

El régimen fiscal en relación a la determinación del sujeto pasivo de este impuesto de Transmisiones Patrimoniales y Actos jurídicos Documentados, se ha visto modificado. En efecto, de acuerdo con el art. 29.2 del Real Decreto Legislativo 1/1993, de 24 de septiembre, por el que se aprueba el Texto Refundido del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados (TRITPAJD), modificado por el Real Decreto- ley 17/2018, de 8 de noviembre, "cuando se trate de escrituras de préstamo con garantía hipotecaria, se considerará sujeto pasivo al prestamista". Por tanto, hoy es la entidad financiera o prestamista el sujeto pasivo y no el prestatario, por lo que ya no hay ventaja fiscal alguna para el prestatario a este respecto[55].

Y, además, tampoco la hay para la entidad financiera, dado que la disposición final segunda de la Ley 5/2019 añade el siguiente párrafo final al art. 45 TRITPAJD: "los beneficios fiscales y exenciones subjetivas concedidos por esta u otras leyes en la modalidad de cuota variable de documentos notariales del impuesto sobre actos jurídicos documentados no serán aplicables en las operaciones en las que el sujeto pasivo se determine en función del párrafo segundo del artículo 29 del Texto Refundido, salvo que se dispusiese expresamente otra cosa".

Por tanto, y sin perjuicio de lo anacrónico de este impuesto, esta forma de financiación no tiene ya ningún beneficio fiscal para el prestatario respecto al resto de los préstamos hipotecarios.

Otros de los "beneficios económicos" se refiere a los que afectan a los aranceles notariales y registrales, ya que este tipo de operación exige escritura pública e inscripción en Registro de la Propiedad con carácter necesario y que se recogen en los números 8 y 9 de la disposición adicional primera. Para el cálculo de los honorarios notariales de las escrituras de constitución, subrogación, novación modificativa y cancelación, se aplicarán los aranceles correspondientes a los "Documentos sin cuantía" previstos en el número 1 del Real Decreto 1426/1989, de 17 de noviembre, por el que se aprueba el arancel de los Notarios.

54 Vid. Nieto Carol, U.: "Claves actuales de la denominada hipoteca inversa", cit., pp. 403 y 404.

55 Vid. Nieto Carol, U.: "Claves actuales de la denominada hipoteca inversa", cit. p. 404, trae aquí a colación, muy oportunamente, la reciente jurisprudencia sobre la determinación del sujeto pasivo de este impuesto. Se trata de las sentencias del Tribunal Supremo, de 27 de noviembre de 2018, recursos n.º 5911/2017, 1049/2017 y 1653/2017, en las que el Tribunal vuelve a su criterio tradicional de considerar al prestatario sujeto pasivo del mismo, tras el breve paréntesis que sufrió su jurisprudencia con el dictado de las sentencias de 16, 22 y 23 de octubre de 2018 (que por el contrario declararon sujeto pasivo al prestamista), y que finalmente derivaron en la declaración de nulidad del segundo párrafo del art. 68 del Reglamento del impuesto RD 828/1995, y la intervención del Ejecutivo, aprobando el RDL 17/2018, de 8 de noviembre, para establecer, pero desde su entrada en vigor, que el sujeto pasivo de estas operaciones es el prestamista o entidad bancaria.

En cuanto al cálculo de los honorarios registrales, se aplicarán los aranceles correspondientes al número 2, "Inscripciones", del anexo I del Real Decreto 1427/1989, de 17 de noviembre, por el que se aprueba el arancel de los Registradores de la Propiedad, tomando como base la cifra del capital pendiente de amortizar, con una reducción del 90 por ciento.

Pues bien, tras la LCCI, el beneficiario de la hipoteca inversa está en peor condición que el resto de los prestatarios con garantía hipotecaria de bien de uso residencial. Y ello porque en los préstamos sometidos a esta Ley, de acuerdo con su art. 14.1.e), el prestamista asumirá el coste de los aranceles notariales de la escritura de préstamo hipotecario y los de las copias los asumirá quien las solicite (al prestatario se le remite por e-mail una copia simple gratuita) y los gastos de inscripción de las garantías en el registro de la propiedad corresponderán al prestamista; incluso los gastos de gestoría.

En definitiva, si lo que se pretende es fomentar este tipo de financiación habrá que pensar en otros "estímulos" diferentes a los anteriormente referidos[56].

En cuanto al IRPF, es la menos gravosa de las operaciones de este tipo, ya que la renta que percibe el mayor no tributa, siendo éste uno de los incentivos proporcionados por la administración para desarrollar comercialmente el producto. Efectivamente, según la disposición adicional decimoquinta de la Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, las cantidades recibidas por la hipoteca inversa no se consideran renta a efectos de IRPF, lo que hace que estén exentas de tributación.

Por otra parte, la disposición Adicional Cuarta de la Ley 41/2007, de 7 de diciembre, prevé la posibilidad de que el beneficiario de una hipoteca inversa pueda destinar, total o parcialmente, los importes recibidos a la contratación de un Plan de Previsión Asegurado en los términos y condiciones previstos por la Ley 35/2006 (art. 51.3).

De tal forma que es posible destinar todo o parte del préstamo o crédito garantizado con la hipoteca inversa a la suscripción de dicho Plan o contrato de seguro, y en el que la contingencia cubierta fuese la supervivencia de éste a un plazo mínimo de diez años[57].

56 En relación a los beneficios económicos de la Hipoteca Inversa se ha seguido, en su redacción y conclusiones lo señalado por Nieto Carol, U.: "Claves actuales de la denominada hipoteca inversa", cit., pp. 403 a 405.

57 "A estos efectos, se asimilará a la contingencia de jubilación prevista en la letra b) del apartado 3 del artículo 51 de la citada ley, la situación de supervivencia del tomador una vez transcurridos diez años desde el abono de la primera prima de dicho plan de previsión asegurado" (disposición adicional cuarta párr. 1º, inciso segundo de la Ley 41/2007).

De acuerdo con lo anterior, se abre la posibilidad de reducir la base imponible general del IRPF del tomador (beneficiario de la hipoteca inversa) en el importe de las primas satisfechas a los planes de previsión asegurados, respetando los requisitos y límites establecidos en la correspondiente normativa del IRPF.

Por último, cabe destacar, que para beneficiarse de la fiscalidad aparejada a la hipoteca inversa es necesario que ésta haya sido formalizada a través de una de las entidades de crédito y aseguradoras autorizadas para comercializar este producto[58].

b) Tasación.

Esa vivienda habitual ha tenido que ser tasada y asegurada contra daños de acuerdo con los términos y requisitos que se establecen en los arts. 7 y 8 de la ley 2/1981, de Regulación del Mercado hipotecario (Disposición adicional primera 1. d).

Se trata de garantizar la valoración objetiva de la vivienda y cubrir el riesgo de desaparición o disminución de valor de la garantía debido a un siniestro[59].

El requisito de la tasación de este inmueble se convierte en un básico para esta modalidad hipotecaria.

Ello es así porque la hipoteca inversa es un producto financiero en el que su amortización descansa casi exclusivamente en el valor del inmueble, ya que la entidad acreedora no va a percibir, por lo general, ninguna cantidad en concepto de amortización del capital o intereses durante la vida del deudor hipotecario.

El valor de tasación que se tiene en cuenta para calcular la cantidad a prestar por la entidad acreedora es el actual de la vivienda en el momento en el que se solicita la constitución de la hipoteca inversa.

No obstante, lo ideal sería que se realizase obligatoriamente una revisión periódica de la tasación del inmueble.

Además, la tasación afecta directamente a la cantidad del préstamo que el solicitante va a recibir.

58 Vid. Devesa-Carpio, J. E., Devesa-Carpio, M., Domínguez-Fabián, I., Encinas-Goenechea, B. Meneugaya, R. y Nagore-García. A.: "Análisis financiero-fiscal de la hipoteca inversa en España", *Innovar*, Volumen 22, núm. 45, 2012, p. 114, en https://revistas.unal.edu.co/index.php/innovar/article/view/36296 (Consulta 1 octubre 2020)

59 Vid. Serrano, P., Lafuente, J. A., y Martínez Ramallo, J.: Informe "Alternativas a la insuficiencia de las pensiones: instrumentos para dotar de liquidez a los activos inmobiliarios", Instituto Santa Lucía, p. 52, en https://institutosantalucia.es/wp-content/uploads/2019/02/informe-alternativas-a-la-insuficiencia-de-las-pensiones.pdf (Consulta 1 octubre 2020)

Este tema es muy importante, debido a que las disposiciones efectuadas por el deudor tienen como límite el valor tasado de la vivienda; es decir, el principal del crédito hipotecario más los intereses devengados y otros gastos previstos al contratar la operación. La suma de estas cantidades equivaldrá al valor de la vivienda a la fecha del vencimiento de la hipoteca inversa que no es otra que la del fallecimiento del solicitante-deudor[60].

En el momento del otorgamiento de la escritura de constitución de hipoteca inversa, la entidad acreedora deberá aportar la correspondiente tasación, que deberá ser incorporada, en original o por testimonios, a la escritura matriz. En todo caso, el valor de tasación formará parte del contenido contractual de la escritura de hipoteca y, por tanto, tendrá que ser aceptado, de forma expresa, por la parte deudora.

Las sociedades de tasación y los servicios de tasación de las entidades de crédito, tal como se refleja en el art. 3 de la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de Regulación del Mercado Hipotecario, en su nueva redacción tras la entrada en vigor de la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social[61], estarán sometidos a los requisitos de homologación previa, independencia y secreto que se establezcan reglamentariamente.

Con la Ley 1/2013, además de endurecerse las exigencias de independencia para las sociedades de tasación con diversas medidas, se refuerza la obligación de las entidades financieras de aceptar la entregada por el cliente. Así, antes se decía que debían aceptar cualquier tasación, cuando ahora se dice que están obligadas y, además se ha añadido el último párrafo en que se califica de infracción grave o muy grave de una entidad de crédito el no aceptar cualquier tasación de un bien presentada por el cliente, siempre que sea certificada por un tasador homologado.

60 Vid. García Mares, S.: *La Hipoteca Inversa,* cit., pp. 168 y 169.
En sentido similar se pronuncia la *Guía de acceso a la Hipoteca Inversa*, cit., p. 19: "en el capital que la entidad ofrecerá disponer, además de la edad y de la esperanza de vida del titular, influye de forma determinante el valor del inmueble.
Tasando el bien inmueble de forma correcta, se hará factible que el solicitante obtenga el máximo valor del inmueble y se incrementará la posibilidad de que el acreedor, en su día, cobre la deuda, incluyendo capital, intereses y costas.
Es posible, en todo caso, que el cliente pueda presentar una propuesta de tasación si esta la ha hecho un tasador homologado. Al margen de que la entidad realice las necesarias comprobaciones, deberá aceptar la tasación propuesta siempre que esté vigente, esto es, durante los seis meses siguientes a su emisión".

61 En relación con las medidas adoptadas por esta ley para reforzar la protección del deudor hipotecario, puede verse Fernández-Sancho Tahoces, A. S.: "Derecho a la vivienda y ejecución hipotecaria: valoración de las recientes reformas legales", *Diario La Ley*, núm. 8529, 2015, pp. 19 a 25; y "Dación en pago y ejecución hipotecaria: tratamiento jurisprudencial y respuesta del legislador", en *Justicia en tiempos de crisis*, Servicio editorial de la Universidad del País Vasco, 2016, pp. 509 a 533.

Por tanto, la aportación del certificado de tasación es un requisito fundamental para la constitución de la hipoteca inversa, exigido en la misma Disposición Adicional 1.ª

La razón de que la vivienda, objeto de hipoteca inversa, sea tasada, se debe a la necesidad de calcular el importe de esta vivienda de forma contrastada para poder llevar a cabo esta operación financiera atendiendo al valor del bien, resultante de la tasación, y prevenir así el riesgo de tener un patrimonio negativo al vencimiento.

Por último, aunque la ley no diga nada, al igual que en el caso de una hipoteca convencional, estamos ante la hipoteca de una finca registral, la cual estará por lo general libre de cargas, para poder establecer sobre ella una hipoteca inversa con rango de primera hipoteca. Y donde no deberá existir ningún tipo de prohibición de disponer, de las expresadas en el art. 26 LH[62].

Ciertamente, aunque no se recoja como requisito en el texto de la Ley 41/2007, de 7 de diciembre, también se exige que la vivienda haya sido pagada por completo o que quede solamente un pequeño saldo.

Lógicamente, si la vivienda, con anterioridad a la constitución de una hipoteca inversa, está hipotecada, para optar a esta modalidad se tendrá que realizar un desembolso para liquidar el capital pendiente del préstamo y cancelar esa hipoteca, circunstancia que tendrá como resultado que las prestaciones que vaya a recibir el deudor en la hipoteca inversa sean menores.

De ese modo, la hipoteca inversa se utilizará en los casos en los que la vivienda esté pagada, o al menos en su mayor parte, y se tenga necesidad de dinero. La vivienda tendrá que estar libre de cargas y gravámenes.

En el supuesto de que se quiera optar a la hipoteca inversa y la vivienda objeto de la misma se encuentre alquilada, no podrá constituirse esta hipoteca hasta que no finalice el contrato de arrendamiento. La justificación es que si esta vivienda ha de ser la habitual del solicitante hipotecario, no tiene ningún sentido que se encuentre alquilada a un tercero[63].

B) Hipoteca inversa de bienes inmuebles distintos de la vivienda habitual.

Tras permitir este tipo de hipotecas inversas "atípicas", la ley decide la no aplicación a ellas de los beneficios fiscales, ni notariales ni registrales. Con ello el legislador deja claro que la hipoteca inversa trata, sobre todo, de beneficiar el

62 Vid. Orts Santos, M. J.: *Hipoteca Inversa,* tesis doctoral inédita, Salamanca, 2012, p. 254.

63 Vid. Luque Jiménez, M. C.: "Una nueva modalidad de hipoteca", cit., p. 227.

ahorro invertido en la adquisición de la vivienda habitual y no se convierta en una forma de especulación inmobiliaria[64].

El problema en la práctica se puede producir, cuando trate de averiguarse si una determinada vivienda es o no la habitual del deudor hipotecante. No hay norma, ni civil ni fiscal, que, a efectos de la hipoteca inversa, lo determine. Cuando surja contienda al respecto, parece que deberán admitirse cualesquiera medios de prueba (entre los que el empadronamiento podrá ser uno de ellos, y no siempre definitorio de la realidad: personas que no han cambiado su empadronamiento o, al contrario, que lo fijan en un municipio donde no residen habitualmente)[65].

Intentando dar una solución práctica al asunto, en caso de que el deudor sea propietario de una única vivienda, parece claro y lógico pensar que se trata de su vivienda habitual.

Si es propietario de varias viviendas, parece que quedarían fuera del ámbito de aplicación de esta ley las segundas residencias o residencias de recreo.

En el caso de viviendas ubicadas en la misma ciudad, generalmente va a ser la vivienda de más valor, cuyo valor patrimonial le va a permitir una mayor disponibilidad pecuniaria de esta hipoteca.

En todo caso, en el contrato de préstamo hipotecario, elevado a público, el prestatario va a declarar que efectivamente la vivienda que se hipoteca es su vivienda habitual. A partir de este momento, quien tenga algún interés en demostrar lo contrario, aportará los datos necesarios que lo demuestren, acudiendo al padrón municipal, domicilio fiscal, u otros medios a su alcance[66].

La extensión a «otros inmuebles» y el tenor literal del apartado 10 de la Disposición Adicional 1.ª suscita dudas en cuanto a su aplicación. La determinación concreta de los apartados que no han de aplicarse en estos supuestos debió explicitarse en el texto de la Ley y no dejarse a criterio del intérprete[67].

Por último, el requisito de constitución sobre la vivienda habitual, se cuestiona por la doctrina, ya que su eliminación podría haber ayudado, por ejemplo, a limar la ya mencionada «cultura de la herencia», por cuanto el anciano podría constituir hipoteca inversa sobre un inmueble distinto de la vivienda habitual, desapareciendo

64 Vid. Orts Santos, M. J.: *Hipoteca Inversa,* cit., p. 441.

65 Vid. Merino Hernández, J. L.: *Memento Experto,* cit., p. 352.

66 Vid. Orts Santos, M. J.: *Hipoteca Inversa,* cit., p. 258.

67 Vid. Luque Jiménez, M. C.: "Una nueva modalidad de hipoteca", cit., p. 255.

el efecto negativo que para él supone que la vivienda familiar pueda desaparecer del patrimonio de sus hijos, si éstos no pudieran hacer frente a la deuda[68].

Asimismo, si se tiene en cuenta la pretendida finalidad social de la hipoteca inversa, no se entiende por qué no se permite que el propietario pueda constituir una hipoteca inversa sobre una segunda residencia para sufragar, por ejemplo, los costes de un centro residencial[69].

IV. MODALIDADES.

La hipoteca inversa, entendida como mecanismo para la obtención de ingresos adicionales sin perder la titularidad de la vivienda, puede adoptar diversas modalidades[70].

1. Hipoteca inversa simple.

Tiene carácter temporal, se pacta por un determinado número de años, con lo que no se cubre el riesgo de longevidad. Si el interesado sobrevive a la edad estimada de la operación (se hace un cálculo de la esperanza de vida), dejará de percibir los ingresos complementarios, lo que debe advertirse y destacarse para evitar situaciones de necesidad en el futuro.

La ventaja de esta modalidad es la obtención de un mayor nivel de ingresos derivados de la vivienda.

Precisamente, una de las deficiencias técnicas de la normativa española reguladora de la hipoteca inversa es su ambigüedad o falta de claridad en este tema, ya que no prevé específicos mecanismos por lo que afecta a un elemento tan básico para su constitución como es la seguridad con la que ha de contar el prestatario de seguir percibiendo las rentas si, una vez superado el montante máximo del crédito concedido, vive más de lo inicialmente calculado. Esto es, no prevé específicos mecanismos de garantía adicional para cubrir el llamado "patrimonio negativo" (*negative equity*: que la deuda supere el valor de la vivienda).

Ello no impide claro está, como veremos a continuación, que el banco prestamista concierte el correspondiente seguro para garantizar esa eventualidad. En la realidad práctica, todas las entidades bancarias que ofertan la hipoteca inversa en nuestro país, insisten de forma muy clara en que los clientes se acojan

68 Vid. Zurita Martín, I.: "La nueva normativa reguladora de la hipoteca inversa", p. 1315.

69 Vid. Simón Moreno, H.: "La realidad de la hipoteca inversa en España y en el derecho comparado y su rol en el sostenimiento del Estado del Bienestar", *Revista de la Cátedra UNESCO de Vivienda de la Universidad Rovira i Virgili*, núm. 6, diciembre 2016, p. 27.

70 *Guía de acceso a la Hipoteca Inversa,* cit., pp. 15 y ss.

a un seguro que tiene como finalidad asegurar que éste cobre mensualmente la renta vitalicia.

Indudablemente, la necesidad de concertar un seguro adicional que garantice la amortización de la totalidad del préstamo, ante la aleatoriedad que caracteriza este tipo de hipoteca vitalicia, repercutirá en el encarecimiento del crédito, y puede llegar a suponer hasta un 10% del valor del préstamo.

Los distintos factores de riesgo que intervienen en esta clase de créditos hacen que el coste de estos préstamos resulte más elevado que el de los préstamos convencionales. Ello justifica que el tipo de interés para las hipotecas de esta clase sea significativamente mayor que el aplicado a los préstamos convencionales que, al acumularse al capital dispuesto, cada vez que se devenga, provoca un aumento rápido de la deuda.

Los tipos de interés que se utilizan en la práctica bancaria se sitúan en torno al 6%, a caballo entre los préstamos personales y los préstamos hipotecarios. La valoración del riesgo que realiza la entidad prestamista tiene en cuenta el valor de la vivienda y su posible revalorización, así como la edad del beneficiario.

Evidentemente, el problema del alto coste del préstamo se agrava cuanto menor es la edad del prestatario, pues cuanto más joven es éste, menor será el capital prestado[71].

2. Hipoteca inversa combinada con un seguro de rentas vitalicias diferidas.

Esta modalidad elimina el riesgo de longevidad y el interesado puede tener la seguridad de que durante toda su vida dispondrá de un nivel de ingresos fijos.

No obstante, como acaba de anticiparse, el coste del seguro depende de la edad y del estado de salud del solicitante.

Por lo tanto, en el caso de la hipoteca inversa los ingresos del contratante serán regulares, pero —a diferencia de otras alternativas que veremos a continuación— sin perder la titularidad de la casa. Podrá seguir habitándola. Serán sus herederos, una vez que surja su derecho tras el fallecimiento del propietario, y si les interesa, quienes valorarán mantener o no la propiedad del inmueble y, a partir de entonces, hacerse cargo de la deuda, cuyo montante dependerá de los años en que se haya

71 En relación a la inseguridad jurídica generada en el potencial cliente y el coste del seguro, vid. Zurita Martín, I.: "La nueva normativa reguladora de la hipoteca inversa", p. 1288; y pp. 1315 y 1316.
Sobre el alto coste de la hipoteca inversa incide asimismo Simón Moreno, H.: "La realidad de la hipoteca inversa en España y en el derecho comparado" cit. pp. 27 y 28, donde alude al concepto de *negative equity.* Aspectos concretos de la evolución de la deuda pendiente en la hipoteca inversa en una oferta hipotética de la misma, pueden verse en Simón Moreno, H.: *La optimización de la hipoteca inversa,* cit., pp. 42 y 43.

recibido la renta. Si esta opción se combina con un seguro de rentas vitalicias diferidas, éste garantiza la percepción de una renta mensual de por vida a partir de un determinado momento futuro (por eso lo de «diferidas»).

A partir de ese momento (el que la entidad considera como esperanza de vida), el interesado seguirá cobrando a través del seguro de rentas vitalicias diferidas, que suele abonarse en un pago único a la firma del préstamo. Es, por tanto, una forma de convertir el producto en una hipoteca inversa vitalicia.

Si el interesado fallece antes, la renta vitalicia asegurada no llegará a constituirse.

El inconveniente, ya señalado más arriba, respecto a la hipoteca inversa simple, es el menor nivel de ingresos derivados de la vivienda, dado el coste del seguro.

V. OTROS PRODUCTOS DE CONVERSIÓN DE ACTIVOS INMOBILIARIOS AFINES A LA HIPOTECA INVERSA.

El término productos de conversión de activos inmobiliarios tiene su origen en el concepto inglés *equity release schemes.*

Bajo ese título se describe el proceso económico-financiero de transformación de un activo fijo en un activo líquido[72].

Con esa finalidad, convertir en renta periódica el valor de un inmueble, estarían, además de la hipoteca inversa, la vivienda-pensión, el contrato de renta vitalicia, la conversión de la vivienda en una renta vitalicia asegurada, o el contrato de alimentos.

Sin embargo, a diferencia de la hipoteca inversa, conllevan la transmisión de la titularidad de la vivienda, con lo que los herederos no tienen opción de adquirir la propiedad.

1. Vivienda pensión (venta con reserva de usufructo o venta de nuda propiedad).

El producto vivienda-pensión puede ser una solución idónea para aquellas personas que necesiten vender su vivienda a fin de conseguir ingresos complementarios y que tengan interés en seguir habitándola de forma vitalicia.

El producto vivienda-pensión consiste en la venta de la vivienda con reserva del derecho de usufructo vitalicio. Nuestro Código Civil regula en sus arts. 467 a 522 el derecho real de usufructo. Se trata del derecho de usar y disfrutar de la cosa usufructuada. El titular de este derecho sobre una vivienda (usufructuario)

72 Vid. Sánchez-Ventura Morer, I.: *La hipoteca inversa en el Derecho español,* cit., pp. 70 y 71.

puede no solo usarla sino también alquilarla (percibir sus frutos). De esta manera el propietario tiene la nuda propiedad de la vivienda, pero no su uso y disfrute, que corresponde al usufructuario.

Por tanto, la operación de vivienda-pensión consiste en que los propietarios de una vivienda la venden y obtienen un precio a cambio, pero retienen el usufructo, es decir, el derecho de uso y disfrute de la misma mientras vivan. Pueden seguir habitando la vivienda, o incluso alquilarla, hasta el momento del fallecimiento.

Naturalmente, el valor de la venta con reserva del derecho de usufructo será inferior al de la venta de la plena propiedad. La diferencia será inversamente proporcional a la edad de usufructuario: cuanto mayor esperanza de vida tenga, mayor será también el valor del usufructo y menor por tanto la cantidad percibida por la venta.

Cuando se produzca el fallecimiento del usufructuario, el derecho de usufructo se extingue y se consolida la propiedad plena. De esta manera el adquirente, que hasta ese momento solo tenía un derecho de propiedad limitado, pasa a tener un derecho pleno[73].

2. Contrato de renta vitalicia.

Otra posibilidad es el contrato de renta vitalicia, que se define por el art. 1802 CC como aquel contrato aleatorio en virtud del cual queda obligada una persona a pagar una pensión o rédito anual durante la vida de una o más personas determinadas, a cambio de un capital en bienes muebles o inmuebles, cuyo dominio se le transfiere, desde luego, con la carga de la pensión. La aleatoriedad tiene lugar en tanto que el montante final de la pensión puede ser superior o inferior al valor de los bienes transmitidos[74].

La doctrina defiende en este sentido el uso de instituciones tradicionales para solventar las necesidades de las personas mayores, como el contrato de renta vitalicia, en lugar de importar productos como la hipoteca inversa que se apartan de la configuración tradicional de la hipoteca en nuestro ordenamiento jurídico. Y defiende el uso de esta institución respecto a la hipoteca inversa por diversas razones.

73 Acerca de la vivienda-pensión puede verse, Informe Santa Lucia "Alternativas a la insuficiencia de las pensiones" cit., p. 50; Serrano De Nicolás, A.: "Régimen jurídico de la hipoteca inversa" cit., p. 40; Herranz González, R.: "Hipoteca Inversa y figuras afines", Madrid, Portal Mayores, *Informes Portal Mayores*, núm. 49, 2009, en http://envejecimiento.csic.es/documentos/documentos/herranz-hipoteca-01.pdf (Consulta 1 octubre 2020) y Cabrero García, J.: "La hipoteca Inversa, un abanico de opciones para la jubilación ante la crisis del sistema público de pensiones", *Actuarios*, núm. 42, 2018, p. 60.

74 Sobre el contrato de renta vitalicia puede verse Toral Lara, E.: *El contrato de renta vitalicia*, Madrid, 2009, pp. 364 y ss.

En primer lugar, por la posibilidad de transmitir la nuda propiedad de un inmueble como capital, con lo que el rentista podría continuar disfrutando del bien inmueble gracias a un usufructo. Así se conseguirían los mismos efectos prácticos que la hipoteca inversa.

En segundo lugar, por la naturaleza vitalicia del contrato, lo que no tiene lugar en la hipoteca inversa, por lo que no sería necesario concluir un seguro para seguir percibiendo las rentas, y por la ausencia del pago de costosos intereses moratorios.

Y en tercer y último lugar, por la posibilidad de que el rentista transmita su derecho a un tercero, lo que no puede realizar el beneficiario de las rentas en la hipoteca inversa.

Ciertamente, la potenciación de esta institución podría servir en aquellos casos en los que la persona mayor no tiene herederos, y permite a la persona mayor desligarse del pago de todos los gastos asociados a la propiedad de un inmueble, como el impuesto de bienes inmuebles o la comunidad de propietarios.

3. Transformación de la vivienda en una renta vitalicia asegurada.

En cuanto a la conversión de la vivienda en una renta vitalicia asegurada, el legislador ha potenciado fiscalmente dicha opción, a través de la Ley 26/2014, de 27 de noviembre, que ha modificado el art. 38 Ley 35/2006, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas. Según este precepto, el interesado, que ha de ser mayor de 65 años, puede transmitir, quedando la plusvalía libre de impuestos, no sólo la vivienda, sino cualquier activo patrimonial, siempre que el importe total obtenido por la transmisión se destine a constituir una renta vitalicia asegurada[75] y se constituya en el plazo de seis meses desde la fecha de transmisión del elemento patrimonial. La cantidad máxima total cuya reinversión en la constitución de rentas vitalicias dará derecho a aplicar la exención será de 240.000€[76].

75 A la constitución de rentas vitalicias aseguradas resultantes de los planes de ahorro sistemático, se refiere la disposición adicional tercera de la ley 35/2006, de 28 de noviembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas: "Los planes individuales de ahorro sistemático se configuran como contratos celebrados con entidades aseguradoras para constituir con los recursos aportados una renta vitalicia asegurada, siempre que se cumplan los siguientes requisitos: a) Los recursos aportados se instrumentarán a través de seguros individuales de vida en los que el contratante, asegurado y beneficiario sea el propio contribuyente. b) La renta vitalicia se constituirá con los derechos económicos procedentes de dichos seguros de vida. En los contratos de renta vitalicia podrán establecerse mecanismos de reversión o periodos ciertos de prestación o fórmulas de contraseguro en caso de fallecimiento una vez constituida la renta vitalicia. c) El límite máximo anual satisfecho en concepto de primas a este tipo de contratos será de 8.000 euros, y será independiente de los límites de aportaciones de sistemas de previsión social. Asimismo, el importe total de las primas acumuladas en estos contratos no podrá superar la cuantía total de 240.000 euros por contribuyente."

76 Vid. Simón Moreno, H.: *La optimización de la hipoteca inversa,* cit., pp. 169 y 170.
Partidario de esta figura, dados sus beneficios fiscales, se muestra Ramón Lozano, J.: "Cuidado con la hipoteca inversa", *Escritura Pública*, julio-agosto 2019, p. 57.

Otro beneficio fiscal incluido en la Ley 35/2006, en su art. 7 v), es la exención de las rentas que se pongan de manifiesto en el momento de la constitución de rentas vitalicias aseguradas resultantes de los planes individuales de ahorro sistemático, a que se refiere la disposición adicional tercera.

Asimismo, la tributación de la renta vitalicia que se cobra cada año también es muy favorable, ya que, a partir de los 70 años de edad, el 92% de lo cobrado queda exento de tributación por IRPF, y sólo se tributa por el 8%, según lo dispuesto en el art. 25.3 de la Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas.

De este modo, el vendedor puede obtener financiación por el valor de mercado de la vivienda (sensiblemente mayor al valor por el que se puede hipotecar). Por ello la renta vitalicia que puede adquirir también será muy superior al de la alternativa hipotecaria.

El gran inconveniente de esta figura frente a la hipoteca inversa, es que el vendedor pierde el uso de la vivienda transmitida[77]. Sería por tanto una alternativa interesante, dados sus beneficios fiscales, para el caso de tener una segunda vivienda.

4. El contrato de alimentos.

Los arts. 1791 y siguientes del Código Civil, regulan el contrato de alimentos, por el que una de las partes -el alimentante- se obliga a proporcionar vivienda, manutención y asistencia de todo tipo a una persona -el alimentista durante su vida, a cambio de la transmisión de un capital en cualquier clase de bienes y derechos[78].

La inclusión de estos preceptos en el Código Civil tuvo lugar gracias a la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de Protección Patrimonial de las personas con discapacidad, y la utilidad de este contrato, de acuerdo con su Exposición de Motivos, resulta especialmente patente cuando sean los padres de un hijo con discapacidad los que transmitan al alimentante el capital en bienes muebles o inmuebles en beneficio de su hijo a través de una estipulación a favor de tercero.

Por lo tanto, este contrato, que tiene un ámbito de aplicación más amplio que el contrato de renta vitalicia (la referencia al "capital" permite incluir otro tipo de bienes muebles o inmuebles, como derechos), permite a una persona (el

77 Vid. Serrano, P., Lafuente, J. A., y Martínez Ramallo, J.: Informe "Alternativas a la insuficiencia de las pensiones", cit., p. 49.

78 Acerca de los mismos, vid. Moreno Martínez, J. A.: "Comentario a los artículos 1791 a 1797 del Código Civil", en *Comentarios al Código Civil*, (dir. por Bercovitz Rodríguez-Cano, R.), T. IX, Tirant lo Blanch, 2013, pp. 12258 a 12309.

transmitente, que no tiene por qué reunir determinados requisitos subjetivos) transmitir un bien inmueble para que ella misma o un tercero por ella designado disfrute durante su vida de vivienda, manutención y asistencia. En la práctica se suele transmitir la nuda propiedad de la vivienda habitual al alimentante, que accede al Registro de la Propiedad, mientras que el alimentista retiene el usufructo garantizándose así el disfrute de la vivienda hasta su fallecimiento.

En relación al contenido de la obligación del alimentante, serán las que resulten del contrato, por ejemplo, se puede realizar una remisión genérica a la obligación legal de alimentos o una descripción más detallada, y, a falta de pacto en contrario, no dependerá de las vicisitudes del caudal y las necesidades del obligado ni de las del caudal de quien los recibe (art. 1793 CC), es decir, dependerá de las concretas necesidades del alimentista.

El incumplimiento de la obligación de alimentos dará derecho al alimentista -sin perjuicio de lo dispuesto en el art. 1792 CC- a optar entre exigir el cumplimiento, incluyendo el abono de los devengados con anterioridad a la demanda, o la resolución del contrato. En este sentido, dispone el art. 1797 CC que el derecho del alimentista podrá garantizarse frente a terceros con el pacto inscrito en el Registro de la Propiedad (si se transmiten bienes registrables, como un inmueble) en el que se dé a la falta de pago el carácter de condición resolutoria explícita, además de mediante el derecho de hipoteca (art. 157 LH).

Finalmente, la Ley no incorporó exenciones fiscales que hicieran más atractiva esta figura, lo que ha sido criticado doctrinalmente. Dado que el alimentista cede la vivienda habitual al alimentante, lo que ordinariamente tendrá lugar en escritura pública, ello implicará en la práctica el pago del impuesto de actos jurídicos documentados por el alimentista, y el de transmisiones patrimoniales por el alimentante[79].

VI. REFLEXIONES FINALES.

1. La oportunidad de la hipoteca inversa.

Ante las dudas que está planteando el futuro de la pensión pública y la concentración del ahorro en inmuebles de los españoles, la hipoteca inversa vuelve a ponerse encima de la mesa como parte de la solución ante la merma de ingresos de los más mayores.

79 Vid. Simón Moreno, H.: *La optimización de la hipoteca inversa,* cit., pp. 171 y 172
Del contrato de alimentos como producto de conversión de activos inmobiliarios también se ocupa Sánchez-Ventura Morer, I.: *La hipoteca inversa,* cit., p. 78.

En España, las estadísticas indican un paulatino proceso de envejecimiento que le llevará a ser el segundo país más envejecido del mundo en el año 2050, y en el año 2060 la población con más de 65 años alcanzará los 15,6 millones de personas (doblando la población actual).

Esta evolución demográfica y su impacto en las arcas públicas puede abocar a las personas mayores a la constitución de hipotecas inversas para complementar sus ingresos.

A ello hemos de unir la alta tasa de propiedad de la vivienda. En España hay más de 8 millones de personas mayores de 65 años, y el 90,1% es propietario de una vivienda.

El ahorro acumulado en vivienda alcanza los 600.000 millones de euros y hay una carencia de ahorro finalista en planes de pensiones y jubilación[80].

También es necesario resaltar las nuevas tendencias sociodemográficas: a nivel sociocultural, la evolución de la sociedad hacia nuevos tipos de familias, la drástica caída de la natalidad en las últimas décadas y la movilidad creciente de los hijos, especialmente en los años posteriores al estallido de la crisis, es de esperar que afecten a la cultura de transmisión intergeneracional del patrimonio disminuyendo el deseo de transmitir una vivienda libre de cargas a los hijos.

Las alternativas que permiten retener la propiedad de la vivienda (como la hipoteca inversa), contienen incentivos destinados a superar posibles barreras "emocionales" habituales en las personas mayores.

Así, los individuos no tienen que abandonar sus hogares y pueden seguir viviendo en ellos hasta el fin de sus días. Por tanto, se mantiene el vínculo afectivo con la propiedad durante su vejez.

Estaríamos ante una opción con un alto grado de privacidad, que no impacta en su estatus ni les obliga a reducir su espacio vital o cambiar de hábitos[81].

Desde la perspectiva de la entidad prestamista, la vinculación hipotecaria intergeneracional permite alargar el ciclo vital de la hipoteca más allá del ciclo vital del deudor hipotecario si sus herederos deciden subrogarse en la deuda pendiente a su fallecimiento.

80 Según datos de la consultora Optima Mayores. A este respecto, vid. Cominges Rodríguez-Carreño, A.: *Libro Blanco de la Hipoteca Inversa*, Óptima mayores, 2019, pp. 7 a 14, disponible en https://optimamayores.com/descargas//libro-blanco-hipoteca-inversa.pdf (Consulta 1 octubre 2020)

81 Vid. Serrano, P., Lafuente, J. A., y Martínez Ramallo, J.: Informe "Alternativas a la insuficiencia de las pensiones", cit., p. 61.

Además, si bien las entidades prestamistas afrontan en las hipotecas inversas una serie de riesgos que incrementan los costes de transacción, sigue siendo un buen negocio, al estar los tipos de interés que se utilizan en la práctica bancaria en torno al 6%, a caballo entre los préstamos personales y los préstamos hipotecarios, y el coste del seguro de renta vitalicia diferida entre un 10% y un 15% del valor de la vivienda.

Además, la hipoteca inversa puede ser una plataforma para la comercialización de otros productos accesorios.

Es cierto que la propia naturaleza de la hipoteca inversa dificulta que la entidad obtenga el mismo beneficio que estos productos le reportan en las hipotecas de amortización tradicional, pero nada obsta a que las rentas percibidas por el beneficiario se destinen por ejemplo a la contratación de productos de inversión[82].

Todo ello pone de relieve la necesidad social y económica de la hipoteca inversa.

2. Medidas a adoptar para potenciar la hipoteca inversa como mecanismo complementario al sistema de pensiones.

Puede hablarse de tres condiciones de mercado que determinan el potencial éxito de los productos de licuación del patrimonio.

En primer lugar, la existencia de un porcentaje significativo de viviendas en propiedad (es de esperar que en el próximo decenio las personas más longevas seguirán teniendo de forma generalizada una vivienda en propiedad como forma de ahorro).

En segundo lugar, un nivel adecuado de educación financiera[83].

82 Vid. Simón Moreno, H.: *La optimización de la hipoteca inversa,* cit., pp. 42 a 44.

83 En este sentido, el nuevo art. 32 octies. de la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, en su nueva redacción dada por la Orden ECE/482/2019, de 26 de abril dispone que "El Banco de España y la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones elaborará conjuntamente una «Guía de Acceso a la Hipoteca Inversa» en términos adaptados y análogos a los previstos en la disposición adicional tercera de la Ley 5/2019, de 15 de marzo", disposición esta última, que en lo relativo a la Educación financiera, establece en su apartado segundo: "El Banco de España elaborará y mantendrá actualizada una «Guía de Acceso al Préstamo Hipotecario» y una «Guía de Acceso a la Hipoteca Inversa». Los prestamistas e intermediarios de crédito inmobiliario tendrán dichas guías a disposición de los prestatarios en la forma que se determine por la persona titular del Ministerio de Economía y Empresa. En todo caso, se incorporará una referencia a la web del Banco de España en los folletos informativos".
La elaboración de dicha Guía ya se preveía en la redacción original de la Orden de 2011, y en la actualidad va por la segunda edición, correspondiente a 2017. La primera se publicó con marcado retraso respecto al mandato de la referida orden, en junio de 2015, casi cuatro años después.

En relación al mismo, es esperable que, en el medio plazo, las iniciativas ligadas a la educación financiera contribuirán a que el conocimiento de este tipo de productos sea más amplio y profundo por parte de sus potenciales destinatarios.

Este lento camino de educación y aprendizaje puede acelerarse a medida que los reguladores y el sector asegurador sean conscientes de la necesidad de aumentar los fundamentos de decisión financiera de los consumidores en general[84].

Finalmente, en tercer lugar, ha de hablarse de la existencia de un marco institucional sólido como condición imprescindible para el desarrollo de un mercado eficiente de productos que doten liquidez al patrimonio. En este sentido, cuestiones relacionadas con i) reformas legislativas consensuadas y estables en el tiempo, que garanticen la sostenibilidad del sistema público de pensiones, ii) el diseño de incentivos fiscales que catalicen la contratación de estos productos, y iii) la existencia de un marco jurídico transparente, con reglas claras y dotado de un sistema de resolución de conflictos ágil y accesible al ciudadano, son condiciones necesarias para el potencial desarrollo de estos productos[85].

Para conseguir ese objetivo, sería deseable una mayor implicación del Gobierno en su comercialización, tanto a nivel jurídico, con una mayor transparencia y protección del solicitante, dotando a esta figura de mayor seguridad jurídica, solventando las dudas e inconvenientes puestos de relieve al estudiar su regulación; como a nivel económico, con el aseguramiento de la percepción de las rentas al beneficiario y la recuperación de la deuda a la entidad prestamista[86], la subvención de parte del seguro de renta vitalicia diferida, el establecimiento

84 Ha de recordarse aquí los datos ya referidos más arriba, al tratar su régimen de transparencia, incluidos en Domínguez, I. y Ayuso, M.: Informe FEF "Sector asegurador: Impacto de las tendencias macroeconómicas y demográficas" cit., disponible en https://www.inmoley.com/NOTICIAS/1812345/2018-1-inmobiliario-urbanismo-vivienda/inmoley-hipoteca-inversa.pdf, (Consulta 1 octubre 2020), según el cual, las hipotecas inversas (a pesar de la mencionada elaboración por el Banco de España de una guía de acceso la Hipoteca Inversa) son un producto financiero poco conocido en nuestro país por las personas mayores de 60 años: el 77% no ha oído hablar nunca sobre las hipotecas inversas, y de aquellos que han oído hablar sobre ellas, una cuarta parte tiene una idea incorrecta de las mismas. Como consecuencia, un 83% de las personas mayores desconocen o conocen incorrectamente este producto.

85 Vid. Serrano, P., Lafuente, J. A., y Martínez Ramallo, J.: Informe "Alternativas a la insuficiencia de las pensiones", cit., pp. 57 a 60.

86 En España, a diferencia de otros países, como Estados Unidos, el Estado no se implica activamente en la comercialización de las hipotecas inversas. El poder ejecutivo se limita a ofrecer unas reglas con el objetivo de intentar ofrecer seguridad jurídica a los actores implicados, pero el propio Gobierno ha admitido la insuficiencia de la normativa en vigor.
En Estados Unidos el apoyo gubernamental va más allá y se destina a proteger tanto al prestamista (si la deuda acaba por superar el valor de la vivienda), como al consumidor (si el prestamista, por ejemplo, cae en bancarrota y no puede asumir el pago de las rentas), gracias a la *no negative guarantee.* Vid. Simón Moreno, H.: *La optimización de la Hipoteca Inversa,* cit., pp. 264 y 265.
Si bien puede cuestionarse que, en nuestro caso, el Estado deba involucrarse en la comercialización de hipotecas inversas, en tanto que serían todos los ciudadanos los que terminarían finalmente por sufragar estos costes; ello podría defenderse desde una doble perspectiva: a) como un apoyo expreso del Gobierno a la vivienda en propiedad; o b) como una vía para complementar los ingresos en la jubilación, por lo que los ciudadanos estarían apoyando -indirectamente- a los ciudadanos de la tercera edad . Vid. Simón Moreno, H.: *La optimización de la hipoteca inversa,* cit., pp. 268 y 269.

de algún mecanismo fiscal que incentive su uso, o la financiación de parte de los intereses remuneratorios[87].

A nivel jurídico el propio ejecutivo reconoce que falta regulación para la hipoteca inversa. Según el gobierno sería necesario regular el funcionamiento y las exigencias de estos productos para que los bancos estuvieran preparados y tuvieran un marco adecuado en el que pudieran lanzar este tipo de productos.

La regulación del consumo de capital para los bancos, de los riesgos asumidos y de la transparencia son algunos de los puntos que deberían regularse[88].

Todo ello podría incrementar la confianza y reputación de las entidades de crédito, que ha quedado seriamente dañada después de las malas prácticas bancarias desarrolladas durante la burbuja inmobiliaria.

Es indudable que la recuperación del sector inmobiliario en nuestro país hace de la hipoteca inversa una alternativa viable para complementar una pensión pública con escasa revalorización, ante el aumento de la esperanza de vida y de los gastos tras la jubilación.

En todo caso, ello depende del rol que desempeñe la hipoteca inversa en nuestro Estado del bienestar, que puede suponer establecer o no la vivienda en propiedad como otro pilar del bienestar de las personas mayores al mismo nivel que los mecanismos tradicionales de protección: las pensiones públicas y los planes de pensiones privados[89].

87 Vid. Simón Moreno, H.: *La optimización de la hipoteca inversa,* cit, p. 271.

88 Vid. Expansión, "El Banco de España dice que falta regulación para la hipoteca inversa" cit., en https://www.expansion.com/empresas/banca/2019/09/26/5d8bc1e2e5fdeaa14f8b45a6.html (Consulta 1 octubre 2020)

89 Vid. Simón Moreno, H.: *La optimización de la hipoteca inversa,* cit., pp. 267 y 271.

BIBLIOGRAFIA

ACHÓN BRUÑEN, Mª J.: *La hipoteca y el procedimiento hipotecario. 443 preguntas y respuestas. Novedades tras la ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los Contratos de Crédito Inmobiliario*, Sepín, Madrid, 2019.

ARMIGO PLIEGO, A.: *"Variaciones en el tipo de interés. Vencimiento anticipado e intereses de demora",* en Comentario a la Ley Reguladora de los Contratos de Crédito Inmobiliario, capítulo XIII, (dir. LÓPEZ JIMÉNEZ, J. Mª.), BOSCH, MADRID, 2019.

CABRERO GARCÍA, J.: "La hipoteca Inversa, un abanico de opciones para la jubilación ante la crisis del sistema público de pensiones", *Actuarios*, núm. 42, 2018.

CARRASCO PERERA, A.:

- "Comentario a la RDGRN de 1 de octubre de 2010", *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 86, Civitas, Madrid, 2011.

- "Inscripciones registrales de hipotecas inversas", en *Anuario contencioso para abogados. Los casos más relevantes sobre litigación y arbitraje en 2008 de los grandes despachos*, La Ley, Madrid, 2009.

CASTELLANOS CÁMARA, S.: *La Hipoteca Recargable*, tesis doctoral inédita, San Sebastián, 2020.

COMINGES RODRÍGUEZ-CARREÑO, A.: *Libro Blanco de la Hipoteca Inversa*, Óptima mayores, 2019, pp. 7 a 14, disponible en https://optimamayores.com/descargas//libro-blanco-hipoteca-inversa.pdf (Consulta 1 octubre 2020).

DEVESA-CARPIO, J. E., DEVESA-CARPIO, M., DOMÍNGUEZ-FABIÁN, I., ENCINAS-GOENECHEA, B. MENEUGAYA, R. Y NAGORE-GARCÍA. A.: "Análisis financiero-fiscal de la hipoteca inversa en España", *Innovar*, vol. 22, núm. 45, 2012 en https://revistas.unal.edu.co/index.php/innovar/article/view/36296 (Consulta 1 octubre 2020)

DOMÍNGUEZ, I. y AYUSO, M.: Informe FEF "Sector asegurador: Impacto de las tendencias macroeconómicas y demográficas", 2018, disponible en https://www.inmoley.com/NOTICIAS/1812345/2018-1-inmobiliario-urbanismo-vivienda/inmoley-hipoteca-inversa.pdf (Consulta 1 octubre 2020).

DOMÍNGUEZ LUELMO, A: "Comentario al art. 114 LH", en *Comentarios a la Ley Hipotecaria* (dir. por DOMÍNGUEZ LUELMO, A.), 3ª ed., Aranzadi, Pamplona, 2019.

Fernández-Sancho Tahoces, A. S.:

- "Dación en pago y ejecución hipotecaria: tratamiento jurisprudencial y respuesta del legislador", en *Justicia en tiempos de crisis*, Servicio editorial de la Universidad del País Vasco, 2016.

- "Derecho a la vivienda y ejecución hipotecaria: valoración de las recientes reformas legales", *Diario La Ley*, núm. 8529, 2015.

- "La solución al debate sobre la hipoteca recargable (A propósito de la RDGRN de 14 de mayo de 2015)", *Actualidad Civil*, núm. 4, 2016.

Galicia Aizpurua, G.: "El sistema de responsabilidad hereditaria en el Código Civil y en los Derechos civiles autonómicos", pp. 39 a 53, en la obra colectiva *Deudas y Herencia* (dirigida por Galicia Aizpurua, G.), Aranzadi, Pamplona, 2018.

García Mares, S.: *La Hipoteca Inversa*, tesis doctoral inédita, Castellón de la Plana, 2015.

Herranz González, R.: "Hipoteca Inversa y figuras afines", Madrid, Portal Mayores, *Informes Portal Mayores*, núm. 49, 2009, en http://envejecimiento.csic.es/documentos/documentos/herranz-hipoteca-01.pdf (Consulta 1 octubre 2020).

Jiménez Clar, A.: "La hipoteca inversa como instrumento de protección social", Revista de derecho bancario y bursátil, núm. 113, 2009.

Lezaun M.: "¿Vuelve la hipoteca inversa?", *Escritura Pública*, julio-agosto 2019.

Luque Jiménez, M. C.: "Una nueva modalidad de hipoteca: la hipoteca inversa", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 711, 2009.

Martín Faba, A.: "Nulidad de una hipoteca inversa y del seguro vinculado de rentas diferidas", Sentencia JPI nº 44 de Madrid, núm. 395/2016, de 28 de octubre, *Centro de Estudios de Consumo*, *PublicacionesJurídicas* http://centrodeestudiosdeconsumo.com/images/CONTRATACION_BANCARIA/Nulidad-de-una-hipoteca-inversa-y-del-seguro-vinculado-de-rentas-diferidas.pdf (Consulta 1 octubre 2020)

Martín Faba, A.: "Límites a los intereses de demora", en Comentario a la ley de Contratos de Crédito Inmobiliario, capítulo XIV, (dir. por Carrasco Perera, A.), Aranzadi, Pamplona, 2019.

Merino Hernández, J. L.: *Memento Experto, Derechos Reales*, Francis Lefebvre, Madrid, 2013.

Moreno Martínez J. A.: "Comentario a los artículos 1791 a 1797 del Código Civil", en Comentarios al Código Civil, (Dir. por Bercovitz Rodríguez-Cano), T. IX, Tirant lo Blanch, 2013.

Nieto Carol, U.: "Claves actuales de la denominada hipoteca inversa", Actualidad Jurídica Iberoamericana, núm. 12, febrero 2020.

Orts Santos, M. J.: *Hipoteca Inversa*, tesis doctoral inédita, Salamanca, 2012.

Quesada Sánchez, A. J.: "La hipoteca inversa: ¿una opción realmente atractiva?", Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración, núm. 81, 2009.

Ramón Lozano, J.: "Cuidado con la hipoteca inversa", Escritura Pública, julio-agosto 2019, p. 57.

Sánchez-Ventura Morer, I.:

- *La hipoteca inversa en el derecho español*, Civitas, 2013.

- "Limitación de la responsabilidad de los bienes de la herencia por una de las deudas que conforma el haber hereditario", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 752, noviembre-diciembre 2015.

Serrano, P., Lafuente, J. A., y Martínez Ramallo, J.: Informe "Alternativas a la insuficiencia de las pensiones: instrumentos para dotar de liquidez a los activos inmobiliarios", Instituto Santa Lucía, en https://institutosantalucia.es/wp-content/uploads/2019/02/informe-alternativas-a-la-insuficiencia-de-las-pensiones.pdf (Consulta 1 octubre 2020)

Serrano De Nicolás, A.: "Régimen jurídico de la hipoteca inversa", *Revista de Derecho Privado*, núm. 92, 2008.

Simón Moreno, H.:

- *La optimización de la hipoteca inversa desde la perspectiva europea y norteamericana*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018.

- "La realidad de la hipoteca inversa en España y en el derecho comparado y su rol en el sostenimiento del Estado del Bienestar", *Revista de la Cátedra UNESCO de Vivienda de la Universidad Rovira i Virgili*, núm. 6, diciembre 2016.

Toral Lara, E.: *El contrato de renta vitalicia*, Madrid, 2009.

ZURITA MARTÍN, I.: "La nueva normativa reguladora de la hipoteca inversa", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 707, mayo-junio 2008.

EL CONSENTIMIENTO EN EL PROCESO PENAL, ¿UN OXÍMORON?

CONSENT IN THE CRIMINAL PROCESS, AN OXYMORON?

Rev. Boliv. de Derecho Nº 31, enero 2021, ISSN: 2070-8157, pp. 208-235

Silvia BARONA VILAR

ARTÍCULO RECIBIDO: 15 de septiembre de 2020
ARTÍCULO APROBADO: 13 de noviembre de 2020

RESUMEN: Estamos asistiendo, indudablemente, ante un periodo de mudanzas procesales, fruto de la exigencia propulsada desde la expansión del Derecho Penal. Las modificaciones legislativas se han sucedido y, con ellas, se ha producido una reformulación funcional de los protagonistas. Y en esta mudanza cuyo destino no se ve todavía nítido, emerge el consentimiento tanto de los sujetos del proceso como de las víctimas, canalizado a través del reforzamiento del principio de oportunidad. Probation, diversión, conformidad, mediación penal, son instituciones que incorporan el consentimiento con efectos procesales. Hablar de consentimiento en el proceso penal ya no es un oxímoron.

PALABRAS CLAVE: Consentimiento; principio de oportunidad.

ABSTRACT: *We are involved in a moment of deep changes in Criminal Procedure due, among other reasons, to the permanent expansion of Criminal Law. Legislative modifications have taken place one another over the world and they have led to a functional reformulation of the role played by the protagonists of Criminal Procedure. These changes have not finished yet and the future is still to come, but new elements are already emerging: the consent of the actors of the process and of the victims and the reinforcement of the principle of opportunity are undoubtedly some of them. Probation, diversion, compliance, criminal mediation are institutions that stand on the principle of consent for procedural purposes and show this new scenario that is emerging. Speaking about consent in criminal proceedings seems to be no longer an oxymoron.*

KEY WORDS: *Consent; principle of oppotunity.*

SUMARIO.- I. MIRADA HISTÓRICO-POLÍTICA DE LA JUSTICIA PENAL PARADIGMÁTICA.- 1. De cómo se alcanza la Justicia penal paradigmática y su desvinculación de la Justicia civil.- 2. El consentimiento como un corpus alienum en el paradigma de la Justicia penal.- II. Y LLEGÓ LA PRIMERA CONTRADITIO IN TERMINIS: MÁS DERECHO PENAL Y MENOS PROCESO.- 1 De la expansión del Derecho Penal y del Derecho Penal simbólico al modelo preventivo.- 2. Del modelo procesal garantista a su agonía. Una mudanza ¿hacia?- III. MÁS CONSENTIMIENTO EN EL PROCESO PENAL PARA "MENOS PROCESO".- 1. El consentimiento del sujeto pasivo del proceso. Razón de ser.- 2. El consentimiento, principio de oportunidad y la conformidad.- 3. El consentimiento de las víctimas. La Justicia restaurativa y la mediación.- 4. El valor del consentimiento en la prueba penal.- IV. CONCLUSIÓN.

I. MIRADA HISTÓRICO-POLÍTICA DE LA JUSTICIA PENAL PARADIGMÁTICA.

Explicar el significado que el consentimiento pueda tener en el proceso penal amerita exponer, algunos componentes de qué y cómo se conformó la Justicia penal paradigmática, amén de las coordenadas socio-económico-políticas que han marcado la evolución histórico-jurídica y, por ende, el modelo de Justicia penal que durante tantos siglos perduró hasta nuestros días. La estrecha vinculación existente entre este modelo y el valor que pueda otorgarse al consentimiento de los sujetos vinculados a la causa penal es innegable, de ahí que para entender la mayor o menor implicación de la voluntad de las personas y su participación activa o pasiva y las consecuencias jurídico-penales y procesales se hace necesario atender al cuándo y cómo se conformó la Justicia penal paradigmática, los sistemas procesales penales, y la atribución o no de valor al consentimiento en los mismos. A partir de este dato debe explorarse la evolución del modelo y la cada vez más aceptación e integración del consentimiento del investigado-acusado y de la víctima en el mismo.

1. De cómo se alcanza la Justicia penal paradigmática y su desvinculación de la Justicia civil.

A medida que se fueron estructurando como tales la comunidad, la tribu o el grupo, denominados también clanes, hordas –que se enfrentaban unas a otras-, asentándose y generando una fórmula muy primitiva de derecho a la tierra, al espacio, al uso de las aguas, a la caza, a la siembra o a la recolección –todo ello fruto de un muy lento procedimiento evolutivo-, surgieron paulatinamente las necesidades de conformar reglas para el uso, disfrute, reparto, beneficios, y para

• Silvia Barona Vilar
Catedrática de D. Procesal de la Universitat de València, Doctora honoris causa por la UAGRM (Bolivia), Örebro (Suecia), e Inca Garcilaso (Perú); es autora de más de 600 publicaciones, destacando sus 20 libros de autoría única y sus 21 libros como editora y directora. Publica este trabajo en el marco del Proyecto PROMETEO 2018/111.

evitar los abusos entre las familias, los clanes, etc. En este devenir, la costumbre y la tradición ejercieron una influencia destacable en la conformación de una suerte de "Derecho", primitivo y probablemente no conformado formalmente, que fue evolucionando con el asentamiento de las denominadas sociedades primitivas, esto es, Mesopotamia, India y Egipto, amén de las ya denominadas civilizaciones clásicas como Grecia. Se gestó un modelo jurídico primitivo en el que las tradiciones y costumbres fueron paulatinamente dando lugar a las normativas y, como tales, de obligado cumplimiento. Esto propició la aparición de las primeras manifestaciones de "orden jurídico", reglas de actuación en la guerra, en el trabajo, en los mismos ceremoniales, en las costumbres etc., convirtiéndose, sin lugar a dudas, en una suerte de derecho escrito, primitivo, pero regulador de las conductas de estos pueblos primitivos[1].

Paulatinamente se va generando una conformación jurídica en el marco de la evolución de las civilizaciones, que afectó a su producción cultural, su organización política, su religión y, por ende, a su sistema de reglas de convivencia. A medida que fue creciendo la estructura de organización política y se fue desarrollando una conformación social –que pasa por ocupar un espacio, tierra, lugares de cultivo, ríos, etc-, siquiera fuera de forma desfragmentaria, el elemento "orden jurídico", entendido como conjunto de normas reguladoras de la vida en comunidad, va ganando posiciones. Ejemplo de cuanto exponemos es la civilización mesopotámica, reconocida como una de las sociedades más antiguas, en la que un monarca absolutista y una enorme influencia de la casta sacerdotal inspiraban sus leyes, que fueron sometidas a una suerte de codificación, precisamente para aproximarse a la unificación de los múltiples pueblos. Mesopotamia no se rigió por un sistema jurídico propio y único, sino que fue adoptando diferentes normas, destacando el Código de Ur-Nammu, el Código de Eshnuna, el Código de Lipit-Ishtar, y el Código de Hammurabi[2].

En ese estadio previo de ordenamientos no formulados en los que existían reglas del grupo para ser cumplidas, el quebrantamiento de las mismas recibía respuesta de la comunidad, grupo, o tribu. Y esa respuesta, con mayor o menor intensidad y estructuración, se canalizaba a través de la venganza. Esta se presentaba como un mal que había que insuflar a quien infringía las reglas del grupo; un mal que debía ser de mayor gravedad que el que había cometido el infractor con su actuación; una respuesta que se entronaba en una concepción altamente extraterrenal, ya vinculada a la concepción religiosa del momento, o a una visión supersticiosa y, en ciertos casos, vinculada a ritos de brujería. La intervención de las divinidades en

1 Barona Vilar, S.: *Proceso penal desde la Historia. Desde sus orígenes hasta la sociedad global del miedo*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2017, pp. 27-28.

2 Barona Vilar, S.: *Proceso penal desde la Historia…*, cit., p. 30.

la aplicación de ritos o fórmulas ancestrales en la imposición de sanciones, como venganza, encontraba perfecto acomodo.

Estas sanciones podrían ser consideradas como el germen de las consecuencias jurídico penales ultra-retributivas, algo así como una primitiva concepción de la respuesta castigadora de la sociedad frente a los hechos que suponían una ofensa. Una respuesta que se materializaba con ritos, ceremonias, etc, que no pueden considerarse en modo alguno origen de un ni siquiera procedimiento de imposición de la sanción. Así, respuesta había, pero era más próxima al castigo que se insuflaba extraterrenalmente, que a una contestación de los demás integrantes de la comunidad, tribu o grupo. Era una respuesta vengativa, al infringir la vida en común, una venganza cruel, que podía ser despiadada y desde luego exageradamente desproporcionada a la acción realizada por quien podía sufrirla. Ningún atisbo de consentimiento, en todo caso.

En estas primeras manifestaciones jugó un papel importante la visión de la religión totémica, que impuso los *tabú* (sacrilegio, incesto, brujería, traición...). Algunas manifestaciones de esta visión totémica provocaban muertes violentas, por rito religioso, por canibalismo, por venganza...[3]; o mantenían ciertas reglas que llevaban a considerar, a título de ejemplo, que el infanticidio era impune porque el que mataba tenía derecho a disponer del producto de su sangre; se consideraba que la seducción y la violación no eran reprochables porque la mujer pertenecía a la comunidad y la unión sexual más frecuente era la que se llevaba a cabo tras el robo de mujeres. Por su parte el robo, por ejemplo, no era reprochable, sino que se estimaba como una muestra de habilidad y destreza. Existía un orden no formulado de conductas del grupo o la tribu, en el que las ofensas se salvaban con la venganza de sangre, caracterizada por la desproporción de la misma respecto del daño causado, lo que desencadenaba venganzas sucesivas y, con ello, guerras perpetuas entre los pueblos.

A medida que la convivencia entre la pluralidad de tribus genera conflictos se va haciendo necesario configurar dos géneros de reacción: *ad intra*, esto es, configurando un castigo infligido a un miembro de la tribu por infringir las reglas, consistente en la expulsión del grupo o de la comunidad; por otro, *ad extra,* castigo a quien no pertenece a la comunidad o grupo pero ha perpetrado una acción contra un miembro de la tribu o contra todos ellos, consistente en venganza de sangre, ejercida de forma colectiva o social[4].

3 Como apunta Jiménez De Assua, L., en su *Tratado de Derecho Penal, Tomo I,* Buenos Aires, Ed. Losada, 3º ed., 1964, p. 241, se hallaban estos "tabú" como medios para acarrear desgracias cuando se ha realizado una cosa prohibida, significando *el principio de retribución en vida*, una respuesta que tiene un carácter eminentemente colectivo, por cuanto la conciencia del "yo" no existe en cuanto tal, de ahí que la respuesta sea también en ese sentido algo social.

4 Jiménez De Assua, L.: *Tratado de Derecho Penal, Tomo I,* cit., p. 242.

Fruto de la evolución fue que la venganza social quedara limitada. Repárese que manifestaciones de estos límites se encontraron en la Ley del Talión (o el ojo por ojo, diente por diente), el Código Hammurabi (Babilonia, Siglo V a.C.), la Ley de las XII Tablas (S. V a.C.) o la Ley Mosaica (S. XIV a.C.)[5]. Pese a su dureza, se percibieron como una clara limitación a la respuesta de venganza que se insuflaba desde los pueblos ancestrales. Existían límites en la respuesta otorgada frente a la acción del infractor; se incorporaba una suerte de proporcionalidad en la respuesta vengativa, un castigo reglado.

Si este fue el primer paso de las esencias de lo penal, vinculado a la idea de respuesta social, venganza social, con más o menos límites, es con los griegos, romanos y germanos cuando germinan las bases de los sistemas jurídicos modernos y, por ende, de los procesales también, y desde los que es posible hablar de proceso penal como instrumento de realización efectiva del derecho penal. La existencia de estudios científicos en torno a los mismos, a diferencia de las etapas anteriores, permite con mayor rigurosidad conocer los fundamentos jurídicos que les caracterizaron, desde los que es posible considerar que es en estos derechos donde se pueden hallar los antecedentes históricos más consolidados de la institución procesal penal.

Hay un elemento fundamental a destacar: es en estos momentos históricos cuando se va paulatinamente pergeñando la línea divisoria entre lo privado y lo público. Repárese, pese a todo, que el sector "público", el área afectada por los intereses generales, era mucho menor que la privada, y especialmente en materia de derecho penal, por ejemplo, los delitos contra el Estado, contra lo público, se ubicaban en lo que se denominaba *crimen laesae majestalis,* distinguiéndose, especialmente en el derecho romano, entre crimines y delitos, siendo los primeros los verdaderamente graves que afectaban a todos, a "lo público", mientras que los delitos eran referidos a intereses particulares. Va paulatinamente conformándose la línea divisoria entre lo público y lo privado y los diversos instrumentos de perseguibilidad de los hechos reprochables, los protagonistas, incluso la participación del pueblo en estos procesos decisorios de penas, la posible interposición o no de recurso o disconformidad frente a la decisión, entre otros. Son todos ellos datos que irán poco a poco modulando un comportamiento o "manera procesal penal"; una manera de actuar que se irá diferenciando de la manera procesal civil.

Si las bases del sistema procesal se asentaron en este periodo descrito, fue en la Edad Media cuando realmente se presenta la bifurcación entre lo público y lo privado, también en los sistemas procesales, siendo absolutamente trascendental la inspiración religiosa que incorporó, por un lado, la identificación de hecho

5 Un interesante trabajo de comparación entre los textos puede encontrarse en Müller, D. H.: *Das Gesetz Hammurabis und ihr Verhältnis zur mosaischen Gesetzgebung sowie zu den XII Tafeln*, Wien, Ed. Alfred Hölder, 1903, pp. 174-188.

reprochable u ofensa social con la idea de pecado (paralelismo Iglesia-Estado), presentándose la pena como una suerte de exigencia de justicia, muy similar al castigo divino, y, por otro, influyó en el *modus operandi* procesal el sistema canónico inquisitivo. La fortaleza de la Iglesia y sus principios de obediencia y autoridad casaban a la perfección con el régimen político de la monarquía absoluta, con la política represiva y las respuestas retributivas a quienes infringían las normas. Buenos ingredientes para diseñar un procedimiento penal, basado en la actuación de oficio, bajo maneras inquisitoriales, con acción pública, para castigar los crímenes de interés público (las afrentas más graves contra la sociedad). Y todo ello adobado con una formación jurídica desde las Universidades europeas (de creación papal), en las que los docentes eran canónigos, gente de la Iglesia, la clase culta, que conocía el latín, idioma en el que se daban las asignaturas universitarias.

El Humanismo, la Revolución francesa, la Ilustración, vinieron a suponer el abandono del tiempo entre tinieblas vividos en periodos anteriores para favorecer la apertura hacia nuevas ideas en lo económico, lo político, el pensamiento, en la ciencia, en la sociedad, y por supuesto también en el mundo del derecho. Aparecieron los grandes pensadores (John Locke, "padre del liberalismo clásico" y al que se le atribuye una gran participación en la teoría del contrato social, influyendo en Voltaire y Rousseau, o de Hobbes, a través de su gran obra, *Leviathan*, publicada en 1651) y grandes obras que diseñaron el "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[6], también reflejada en el sistema de tutela penal. Fueron paulatinamente desapareciendo las monarquías absolutas europeas y generándose el declive de la concepción que había presidido tiempos anteriores del derecho divino de los reyes. Poco a poco comienza a emerger una noción diversa de Estado. Esto no significa que antes no hubiera Estado, lo había, pero muy debilitado[7]. El Estado fuerte influyó en la conformación del Derecho y en los modelos procesales y sus protagonistas. En este escenario se concibió el monopolio del Estado de penar y configuró las penas, aflictivas, intimidantes y ejemplarizantes, como una expiación del delito.

2. El consentimiento como un corpus *alienum* en el paradigma de Justicia penal.

El consentimiento, la voluntad de los sujetos implicados, tenía poco protagonismo en el modelo penal, en el marco del paradigma de Justicia penal o en lo que SBRICCOLI denominó la justicia hegemónica[8], caracterizado por una

6 Hudson, B.: *Justice in the Risk Society. Challenging and Re-affirming Justice in Late Modernity*, London, Sage Publications, 2003, pp. 4-5.

7 Sobre estas cuestiones puede verse Barona Vilar, S.: *Proceso penal desde la Historia,* cit., 2017; así como Barona Vilar, S.: *Justicia penal, globalización y digitalización*, Thomson-Reuters, Santiago de Chile, 2018.

8 Sbriccoli, M.: "Giustizia negoziata, giustizia egemonica. Riflessioni su una nuova fase degli studi di storia della giustizia criminale", en AA.VV.: *Criminalità e giustizia in Germania e in Italia. Pratiche giudiziaire e linguaggi giuridici tra tardo medioevo ed età moderna. Kriminalität und Justiz in Deutschland und Italien. Rechtspraktiken*

visión paternalista y ética del Derecho Penal y un proceso penal, basado en la idea de orden público (*desde y hacia* lo público), con una función de defensa de los individuos frente al poder punitivo del Estado[9], con los siguientes rasgos[10]:

1º) El papel protagonista del Estado en la Justicia, entendido como Estado-nación consolidado en un territorio, con una estructura administrativa, unos poderes y proyección internacional.

2º) El reconocimiento constitucional de los derechos, garantizadores de los valores del estado social y democrático de derecho, especialmente la igualdad y reconocimiento de "ciudadanos con derecho a tener derechos", Hannah Arendt *dixit*[11], el reconocimiento constitucional a la tutela a través de un proceso con garantías, consagrándose poco a poco el derecho a la tutela judicial efectiva, la garantía del *Access to Justice*, el derecho al *due process*, etc.

3º) El reconocimiento del *ius puniendi* estatal en el marco del equilibrio de derechos, con principios que lo pergeñan: principio de legalidad, de responsabilidad penal o de culpabilidad (principio de personalidad, principio del acto, dolo o culpa y el principio de imputación personal), principio de lesividad o de protección de bienes jurídicos (para que una conducta determinada se configure como delito, primero debe existir un daño a un bien jurídico legalmente protegido), principio de subsidiariedad o lo que es lo mismo la consideración del Derecho Penal como la *ultima ratio,* principio de proporcionalidad de la pena, prohibición de la analogía en materia penal, principio de igualdad de trato y la humanización de las penas.

4º) El modelo procesal penal, sus protagonistas en la persecución del hecho, los procedimientos, las partes, la actividad probatoria, y un largo etcétera, se integran en las normas procesales que garantizan el derecho a la tutela judicial efectiva penal. Se fue abandonando la vinculación de la culpabilidad del acusado con Dios, y el proceso se convirtió en instrumento para determinar la culpabilidad, pero también la inocencia[12]. Se conformaron los principios del sistema procesal penal, y sobre todo se construyó el proceso como equilibrio entre los dos pilares de seguridad y libertad. El proceso se presentaba como derecho de los ciudadanos; los imputados dejaban de estar "cosificados", eran sujetos con garantías y derechos,

---

und gerichtliche Diskurse in Spätmittelalter und Früher Neuzeit (dir. Bellarba, M.; Schwerhoff, G.; Zorzi, A.), Bologna, Ed. Società editrice il Mulino, y Berlin, Ed. Duncker&Humblot, 2001, pp. 361-362.

9 Alonso Romero, M. P.: *El proceso penal en Castilla (Siglos XIII-XVIII)*, Ediciones Universidad de Salamanca, 1982, p. 323.

10 Barona Vilar, S.: "Justicia integral y *Access to Justice*. Crisis y evolución del *paradigma*", en AA.VV.: *Mediación, Arbitraje y Jurisdicción en el actual paradigma de Justicia* (coord. Barona Vilar, S.), Civitas-Thomson Reuters, Madrid, 2016.

11 Arendt, H.: *The Origirns of Totalitarianism*, Schockem Books, New York, 2004, p. 372; y también, *Men in dark times*, New York, 1968, p. 81.

12 Ignor, A.: *Geschichte des Strafprozesses in Deutschland 1532-1846. Von Carolina Karls V. bis zu den Reformen des Vormärz*, Ferdinand Schöningh ed, Paderborn, 2002, p. 27.

y se abandonaba la idea del proceso como un medio represivo de venganza social o política.

En todo caso, la Justicia penal se construye desde una visión protectora del Estado, patriarcal, en la que el consentimiento que pudiere prestarse por el imputado-acusado se entendía como un *corpus alienum*[13], debido a la concurrencia de los principios de necesidad y de legalidad, que vienen a determinar, que la posible existencia de un hecho aparentemente delictivo debe suponer el inicio de la actividad jurisdiccional, pues la legalidad es la que determina cuando se inicia el proceso, no siendo admisibles actos de oportunidad; y una vez iniciado el proceso penal, no puede acabar por actos discrecionales de nadie, de manera que ha de finalizar mediante la sentencia.

Estos principios, limitantes de la disponibilidad y del consentimiento, no significaban, empero, una absoluta negación del consentimiento del sujeto pasivo o de la víctima. En este sentido, podía entenderse que, aun cuando fuere limitado, podían producirse algunas manifestaciones de éste:

1ª) La confesión del acusado, que pasó de ser la "prueba" del proceso penal en la Edad Media -conseguida mediante tortura, por ello, sin verdadero consentimiento-, una vía para conseguir la condena, a mantenerse como prueba, siempre bajo determinados requisitos e integrada en los otros medios de prueba. Por su parte, se consagraron constitucionalmente el derecho al silencio y a no declarar contra sí mismo, todo y que sí se declarara contra sí mismo, se valora con los restantes medios de prueba que se hayan practicado en el proceso penal.

2ª) La conformidad del acusado, recogida en el texto originario de la LECRIM de 1882 para los delitos graves, sentida como un "elemento extraño" del modelo procesal penal y, por ende, se mostraban poco proclives a su práctica.

3ª) El perdón del ofendido. Probablemente la influencia religiosa del momento propició esta institución, cuyos contornos no han sido iguales en todos los países y en todos los momentos. En la Francia del Siglo XVI se incorporó la posibilidad de que el acusado o el condenado pudiera efectuar un relato propio, teatral, reconstruyendo los hechos y solicitando perdón, para conseguir la conmiseración del monarca - representante de la sociedad contra la que se habían cometidos los hechos reprochables- y su perdón, que no era de la víctima[14]. En España el perdón se vinculó a los ofendidos y solo respecto de aquellos hechos que

13 Orlandi, R.: Riti speciali e trattamento sanzionatorio", Testo della relazione svolta al XXIII Convegno E. de Nicola su "Sistema sanzionatorio: effettività e certezza della pena", Gallipoli, 27-29 ottobre 2000, publicado en AAVV Sistema sanzionatorio: effettività e certezza della pena, Milano, 2000, Giuffré, p. 260.

14 Zemon Davis, N.: *Fiction in the Archives: Pardon Tales and their Tellers in Sixteenth Century France,* Stanford, Stanford University Press, 1987.

pudieren ser perseguibles a instancia de parte, en los que podía concurrir una cierta disponibilidad.

Aun con estos exponentes, el consentimiento no se constituía en elemento integrador del sistema procesal, todo y que pudiera tener efectos procedimentales, empero no en cuanto a la supresión o eliminación de alguna prueba o de la prueba en general, incidiendo en este caso en el resultado del proceso. De ahí que se seguía considerando el consentimiento como un cuerpo extraño en la justicia penal paradigmática del momento.

II. Y LLEGÓ LA PRIMERA *CONTRADITIO IN TERMINIS:* MÁS DERECHO PENAL Y MENOS PROCESO.

Desde las últimas décadas del Siglo pasado y en el desarrollo de más de tres lustros en el Siglo XXI hemos ido presenciando la conformación de una nueva era, influida –ora como evolución ora como reacción- por la consolidación agresiva del capitalismo, por los imparables avances tecnológicos y digitales, y por la necesidad de expansión del flujo comercial mundial.

Esa nueva etapa es la era de la globalización. Una etapa con valores nuevos (eficacia y eficiencia), con protagonistas nuevos (*lobbies* económicos, los *holdings* financieros y bancarios), con *modus operandi* diverso, influido por la revolución industrial del 4.0.. El resultado social es indiscutible: la economía ha engullido a la política o, dicho de otro modo, el "mercado" sustituye al "Estado", un Estado con un papel muy residual[15], o un Estado *atópico*[16]. Todo ello no solo influye en la Justicia civil[17], sino también en la penal. El pensamiento ideológico que lo inspira es el neoliberalismo, vinculado en su origen a la crisis económica de los treinta y asentada en los postulados de la Escuela de Chicago (Friedrich von Hayek), centrada fundamentalmente en la reducción de la intervención estatal en la economía, y una transformación del *modus operandi* estatal, que debe aproximarse al de la empresa privada, esto es, dirigido a la maximización y optimización de beneficios[18]. Todo ello, como defendía FRIEDMAN, alcanza también a los sistemas jurídicos[19]. Se ha producido una "economización de lo social" [20] y todo se mide desde parámetros económicos de *eficacia y eficiencia*.

15 Biebricher, TH.: "Neoliberalismus und Staat –ziemlich beste Feinde", en AA.VV.: *Der Staat des Neoliberalismus*, Nomos, 2016, p. 9.

16 Wilke, H.: *Atopia. Studien zur atopischen Gesellschaft*, Suhrkamp Taschenbuch Wissenschaft, 2001, pp. 7-62.

17 Barona Vilar, S.: "Retrato de la Justicia civil en el Siglo XXI: ¿caos o una nueva estrella fugaz?", *Revista Boliviana de Derecho*, enero 2018, pp. 416-446.

18 Hobsbawm, E. J. E.: *Guerra y paz en el Siglo XXI*, Barcelona, Ed. Crítica, 2007, p. 134.

19 Friedman, M.: *Is There a Modern legal Culture?*, *Ratio Iuris. An International Journal of Jurisprudence and Philosophy of Law*, vol. 3, núm. 2, 1994, p. 126.

20 (Ökonomisierung des Sozialen). Puede verse, Rose, N.: "Tod des Socialen? Eine Neubestimmung der Grenzen des Regierens", AA.VV.: *Gouvernementalität der Gegenwart. Studien zur Ökonomisierung des Sozialen* (coord. Bröckling, Krasmann y Lemke) Suhrkamp, Frankfurt, 2000, pp. 72-109.

La sociedad moderna fue caminando hacia una enorme complejidad social, desencanto, reducción o minimización de las políticas sociales, crisis, una sobrevaloración del consumo, las masas, la emergencia de la industria de la cultura[21], el culto a lo efímero, a lo estético -también en el mundo jurídico-, surgiendo lo que Lipovetsky denominó como la era "del vacio[22]", o si cabe de lo cosmético y nihilista, más desigualdad, una excesiva información alguna contrastada, la mayoría no, a través de la red, del internet, de los espacios virtuales[23]; una sociedad desnortada, en la que se ha sobrevalorado la exposición de la vida en las redes sociales, perdiendo el valor de la intimidad, e interesando la vida de los otros, que se nos muestra diariamente como el *Show* de Truman. Elementos todos ellos que retratan el desencanto postmoderno, y la consecuente melancolía, desconfianza hacia el otro- favoreciendo también un aumento de la criminalidad, más sofisticada- y germinando el fanatismo, la xenofobia, la islamofobia, la aporofobia[24], y un aplauso social -con un discurso de odio que crece- a una política criminal involucionista, que recupera, en sede penal, penas ya prácticamente restringidas (pena de muerte o cadena perpetua), se alargan las penas privativas de libertad, se restringen los beneficios penitenciarios, y se maximiza el ominipresente principio precautorio o de prevención maximalista. En este contexto la Justicia penal asume un rol protagónico, con un escenario diverso según se mire con gafas penales o con gafas procesal penal.

1. De la expansión del Derecho Penal y del Derecho Penal simbólico al modelo preventivo.

El retrato de la sociedad moderna ofrece dosis más que suficientes para arrastrar consigo mayor y más compleja criminalidad[25]. Las respuestas se han endurecido globalmente, con un avance hacia el "más y más derecho penal" (con un rollizo Código Penal de máximos), empapando a la sociedad de una idea de que el derecho penal es la "aspirina" social, una suerte de "sanalotodo"[26]. Y, sin embargo, se frustran cada vez más las expectativas de la ciudadanía, que ven

21 Habermas, J.: *El discurso filosófico de la modernidad*, Barcelona, Taurus, 1991.

22 Lipovetsky, G.: *L'ere du vide- Essais sur l'individualisme contemporain*, 1989.

23 Surgió la Escuela de Frankfurt (Wolfgang Naucke, Winfried Hassemer, Klaus Lüderssen, Cornelius Prittwitz, Ulfrid Neumann, Felix Herzog, P.A. Albrecht, etc), muy crítica con la politización e inflación de la ley penal, el derecho penal simbólico y el derecho penal de riesgo, la flexibilidad de las categorías de la causalidad, de hecho, de la culpa, y con el abuso de la prevención en el derecho penal. Identifican el paradigma preventivo con el derecho penal de seguridad, un instrumento del riesgo, eliminándose de este modo las diferencias entre culpabilidad y peligrosidad y entre derecho penal y derecho procesal. Vid. Hassemer, W.: "Sicherheit durch Strafrecht", en *Straverteidiger,* 2006, pp. 321 y ss.

24 Término acuñado por Cortina, A: en su obra *Aporofobia: el rechazo al pobre*, Paidós, Barcelona, 2017.

25 "Límites del Derecho Penal. Fundamentos y desafíos del nuevo programa de investigación jurídico-penal", *Revista Penal*, La Ley, julio 2008, pp. 126-127. Con anterioridad, Sieber, U.: "Grenzen des Strafrechts" en Albrecht/Sieber: *Perpektiven der strafrechtlichen Forschung Amtswechsel am Freiburger Max-Planck-Institut fur auslandisches und internacionales Strafrecht*, 2004, pp. 35-79.

26 Maier, J. B.: "Estado democrático de derecho, Derecho Penal y procedimiento penal", en AA.VV.: ¿Tiene un futuro el Derecho penal? (coord. J.B. Maier, G. Córdoba), Buenos Aires, Ed. Ad Hoc, 2009, p. 117-122.

más violencia, más delitos, más inseguridad, más miedo y más segregación. Y esto provoca una sociedad del miedo a la gente[27].

La respuesta política es la de más "control"; un control que la sociedad no solo acepta, sino que exige[28]. Las patologías de la sociedad las hemos trasladado al modelo de Justicia penal[29]. Surge lo que Garland denominó la *cultura del control* (especialmente del control del crimen), una cultura en la que el efecto expansivo del control es imparable e insaciable[30]. Esto alimenta el principio precautorio (if), por sí, que favorece las estrategias de "expulsión" y de "exclusión" y una política maximalista de seguridad ciudadana. Un derecho penal del enemigo, con una sublimación de la prevención y la seguridad[31], produciéndose adelantamientos a la punibilidad en el derecho material, ampliación de conceptos preventivos de vigilancia, deconstrucción de garantías, la difuminación de categorías jurídicas clásicas y la formación de un nuevo derecho de la seguridad, entre otras. Se emplea un discurso político de *tolerancia zero,* capaz de alimentar la política de etiquetas de monstruos[32] (terrorista, reincidente, criminal de carrera, depravado sexual, pedófilo, etc), prevaleciendo la idea de mejor privar de libertad de por vida a un delincuente conocido, que arriesgar la vida o la propiedad de la víctima inocente[33].

Componentes todos ellos de una brutal expansión del derecho penal[34] y del derecho penal simbólico –que se presenta como instrumento de protección de los bienes jurídicos económicos, no individuales sino colectivos, que pervierte el sistema de justicia penal, contribuyendo al engaño de la sociedad[35]-, que ha generado la metamorfosis del Derecho Penal, convertido en Derecho Penal "gendarme", un derecho penal de la seguridad[36], erosionándose el estado de

27 Williams, M. C.: "Securitization and the liberalism of fear", 2011, p. 455.

28 Garland, D.: *The culture of control: Crime and Social Order in Contemporary Society,* Oxford, Oxford University Press, 2002, p. 172.

29 Rodenstedt, A.: "Sicherheit schaffen und die Angst vor dem anderen in Rinkeby, Schweden", en Häfele, J.; Sack, F.; v. Eick, V. y Hillen, H.), *Sicherheit und Kriminalprävention in urbanen Räumen. Aktuelle Tendenzen und Entwicklungen*, Springer, Wiesbaden, 2017, p. 111.

30 Garland, D.: *The Culture of Control*, cit., p. 175.

31 La constitución de este derecho penal del enemigo es, según Hassemer, una desviación ilegítima del derecho penal orientado a la prevención (*Die Lehre vom Feindstrafrecht ist der Bastard des präventiven Strafrechts)*, en Hassemer, W.: "Sicherheit durch Strafrecht", en *Strafverteidiger*, 2006, p. 328.

32 Simon, J.: *Governing through Crime*, 2007, cit., p. 77.

33 Garland, D.: *The Culture of Control,* cit., p. 192.

34 Silva Sánchez, J. Mª.: *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, Madrid, Civitas, 1999, pp. 288 y ss.

35 Hassemer, W.: "Rasgos y crisis del Derecho penal moderno" (trad. Larrauri; Mainecke), ADPCP, 1992, pp. 235 y ss. Kuhlen, L.: "La autocompresión de la ciencia del Derecho penal frente a las exigencias de su tiempo", en *La ciencia del Derecho penal ante el nuevo milenio (*coord. Muñoz Conde, F), Valencia, Tirant lo Blanch, 2004, p. 76.

36 Puede verse, entre otros, Sieber, U.: "Der paradigmenwechsel vom Strafrecht zum Sicherheitsrecht", en AA.VV.: *Die Verfassung moderner Strafrechtspflege. Erinnerung an Joachim Vogel* (dir. Tiedemann, Sieber, Stzger, Burchard y Brodowski) Nomos, Baden-Baden, 2016, pp. 351-372.

derecho[37], pasando a convertirse en Estado de prevención[38], en el que se asiste a una palmaria trivialización de la libertad[39], con una sucesiva aprobación de normas en las que se suspenden derechos en aras de "la seguridad nacional" o el "orden público" [40]. Es por ello que surgen los nuevos paradigmas: combate/guerra contra las drogas, combate/guerra contra el crimen organizado, combate/guerra contra el terrorismo, prototípicos todos ellos del nuevo concepto de política penal globalizado[41], generando un verdadero derecho penal bélico[42], pero –eso sí- se ofrecen con el efecto-"efectividad" a cualquier precio[43], propiciando unas consecuencias procesales altamente preocupantes, que son dirigen hacia una suerte de liquidación de algunos de los baluartes esenciales del proceso mismo.

En suma, el modelo penal del estado del bienestar, *ultima ratio,* garantista, ha dado paso a un modelo neopunitivista, ultrapunivista, *prima ratio,* limitante de derechos, reductor del proceso, inspirado en parámetros de la economía global y en el que el principio de subsidiariedad penal o de derecho penal mínimo, como apuntaba Ferrajoli[44], ha muerto. Vivimos una verdadera "inflación" penal[45], un poder punitivo absoluto, nacional e internacional, una fascinación por el derecho penal[46], que justifica el castigo como necesidad, en especial para la víctima a la que se exhibe por su dolor, mediatizando la reacción, la fuerza y el castigo. Un momento palmario de deficit de legitimación democrática, en que la credibilidad en la justicia penal está bajo mínimos y en el que no podemos ser meros espectadores[47]. Habrá que empezar a luchar contra el "imposibilismo" del cambio, trabajando para recuperar, por un lado, la confianza en quienes son los sujetos de tutela, los ciudadanos, así como las funciones y los límites del derecho penal.

37 Persak, N.: "Using "Quality of Life" to legitimate Criminal Law Intervention: Gauging Gravity, Defining Disorder", en *Liberal Criminal Theory. Essays for Adreas von Hirsch* (A.P. Simester, A. Du Bois-Pedain y U. Neumann), Oxford, Hart Publishing, 2014, p. 244.

38 Donini, M.: "La sicurezza come orizzonte totalizzante del discorso penale", en *Sicurezza e Diritto Penale*, (a cura de Donini, M.; Pavarini, M.Donini, M.), Bologna, Bononia University Press, 2011, pp. 14-15.

39 Carbonell Mateu, J. C.: "Reflexiones sobre el abuso del derecho penal y la banalización de la legalidad", en AA.VV: *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos*, Vol. 1, Universidad de Castilla La Mancha, Universidad de Salamanca, 2001, p. 19.

40 Entendido en el sentido de una regla mínima de pacífica convivencia y de paz social, tal como apunta Insolera, G.: "Sicurezza e ordine pubblico", en en AA.VV.: *Sicureza e Diritto Penale* (coord. Donini y Pavarini), Bolonia, Bononia, Uni Press, 2011, p. 203.

41 Vervaele, J.: "¿Terrorismo y seguridad: un derecho penal sin límites?", 2017, p. 468.

42 Prittwitz, C.: "¿Guerra en tiempos de paz?", *Revista penal*, núm. 14, 2004, pp. 174 y ss.

43 Paliero, C.E.: "La autocomposición de la ciencia del Derecho penal frente a las exigencias de su tiempo", en *La ciencia del derecho penal ante el nuevo milenio* (coord. Muñoz Conde, F.), Valencia, Tirant lo Blanch, 2004, p. 118.

44 Ferrajoli, L.: *Il paradigma garantista. Filosofia e critica del diritto penale*, 2 ed., Napoli, Editoriale Scientifica, 2016, p. 19.

45 Maier, J.B.: "Inquisition oder Kompostion?", en *Festschrift für Claus Roxin zum 70 Geburtstag am 15. Mai 2001*, ed. Achenbach/Bottke/Haffke/Rudolphi/Schünemann, De Gruyter, 2001, p. 1215.

46 Maier, J.B.: "Estado democrático, Derecho penal y procedimiento penal", en Maier/Córdoba: ¿Tiene futuro el Derecho penal?, Buenos Aires, Ed. Ad Hoc, 2009, p. 117-122.

47 Fiore, C.: "Relazione introduttiva", en AA.VV.: *Democrazia e autoritarismo nel dirito penale* (coord. A. M. Stile) Napoli, Ed. Scientifiche Italiane, 2011, pp. 46-47.

2. Del modelo procesal garantista a su agonía. Una mudanza ¿hacia?

El retrato del derecho penal omnipresente y preventivo como posología adecuada para afrontar la complejidad social arrastra una enorme frustración en sede procesal. Las causas se multiplican, las dificultades en investigación y prueba se hacen palmarias, los macroprocesos se eternizan, la sofisticación delictiva emerge y se traslada de la enunciación del tipo penal a las dificultades probatorias que conlleva, la aparición del ciberespacio, nuevos protagonistas y reparto de funciones procesales, la incorporación de las víctimas, entre otros, viene a presentar un panorama mucho más complejo y asimétrico que el que se podía encontrar hace medio siglo.

El sistema jurídico procesal no solo sufre, sino que agoniza. Y cada vez más asistimos a un estado irrefrenablemente esquizofrénico de dos o más velocidades procesales, o lo que es lo mismo, la aplicación de un desigual tratamiento del derecho penal según quien sea o quienes sean los sujetos pasivos del proceso. Esta realidad lleva a las siguientes consecuencias:

1ª) En primer lugar, hemos asistido a una proliferación imparable de procesos penales. Las causas no solo se multiplican, sino incorporan enormes dosis de sofisticación. Esto requiere, por un lado, mayor capacitación de policías, fiscales y jueces, así como abogados. Y ha venido acompañado de sucesivas reformas procesales que tratan de adaptar los instrumentos de investigación, prueba y desarrollo procesal a la nueva realidad social que se vive.

2ª) En segundo lugar, hemos asistido a una prolija incorporación de manifestaciones del principio de oportunidad en el proceso penal, en muchos casos inspirados en el disvalor de la eficiencia. Y aquí el consentimiento va a tomar papel protagonista, como veremos.

3ª) En tercer lugar, se han incorporado instrumentos restaurativos, que, fundamentados en la *restorative justice*, han permitido incorporar la mediación penal y otros procedimientos restaurativos. Con ello se alteran las viejas estructuras procesales de la Justicia penal paradigmática, en cuanto propician acuerdos víctima-victimario con consecuencias procesales de abreviación procedimental, amén de condicionantes en las decisiones judiciales. El consentimiento de víctima y victimario juega un papel esencial.

Estamos asistiendo, indudablemente, a un periodo de mudanzas procesales, fruto de la exigencia propulsada desde la expansión del Derecho Penal. Las modificaciones legislativas se han sucedido y, con ellas, se ha producido una reformulación funcional de los protagonistas y de su manera de actuar. Y en esta mudanza cuyo destino no se ve todavía nítido, emerge el consentimiento tanto de

los sujetos del proceso como de las víctimas, canalizado a través del reforzamiento del principio de oportunidad.

III. MÁS CONSENTIMIENTO EN EL PROCESO PENAL PARA "MENOS PROCESO".

El pensamiento economicista de la globalización con el más y más derecho penal ha fomentado una farsa procesal, por cuanto el modelo, estéticamente perfecto, ha ido deviniendo en complejamente realizable primero, y después, irrealizable. La mirada economicista de la sociedad ha arrastrado consigo un modelo de Justicia más crudo, más desigual, más cosmético, más vacuo y más líquido[48]. Algo que ha venido favorecido por una imparable actividad reformadora de los textos procesales que se dirigen al lema "*la procedura debe avanzare velocemente*"[49].

Precisamente, una de las más comunes medidas aceleratorias asumidas en los diversos cuerpos legales ha sido la de configurar procedimientos abreviados, rápidos, incluso inmediatos (estilo "justicia del mazo" americana), que permitan una solución eficiente del sistema. Se eliminan trámites y tiempos, etc.. Nada es bueno o malo salvo si se usa en demasía, de manera que si un proceso excesivamente largo puede negar la tutela efectiva, es indudable que un proceso excesivamente corto puede incurrir en lo mismo. E intrínsecamente vinculado a esta aceleración emerge un protagonista: el consentimiento. En unos casos, se requiere solo del consentimiento del sujeto pasivo; en otros, se requiere el consentimiento del sujeto pasivo y de la víctima; en otros, solo de la víctima.

El sistema, aunque fuere por motivos economicista, vira hacia la persona, atribuyendo valor a su consentimiento respecto del modelo estático legalmente establecido, de manera que van a ser las normas procesales las que introduzcan progresivamente el valor del consentimiento en el proceso penal y la compensación que la participación oportuna de determinados sujetos en el mismo puede comportar respecto del modelo puro objetivamente considerado.

1. El consentimiento del sujeto pasivo del proceso. Razón de ser.

Frente a un falso consentimiento (confesión bajo tortura) propio del oscuro periodo inquisitorial, la confección del modelo estatal de justicia penal pasaba por el ejercicio del *ius puniendi estatal* sin demasiadas concesiones a la voluntad del sujeto pasivo del proceso; ello no era óbice a alguna situación excepcional, con mayor

48 La noción de *líquida* perfectamente definida por Zygmunt Bauman (Bauman, Z.: *Vida líquida)*, cit.; Barona Vilar, S.: "Justicia penal líquida (Desde la mirada de Bauman)", *Revista de Pensamiento Teoría y Derecho,* Valencia, Tirant lo Blanch, dic. 2017; y Barona Vilar, S.: "De la sociedad líquida a la justicia penal líquida", *Revista Ius Puniendi,* núm. 5, noviembre-diciembre 2017.

49 Naucke, W.: "La robusta tradizione del diritto penale della sicurezza", en Donini/ Pavarini, Sicureza e Diritto Penale, Bononia Uni Press, 2011, p. 86.

o menor grado de eficacia procesal. De este modo, paulatinamente los modelos procesales penales fueron incorporando manifestaciones de los principios de oportunidad y dispositivo, favoreciendo en muchos casos la intervención activa del sujeto pasivo. Por la larga trayectoria histórica, en los modelos jurídicos *common law* la mayor intervención de los sujetos fue menos traumática que en los sistemas jurídicos continentales[50].

Esto no es una cuestión baladí, ni es posible entender que tan solo se refiere a cuestiones procedimentales, sino que implica una transformación del *modus operandi procesal*, y con ello, de algunos de los principios, convertidos en derechos en los textos internacionales y en las constituciones. El debido proceso, el derecho de defensa, la prueba, derecho al recurso, etc, quedan afectados. Si se mira con criterio de la que fue la justicia paradigmática se producen vulneraciones de derechos fundamentales. Si la mirada es polisémica, se entiende que se está produciendo una "deconstrucción" del modelo procesal penal, en el que, aun manteniendo los cimientos o principios fundamentales, es la voluntad del sujeto pasivo -su libre consentimiento- lo que puede provocar la inaplicabilidad de otros. Se entiende justificado que la libertad, manifestada a través del consentimiento es preferente respecto de los derechos procesales, suponiendo la voluntad-consentimiento una posibilidad de renuncia de algunos de estos derechos.

Ante esta realidad surge el interrogante de determinar por qué esta mudanza procesal hacia un elemento en el sistema penal que históricamente no casaba adecuadamente con el diseño y los principios de la Justicia penal paradigmática.

El consentimiento del sujeto pasivo del proceso implica una adquisición de parte del espacio que anteriormente estaba destinado en exclusiva al Estado. La respuesta la hallamos en el contexto expuesto y en la necesidad de salir del diseño estatal, ineficaz e inoperante para dar cobijo a soluciones consensuadas. El reconocimiento de la eficacia procesal del consentimiento es el medio para introducir pactos, acuerdos o consensos en sede penal que palien la situación en la que se encuentra la Justicia penal neomoderna: reformas legislativas sucesivas, legislaciones de emergencia. Complejidad de las causas, macroprocesos, duración insoportable de los mismos, y una búsqueda economicista propia de los grandes disvalores de la sociedad actual, la eficacia y la eficiencia, que propugnan la búsqueda desesperada de medios, instrumentos, instituciones que permitan incorporar esa suerte de pragmatismo y de semilla de búsqueda de la eficiencia economicista de la sociedad de masas que vivimos, y, por ende, también en sede procesal. El envoltorio de todo ello, el principio de oportunidad en el proceso penal.

50 Barona Vilar, S.: *Proceso penal desde la Historia…*, cit., pp. 183-186 especialmente, teniendo en cuenta que mientras en el modelo continental los modelos de actuación procesal civil y penal se separaban, en el *common law* no se producía esa separación de actuaciones procesales.

2. El consentimiento, principio de oportunidad y la conformidad.

La conformidad (consentimiento) del acusado, o una suerte de justicia negociada en la que intervienen el acusado y el acusador (Ministerio Público) con una aceptación de la pena a cambio de una posible reducción de la pena, con consecuencias procesales evidentes, terminación del proceso, sentencia consensuada, no práctica de prueba y un largo etcétera, es una manifestación del principio de oportunidad y del valor del consentimiento.

Son decisiones políticas las que han propulsado esta incorporación de la oportunidad, motivándose, por un lado, en una reducción de causas penales o su clara abreviación, amén de por la utilidad social o pública que el mismo conlleva[51]. Este principio de oportunidad ha encontrado eco en diversas legislaciones procesales, siendo diversa la manera de su incorporación, empero su reconocimiento se encuentra. En EEUU destaca la vía del *plea-bargaining* americano entre acusación y defensa, declaración de culpabilidad del acusado a cambio de una reducción de cargos y de la pena[52]; en Alemania, el *Absprache*, regulada en la StPO y viene a permitir que en los supuestos de escasa lesión social producida por el delito se pueda solicitar sobreseimiento por falta de interés público en la persecución penal. En Italia primero el *patteggiamento,* y posteriormente la *applicazione della pena su richiesta delle parti*[53], ofrecían esa justicia negociada penal, todo y que se viene sosteniendo que, en ciertos casos, y para evitar los efectos criminógenos de las penas cortas privativas de libertad, se pudiera oportunamente proceder a sustituir la pena privativa de libertad por otra (multa, por ejemplo); entre otros.

Con estas manifestaciones y muy especialmente la de la conformidad que implica consentimiento del acusado, se produce un equilibrio entre el principio de legalidad y el de oportunidad, otorgándole un valor privilegiado a la oportunidad[54]. Y se justifica en la posible existencia de un interés contrapuesto al de la persecución penal y -diríase que- con un peso político mayor.

En esa evolución, no exenta de polémica, también se ha ubicado España, un país en el que se comenzó con manifestaciones de *diversión* y de *probation,* con influencia de los modelos anglosajones, que supusieron un enorme reflujo positivo también sobre el sujeto acusado-condenado. La permisibilidad de la sustitución de la pena privativa de libertad por otra, la suspensión de la pena, el posible indulto

51 Armenta Deu, T.: "El proceso penal: nuevas tendencias, nuevos problemas", *Poder Judicial*, núm. 41-42, pp. 53-86, 1996.

52 Barona Vilar, S.: "El consenso en el proceso penal americano", *Revista General del Derecho*, núm. 591, 1993, pp. 1167-11709.

53 Barona Vilar, S.: "La conformidad en el proceso penal italiano: la applicazione della pena su richiesta delle parti", *Revista de Derecho Procesal*, 1994.I, pp. 45-80.

54 Un estudio comparativo puede verse en Barona Vilar, S.: *La conformidad del acusado en el proceso penal*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1994.

o la amnistía, el perdón del ofendido, la concesión de la libertad condicional por motivos laborales, culturales u ocupacionales, la incorporación paulatina pero cada vez más real de la "reparación", y con ella la regulación de instrumentos restaurativos, entre ellos la mediación penal, para relajar la estricta aplicación de la legalidad penal y la permisibilidad de su modulación por ciertas conductas, actos e instituciones soportados en esa incorporación del principio de oportunidad regulado en la ley, han acompañado la conformidad y los acuerdos negociados en la justicia penal.

Así, en España, tras el escepticismo inicial, pese al texto de la LECRIM de 1882 (arts. 655 y 688), referida al procedimiento ordinario por delitos graves –aunque fuera meramente testimonial y nada práctico-, fue en la reforma de la LECRIM de 1988 cuando se incorpora la conformidad, tanto en el trámite de formulación del escrito de acusación, como la conformidad en el acto del juicio oral, incorporando la posibilidad igualmente del reconocimiento de hechos en la fase de investigación en el procedimiento abreviado.

Pese a las posibles objeciones que la introducción de una institución como la conformidad puede implicar en el seno de una cultura procesal asentada durante siglos en el principio de legalidad y oficialidad y con poco principio de oportunidad, debe destacarse que las bondades de la conformidad para el "sistema" en general (fiscales, jueces, acusados, abogados, presupuesto público, etc) han venido ineludiblemente favoreciendo un uso de la conformidad allende los límites legales, pese a su aparente oportunidad reglada, con la aquiescencia de todos los sujetos del proceso, en cuanto favorecidos por la institución. Se presenta como una *premialità negoziata*[55], un premio que el Estado otorga al imputado, consistente en la disminución de la pena y otras ventajas de carácter secundario, cuando el imputado, con su consentimiento, renuncia a ciertos derechos procesales, entre ellos la práctica de la prueba, favoreciendo la solución anticipada de la causa penal.

Su incorporación en los sistemas procesales es una realidad indiscutible y su imbricación en la Justicia procesal penal permite naturalizarla desde una mirada diversa.

3. El consentimiento de las víctimas. La Justicia restaurativa y la mediación.

Un componente diverso integra el paisaje actual de la Justicia Penal: la víctima. Y no se trata de afirmar que antes no había víctimas, que las había, sino que su papel había quedado relegado a un segundo plano en el proceso penal. El delito se entendía cometido contra el Estado y la sociedad, por lo que quien debía reaccionar era éste y no las víctimas directas. Se trataba con ello de paliar la

55 Orlandi, R.: "Riti speciali e trattamento sanzionatorio", cit., p. 258.

venganza que propiciaría si se dejara en manos de las víctimas la reacción frente al delito; un avance en la conquista de la civilización. Lo penal era componente de lo público, controlado por el Estado, sin perjuicio de posibles reacciones de las personas ofendidas a través de cauces diversos y vías adecuadas para ello; pero, la reacción frente a aquellos hechos que se consideraban delitos era competencia del Estado.

Avanzada la segunda parte del Siglo XX, y ante la frustración y el desencanto de las víctimas ante la respuesta del Estado frente a los delitos, se fue gestando un movimiento que propugnaba el "redescubrimiento" de la víctima, apareciendo la Victimología, a partir de la cual se luchaba por extraer de la nada (vacío) legal a las víctimas, para hacerlas visibles en sede penal. En todo caso, no se trataba de defender la sustitución del *ius puniendi* del Estado por un *ius puniendi* de la víctima. Estas reivindicaciones propiciaron cambios. En algunos casos, por convencimiento de la situación, si bien en muchos casos han sido asumidas desde dos vertientes no tan positivas: por un lado, como vía de manipulación política, o bien como vía de manoseo de la globalización, dado que la intervención de las víctimas podía favorecer menos procesos (en número de causas), y menos proceso (permitiendo la finalización del proceso). En suma, la aparición de las víctimas en el proceso no se ha mostrado en absoluto neutra[56].

Por una u otra razón, es indudable que la mirada hacia las víctimas ha cambiado. No solo hacia las víctimas en general, sino también hacia determinadas víctimas más vulnerables. Se les han reconocido derechos, se permite la adopción de medidas de separación de las víctimas respecto de testigos y partes del proceso penal, pueden dar opinión en el proceso, pueden intervenir en las salidas extraordinarias, acuerdos o pactos que se realicen en el proceso. Su consentimiento juega un papel en las consecuencias procesales que pueden producirse. Y así se ha reconocido no solo en los textos nacionales, sino en la agenda política supranacional[57].

Es en ese contexto cuando comienza a emerger una nueva estrella en el firmamento penal, que rompe esquemas, que deconstruye la mirada punitiva, empero también el modelo procesal y muy especialmente que genera una metamorfosis en torno a los protagonistas de la Justicia Penal: la mediación penal.

56 Barona Vilar, S.: *Justicia Penal, Globalización y Digitalización,* 2018, cit. En la hoja de ruta política, en los debates públicos, se entremezcla un discurso pro-víctima con una búsqueda desesperada por la seguridad.

57 La Unión Europea ha desplegado políticas de protección de las "víctimas": la Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de octubre de 2012, por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos, que sustituye la Decisión marco 2001/220/JAI del Consejo. Esta Directiva es la que ha propiciado la larga lista de modificaciones legales nacionales: la Ley 4/2015, de 27 de abril del Estatuto de la víctima del delito (España) que introduce los Servicios de justicia restaurativa (art. 15), incluida la posible mediación de víctima y de infractor; en Alemania la 3. *Opferrechtsreformgesetz* de 21 de diciembre de 2015; en Gran Bretaña la *Criminal Justice and Courts Act 2015* en relación con la Domestic Violence, Crime and Victims Act (2004), que incorporó disposiciones para proteger a las víctimas y a la sociedad en general; en Italia, el Decreto legislativo de 15 de diciembre 212/2015, con el fin de incorporar las normas de la Directiva 2012/29/UE.

Es una manifestación de la justicia restaurativa, una de las funciones del sistema penal en su conjunto, que se desarrolla a través de un procedimiento entre víctima y victimario, con la intervención de uno o varios mediadores que facilitan la comunicación entre ellos (en ocasiones es un equipo técnico), pudiendo propiciar un acuerdo que, incorporado al proceso, garantice la función de prevención general y la de prevención especial, en su caso.

La mediación es una institución que pone en valor lo que en la sociedad actual no se valora (por no medirse con parámetros de eficiencia), o lo que es lo mismo, puede mostrarse como algo "inútil" para el sistema penal. Ahora bien, como señala Nuccio ORDINE, en su obra "La utilidad de lo inútil", hay que buscar también la utilidad de lo inútil, aquello, en suma, que, a pesar de no servir directamente a ningún propósito (podríamos añadir en la búsqueda de una efectividad, celeridad, reduccionismo procesal, etc), da sentido y valor humano a todo el resto. En este sentido, la mediación, "aparentemente inútil", se muestra como una institución a la búsqueda de la dignidad de las personas (víctima-victimario), del respeto del otro, una mirada diversa del derecho penal y del proceso penal (de la mano y coordinados), de credibilidad en el ser humano, desde los fundamentos de la justicia restaurativa[58]. Se presenta como una bocanada de aire en el espacio de ultrapunibilidad que vivimos. Abre la puerta a la comunicación, al diálogo, al reconocimiento del otro (bilateral), a la búsqueda de la integración, no disgregación, ofreciendo una mayor confianza en el sistema. Merece, cuanto menos, su consideración en esta sociedad descreída, con la economía como elemento inspirador, con falta de asideros, vacua, desmotivada y desilusionada[59].

Y lo que es indudable, la mediación penal pivota sobre el consentimiento, tanto para comenzar el procedimiento como para trabajar en el procedimiento de mediación, obviamente sin olvidar que cualquier acuerdo que se adopte requiere de consentimiento de víctima-victimario-abogados-juez y en su caso fiscal.

58 BRAITHWAITE, J.: "Principles of Restorative Justice", en *Restorative Justice &Criminal Justice. Competing or reconciliable paradigms?*, (VON HIRSCH, A./ROBERTS, J. ed.), Oxford, Portland, Hart Publishing, 2003, p. 5, considerado uno de los padres de la justicia restaurativa, llega a considerar la justicia restaurativa como un planteamiento vital, un estilo diverso de vida. No solo es una aportación hacia la reforma del sistema de justicia criminal, sino un camino para transformar el sistema legal en su conjunto, concibiendo la *restorative justice* como un proyecto intelectual y político mucho más ambicioso que lo que normalmente se ha venido considerando.

59 BARONA VILAR, S.: "Del escepticismo al entusiasmo en mediación penal, de la restorative justice a la reconstructive justice (referencia especial al estatuto jurídico de la víctima y a los encuentros restaurativos víctimas-condenados por terrorismo)", en la obra colectiva *El proceso penal en la encrucijada. Homenaje al Dr. César Crisóstomo Barrientos Pellicer*, Vol. I, (Coord. Juan Luis Gómez Colomer), Ed. Universitat Jaume I, Collecció Estudis Juridics, núm. 22, pp. 202-203. Igualmente, BARONA VILAR, S.: *Proceso penal desde la Historia*, cit., p. 614.

4. El valor del consentimiento en la prueba penal.

Expuestas anteriormente algunas manifestaciones del consentimiento en el proceso penal, amerita referirnos a las consecuencias procesales que aquél puede propiciar en el seno de la prueba penal. No podemos olvidar que la prueba como actividad procesal no solo es conveniente, sino necesaria, para desvirtuar la presunción de inocencia (art. 24.2 CE, art. 11.1 DUDH de 1948; art. 6 CEDH y LF de 1950, art. 14.2 PIDCP de 1966), de manera que el juzgador penal debe alcanzar la certeza de la culpabilidad del acusado para dictar sentencia condenatoria, y esa certeza debe ser resultado de las pruebas practicadas, de manera tal que la falta de pruebas o la insuficiencia de las mismas conlleva la absolución del acusado.

Será la ley la que deberá establecer en qué casos y bajo qué condiciones es posible alterar las bases probatorias en el proceso penal, y solo podrá hacerse cuando en el equilibro de derecho éste, el del proceso debido con prueba de cargo que desvirtúe la presunción de inocencia, deba ceder ante un derecho de igual o superior valor constitucional. Así, atendida la premisa básica, solo la ley podrá determinar si la manifestación del consentimiento puede efectivamente alterar las bases probatorias, las reglas de la prueba y la valoración del consentimiento en la consecuencia jurídico-penal y procesal-penal generalmente establecida. Resulta de interés, por tanto, analizar las diversas manifestaciones del consentimiento y sus consecuencias sobre la prueba.

1º) Valor del consentimiento prestado por el acusado en el reconocimiento de hechos –no de penas- (art. 779.1,5 LECRIM, en relación con el 801), en el procedimiento abreviado: El efecto que produce es, siempre que el juez no se oponga, la transformación del procedimiento abreviado en procedimiento para enjuiciamiento rápido de delitos (art. 800-801). Se produce una simplificación procedimental, un cambio de procedimiento, y posteriormente una formulación del escrito de acusación del Fiscal con conformidad del acusado. El proceso termina con sentencia de condena, pero con una reducción de la pena hasta un tercio, con posible suspensión de la ejecución o la sustitución de la pena por una privativa de libertad.

El consentimiento aquí es respecto de los hechos. Si se reconocen los hechos por el investigado estamos otorgando "valor probatorio" al mismo, dado que el objeto de la prueba son los hechos. Mantiene algunos componentes del interrogatorio de parte, obviamente también con sus diferencias. Si bien es cierto que ninguno constituye plena prueba (a diferencia de la vieja institución inquisitorial de la confesión del acusado), en el supuesto del reconocimiento tiene mayor eficacia procesal que en la declaración de aceptación de responsabilidad a que se refiere la LECRIM como medio probatorio. Y decimos que es más intensa porque el reconocimiento de hechos tiene una fuerza conductiva: 1) Art. 779.1.5°:

reconocimiento-formulación de escrito de acusación del Fiscal con conformidad del acusado- incoación de diligencias urgentes- continuación vía arts. 800 y 801 LECRIM; 2) Art. 801.2: el juzgado de guardia controla la conformidad-dicta sentencia oral de conformidad con reducción de un tercio; 3) Es posible firmeza de la sentencia en el acto si el fiscal y las partes personadas manifiestan su voluntad de no recurrir.

El consentimiento en este caso tiene valor probatorio en cuanto es suficiente para enervar la presunción de inocencia. Un consentimiento que tiene premio (es lo que ORLANDI denomina *premialità negoziata*): rebaja de pena privativa de libertad, suspensión de la pena (art. 81.3) o de sustitución de la pena privativa de libertad por otra (art. 87.1.1.CP).

2º) Valor del consentimiento prestado en la conformidad del acusado (a través de su abogado) con el escrito de acusación (en el abreviado o en el enjuiciamiento rápido) o en el juicio oral (en el abreviado, enjuiciamiento rápido y Jurado): se eliminan todos los trámites, incluida la prueba, y siempre que el juez esté de acuerdo -puede no estarlo por error, negligencia u otra causa-, se dictará directamente sentencia de conformidad.

En este caso el consentimiento formulado a través de la conformidad en el juicio oral conduce a una verdadera negociación o *bargaining*, por lo que desaparece la actividad probatoria. Se determina *ex lege* que el consentimiento "niega" la necesidad de la prueba, bajo la supervisión del órgano jurisdiccional. A diferencia del reconocimiento anterior, aquí el consentimiento es para pactar una pena, no se refiere a los hechos. En suma, se produce un proceso penal sin prueba. Esto se justifica por el equilibrio de derechos. Es un derecho de la parte, reconocido y premiado legalmente, consentir una pena, evitando la continuación del proceso y con ello la necesidad de la práctica de la prueba. Un derecho que puede ejercitarse frente a otros derechos. Así, amén de ser la conformidad una institución "eficiente" para el sistema procesal, comporta beneficio para el sujeto pasivo del proceso, que manifiesta el consentimiento de la condena que se le propone, quedando en situación más ventajosa.

El ordenamiento jurídico permite que la libertad expresada a través del consentimiento -voluntad- prime sobre el derecho a la prueba, como garantía del proceso, le da valor superior. Su valor es de tal entidad que no puede ser cuestionado vía recurso, si bien debemos matizar que cabría recurso para plantear precisamente vicios en el consentimiento (violencia, intimidación), pero no puede impugnar por razones de fondo (art. 787.7, reformado por la LO 15/2003, de 25 de noviembre).

3º) Valor del consentimiento plasmado en un acuerdo de mediación: se elimina la prueba en el proceso penal. Ahora bien, para otorgar ese valor negatorio de la necesidad de prueba se requiere que quienes exteriorizan ese consentimiento, y muy especialmente la o las víctimas, tengan capacidad de discernir o, en su caso, la tengan integrada. Esto supone la necesidad de delimitar el ámbito subjetivo de la mediación, cuestionando el verdadero consentimiento exteriorizado por víctimas especialmente vulnerables, que requerirán colaboración o integración de su capacidad.

Con estos acuerdos se produce un consentimiento bilateral (reforzado por los abogados) en virtud de los cuales: si se está en fase de investigación puede procederse a archivar la causa o dictar auto de sobreseimiento, no continuando el juicio oral y, por ende, no habrá prueba. Si se produjere tras la formulación de acusación, el proceso penal quedaría interrumpido, y si hubiera acuerdo, en muchos ordenamientos, termina el proceso con sentencia de conformidad, con aquiescencia judicial. Estamos ante un supuesto más de renuncia de la prueba en el proceso, de modo que el consentimiento bilateral prevalece como derecho respecto del derecho a la prueba.

IV. CONCLUSIÓN.

En el modelo paradigmático de Justicia Penal que fue gestándose en la etapa de la modernidad no contemplaba el consentimiento como baluarte o componente integrador de su funcionamiento. Ajeno a los principios que vinieron fundamentando un modelo procesal garantizado en la norma y bajo la mirada de los tribunales de justicia, no casaba con manifestaciones oportunas de los sujetos y protagonistas del sistema procesal, que pudieren alterar el *modus operandi* procesal.

La metamorfosis social de las últimas décadas ha alterado no solo un paisaje sociológico del entorno en el que nos movemos, sino que ha frustrado algunos de los ejes del viejo paradigma de Justicia penal, y ha caminado hacia una transformación, mutación y hasta deconstrucción en algunos casos, de los mismos. La integración de la voluntad de los sujetos pasivos del proceso, la incorporación de las víctimas en numerosas instituciones procesales, bajo su propia voluntad, y la transformación de las maneras de actuar de los jueces, todo ello en las reformas incorporadas en las normas procesales, ha ido presentando un escenario muy proclive al consentimiento de quienes se hallan implicados en las causas penales. Ora por motivos economicistas y de eficiencia, ora por una necesidad ineludible de alterar los esquemas de comportamiento de quienes están afectos al proceso penal, favoreciendo la tutela efectiva penal y garantizando los fines del proceso penal, los viejos postulados de la necesidad, de la oficialidad, han ido dando paso a numerosas manifestaciones de oportunidad, incorporadas a las normas,

que se nuclean en torno a la voluntad y su expresión en el consentimiento, no solo del investigado-acusado sino también de las víctimas. Reconocimiento de hechos, *Absprache*, conformidad, *Plea Bargaining*, mediación, son ya instituciones consolidadas. En ellas el protagonista es la voluntad.

Y esa voluntad altera las reglas y el orden de preferencia de los derechos. Se producen desde el consentimiento concesiones procesales e incluso garantistas como la renuncia de la prueba por un modelo más eficiente para todos y más beneficioso para las partes. En un entorno belicista y agresivo, en una sociedad compleja y desnortada, incorporar instituciones que permiten una mirada más cercana y más humana, recuerdan a la búsqueda de lo que Bauman denominaba la "retrotropía"[60], generando confianza entre las personas. El mundo sigue y los sistemas jurídicos se adaptan a la realidad cambiante, sin que por ello podamos advertir muestra alguna de oxímoron. Ciertamente, el derecho a la libertad de consentir, a expresar la voluntad, se superpone al derecho al debido proceso. ¿Es mejor o peor? ¿ es una *contraditio in terminis?* La respuesta es que nada es blanco o negro, cada vez más, la ductilidad, la re-construcción, la readaptación exige una suerte de "crisis", y tras ella, como decía Nietzsche, encontraremos la posible aparición de "una estrella fugaz".

60 Bauman, Z.: *Retrotropía*, Barcelona, Ed. Paidós, 2017: Debemos prepararnos para un largo periodo que estará marcado por más preguntas que respuestas, y por más problemas que soluciones… Nos encontramos (más que nunca antes en la Historia) en una situación de verdadera disyuntiva: o unimos nuestras manos o nos unimos a la comitiva fúnebre de nuestro propio entierro en una misma y colosal fosa común.

BIBLIOGRAFÍA

ALONSO ROMERO, M. P.: *El proceso penal en Castilla (Siglos XIII-XVIII)*, Ediciones Universidad de Salamanca, 1982.

ARENDT, H.: *Men in dark times*, New York, 1968.

ARENDT, H.: *The Origirns of Totalitarianism*, Schockem Books, New York, 2004.

ARMENTA DEU, T.: "El proceso penal: nuevas tendencias, nuevos problemas", *Poder Judicial,* núm. 41-42, 1996.

BARONA VILAR, S.:

- De la sociedad líquida a la justicia penal líquida", *Revista Ius Puniendi,* núm. 5, noviembre-diciembre 2017.

- "Del escepticismo al entusiasmo en mediación penal, de la restorative justice a la reconstructive justice (referencia especial al estatuto jurídico de la víctima y a a los encuentros restaurativos víctimas-condenados por terrorismo)", en *El proceso penal en la encrucijada. Homenaje al Dr. César Crisóstomo Barrientos Pellicer*, Vol. I, (coord. Juan Luis Gómez Colomer), Ed. Universitat Jaume I, Collecció Estudis Juridics, núm. 22, 2016.

- "El consenso en el proceso penal americano", *Revista General del Derecho*, núm. 591, 1993.

- "Justicia integral y *Access to Justice*. Crisis y evolución del *paradigma*", en AA.VV.: *Mediación, Arbitraje y Jurisdicción en el actual paradigma de Justicia* (coord. BARONA VILAR, S.), Civitas-Thomson Reuters, Madrid, 2016.

- *Justicia penal, globalización y digitalización*, Thomson-Reuters, Santiago de Chile, 2018.

- "Justicia penal líquida (Desde la mirada de Bauman)", *Revista de Pensamiento Teoría y Derecho,* Valencia, Tirant lo Blanch, dic. 2017.

- *La conformidad del acusado en el proceso penal*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1994.

- "La conformidad en el proceso penal italiano: la applicazione della pena su richiesta delle parti", *Revista de Derecho Procesal*, 1994.I.

- *Proceso penal desde la Historia. Desde sus orígenes hasta la sociedad global del miedo*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2017.

- "Retrato de la Justicia civil en el Siglo XXI: ¿caos o una nueva estrella fugaz?", *Revista Boliviana de Derecho*, enero 2018.

Bauman, Z.: *Retrotropía*, Barcelona, Ed. Paidós, 2017.

Biebricher, T.: "Neoliberalismus und Staat -ziemlich beste Feinde", en AA.VV.: *Der Staat des Neoliberalismus*, Nomos, 2016.

Braithwaite, J.: "Principles of Restorative Justice", en *Restorative Justice &Criminal Justice. Competing or reconciliable paradigms?* (Von Hirsch, A./Roberts, J. ed.), Oxford, Portland, Hart Publishing, 2003.

Carbonell Mateu, J. C.: "Reflexiones sobre el abuso del derecho penal y la banalización de la legalidad", en AA.VV.: *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos*, Vol. 1, Universidad de Castilla La Mancha, Universidad de Salamanca, 2001.

Cortina, A.: *Aporofobia: el rechazo al pobre*, Paidós, Barcelona, 2017.

Donini, M.: "La sicurezza come orizzonte totalizzante del discorso penale", en *Sicurezza e Diritto Penale* (a cura de Donini, M.; Pavarini, M.Donini, m.), Bologna, Bononia University Press, 2011.

Ferrajoli, L.: *Il paradigma garantista. Filosofia e critica del diritto penale*, 2 ed., Napoli, Editoriale Scientifica, 2016.

Fiore, C.: "Relazione introduttiva", en AA.VV.: *Democrazia e autoritarismo nel dirito penale* (coord. A. M. Stile) Napoli, Ed. Scientifiche Italiane, 2011.

Friedman, M.: *Is There a Modern legal Culture?*, *Ratio Iuris. An International Journal of Jurisprudence and Philosophy of Law*, vol. 3, núm. 2, 1994.

Garland, D.: *The culture of control: Crime and Social Order in Contemporary Society,* Oxford, Oxford University Press, 2002.

Habermas, J.: *El discurso filosófico de la modernidad*, Barcelona, Taurus, 1991.

Hassemer, W.: "Rasgos y crisis del Derecho penal moderno" (trad. Larrauri; Mainecke), ADPCP, 1992.

Hassemer, W.: "Sicherheit durch Strafrecht", en *Straverteidiger,* 2006.

HOBSBAWM, E. J. E.: *Guerra y paz en el Siglo XXI*, Barcelona, Ed. Crítica, 2007.

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

IGNOR, A.: *Geschichte des Strafprozesses in Deutschland 1532-1846. Von Carolina Karls V. bis zu den Reformen des Vormärz*, Ferdinand Schöningh ed, Paderborn, 2002.

INSOLERA, G.: "Sicurezza e ordine pubblico", en en AA.VV., *Sicureza e Diritto Penale* (coord. DONINI y PAVARINI), Bolonia, Bononia, Uni Press, 2011.

JIMÉNEZ DE ASSUA, L.: *Tratado de Derecho Penal, Tomo I,* Buenos Aires, ed. Losada, 3º ed., 1964.

KUHLEN, L.: "La autocompresión de la ciencia del Derecho penal frente a las exigencias de su tiempo", en *La ciencia del Derecho penal ante el nuevo milenio* (coord. MUÑOZ CONDE, F), Valencia, Tirant lo Blanch, 2004.

LIPOVETSKY, G.: *L'ere du vide- Essais sur l'individualisme contemporain*, 1989.

MAIER, J. B.: "Inquisition oder Kompostion?", en *Festschrift für Claus Roxin zum 70 Geburtstag am 15. Mai 2001*, ed. Achenbach/Bottke/Haffke/Rudolphi/ Schünemann, De Gruyter, 2001.

MAIER, J. B.: "Estado democrático de derecho, Derecho Penal y procedimiento penal", en AA.VV.: ¿Tiene un futuro el Derecho penal? (coord. J. B. MAIER, G. CÓRDOBA), Buenos Aires, Ed. Ad Hoc, 2009.

MÜLLER, D. H.: *Das Gesetz Hammurabis und ihr Verhältnis zur mosaischen Gesetzgebung sowie zu den XII Tafeln*, Wien, Ed. Alfred Hölder, 1903.

NAUCKE, W.: "La robusta tradizione del diritto penale della sicurezza", en DONINI/PAVARINI, Sicureza e Diritto Penale, Bononia Uni Press, 2011

ORLANDI, R.: Riti speciali e trattamento sanzionatorio", Testo della relazione svolta al XXIII Convegno E. de Nicola su "Sistema sanzionatorio: effettività e certezza della pena", Gallipoli, 27-29 ottobre 2000, publicado en AAVV Sistema sanzionatorio: effettività e certezza della pena, Milano, 2000, Giuffré.

PALIERO, C. E.: "La autocomposición de la ciencia del Derecho penal frente a las exigencias de su tiempo", en La ciencia del derecho penal ante el nuevo milenio (coord. MUÑOZ CONDE, F.), Valencia, Tirant lo Blanch, 2004.

Persak, N.: "Using "Quality of Life" to legitimate Criminal Law Intervention: Gauging Gravity, Defining Disorder", en *Liberal Criminal Theory. Essays for Adreas von Hirsch* (A. P. Simester, A. Du Bois-Pedain y U. Neumann), Oxford, Hart Publishing, 2014.

Prittwitz, C.: "¿Guerra en tiempos de paz?, Revista penal, núm. 14, 2004.

Rodenstedt, A.: "Sicherheit schaffen und die Angst vor dem anderen in Rinkeby, Schweden", en Häfele, J.; Sack, F.; v. Eick, V. y Hillen, H.), *Sicherheit und Kriminalprävention in urbanen Räumen. Aktuelle Tendenzen und Entwicklungen*, Springer, Wiesbaden, 2017.

Rose, N.: "Tod des Socialen? Eine Neubestimmung der Grenzen des Regierens", AA.VV.: *Gouvernementalität der Gegenwart. Studien zur Ökonomisierung des Sozialen* (coord. Bröckling, Krasmann y Lemke) Suhrkamp, Frankfurt, 2000

Sbriccoli, M.: "Giustizia negoziata, giustizia egemonica. Riflessioni su una nuova fase degli studi di storia della giustizia criminale", en AA.VV.: *Criminalità e giustizia in Germania e in Italia. Pratiche giudiziaire e linguaggi giuridici tra tardo medioevo ed età moderna. Kriminalität und Justiz in Deutschland und Italien. Rechtspraktiken und gerichtliche Diskurse in Spätmittelalter und Früher Neuzeit* (dir. Bellarba, M.; Schwerhoff, G.:; Zorzi, A.), Bologna, Ed. Società editrice il Mulino, y Berlin, Ed. Duncker&Humblot, 2001.

Sieber, U.: "Grenzen des Strafrechts" en Albrecht/Sieber: *Perpektiven der strafrechtlichen Forschung Amtswechsel am Freiburger Max-Planck-Institut fur auslandisches und internacionales Strafrecht*, 2004.

Sieber, U.: "Der paradigmenwechsel vom Strafrecht zum Sicherheitsrecht", en AA.VV.: *Die Verfassung moderner Strafrechtspflege. Erinnerung an Joachim Vogel* (dir. Tiedemann, Sieber, Stzger, Burchard y Brodowski) Nomos, Baden-Baden, 2016.

Silva Sánchez, J. Mª.: *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, Madrid, Civitas, 1999.

Simon, J.: *Governing through Crime*, 2007.

Vervaele, J.: "¿Terrorismo y seguridad: un derecho penal sin límites?", 2017.

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

Williams, M. C.: "Securitization and the liberalism of fear", 2011.

PRINCIPIOS RECTORES EN LA ADOPCIÓN DE DILIGENCIAS LIMITATIVAS DE LOS DERECHOS RECONOCIDOS EN EL ART. 18 CE

GUIDING PRINCIPLES ON THE ADOPTION OF INVESTIGATION PROCEEDINGS THAT LIMIT THE RIGHTS RECOGNIZED BY ART. 18 SPANISH CONSTITUTION

Rev. Boliv. de Derecho Nº 31, enero 2021, ISSN: 2070-8157, pp. 236-263

Carolina
SANCHIS
CRESPO

ARTÍCULO RECIBIDO: 1 de septiembre de 2020
ARTÍCULO APROBADO: 13 de noviembre de 2020

RESUMEN: La reforma de la LECrim llevada a cabo en 2015 exige, para la adopción de las diligencias limitativas de los derechos reconocidos en el art. 18 CE, el respeto a los principios rectores de especialidad, idoneidad, excepcionalidad, necesidad y proporcionalidad. Este artículo pretende, partiendo del texto legal y acudiendo a la jurisprudencia, desentrañar el verdadero significado de estos principios.

PALABRAS CLAVE: Diligencias de investigación; especialidad; idoneidad; excepcionalidad; necesidad; proporcionalidad.

ABSTRACT: *Criminal Procedure Law reform carried out in 2015 requires, in order to adopt the investigation proceedings that limit the rights recognized by art. 18 Spanish Constitution, to respect the guiding principles of specialty, suitability, exceptionality, necessity and proportionality. This article aims, departing from the legal text and considering existing jurisprudence, to unveil the true meaning of these principles.*

KEY WORDS: *Criminal investigations; speciality; suitability; exceptionality; necessity; proportionality.*

SUMARIO.- I. LA ERA DIGITAL.- II. RÉGIMEN JURÍDICO DE LAS MEDIDAS DE INVESTIGACIÓN TECNOLÓGICA. LOS PRINCIPIOS RECTORES COMO EJE AXIAL.- 1. Especialidad.- 2. Idoneidad.- 3. Excepcionalidad y necesidad.- 4. Proporcionalidad.- III. A MODO DE EPÍLOGO.

I. LA ERA DIGITAL.

El modo de investigar en el proceso penal que se abre paso con el transcurrir de este nuevo siglo, es marcadamente distinto al que consagró inicialmente nuestra LECrim. A finales del siglo XIX, España todavía era una sociedad rural escasamente industrializada, donde la mayor revolución tecnológica venía de la mano de la fotografía. Casi ciento cuarenta años más tarde, el papel de la tecnología en la configuración de la inmensa mayoría de relaciones humanas es capital y ello forzosamente debía reflejarse en el modo de delinquir y en el de investigar esa delincuencia.

Actualmente nos encontramos inmersos en una verdadera revolución que ha sido ya denominada Cuarta Revolución Industrial. No se trata de una nueva etapa más, sino del advenimiento de una nueva era: la era digital. Tiene, como una de sus principales características, propiciar la transformación digital de la sociedad. De este modo, todas las realidades que hasta ahora conocíamos tienen una traducción digital lo que las dota de infinitas posibilidades de tratamiento.

Todo ello ha sucedido -está sucediendo- mientras tiene lugar el fenómeno de la universalización de la informática por el continuo desarrollo, la miniaturización y la reducción de costes en la fabricación y venta de todo tipo de dispositivos[1] y ha conllevado, además, la aparición de un nuevo contexto en el que emergen nuevas realidades. Algunas de las más significativas, son la gestión de la información que da lugar al nacimiento del *Big Data* y toda una serie de cuestiones asociadas a la

1 Pradillo, J. C.: "Nuevas medidas tecnológicas de investigación criminal para la obtención de prueba electrónica", en Pérez Gil, J. (coord.): *El proceso penal en la sociedad de la información*, Madrid, 2012, p. 269.

• Carolina Sanchis Crespo
Catedrática de Derecho Procesal de la Universitat de València. Docente en Universidades de Irlanda, Finlandia, Cuba, Bolivia, Argentina, México y Costa Rica. Estancias investigadoras en Universidades de Italia, Alemania, Irlanda y Estados Unidos. Autora de 7 libros siendo el último de los mismos: Delincuencia informática. Tipos delictivos e investigación. Con jurisprudencia tras la reforma procesal y penal de 2015, Ed. Tirant lo Blanch, 2019, 823 pp. Libro en coautoría con Eloy Velasco Núñez. Directora y coautora de 3 libros colectivos sobre fraude electrónico. Autora de más de 40 artículos científicos especializados en Derecho Procesal publicados en Revistas españolas y extranjeras. Autora de más de 15 capítulos en libros colectivos. Conferenciante en congresos internacionales y nacionales en los últimos 25 años. Directora de 2 Proyectos de investigación y participante como equipo en otros 12. Correo electrónico: carolina.sanchis@uv.es

seguridad, por la vulnerabilidad de las infraestructuras críticas y la puesta en riesgo del orden jurídico mediante la cibercriminalidad.

La mayoría de las definiciones se refieren a *Big Data* como un término aplicado a conjuntos de grandes datos caracterizados por las famosas 3V del analista Doug LANEY, de la consultora Gartner: volumen, velocidad y variedad, que superan la capacidad del *software* habitual para ser capturados, gestionados y procesados. Desde que LANEY la acuñó hace más de una década, otras V han ido añadiéndose, como la validez, la veracidad, el valor y la visibilidad. Todo un desafío para la gestión de datos. Si la información es poder, entonces el *Big Data* debe entenderse como una gran linterna que ilumina la información escondida detrás de los datos, facilitando su análisis que antes limitaba la tecnología. En palabras de Rick SMOLAN, autor de El Rostro Humano del *Big Data*, se trata de una extraordinaria revolución del conocimiento que opera casi de modo invisible, a través de los negocios, la academia, el gobierno, la salud y la vida cotidiana. Si antes los investigadores se servían de los datos para apoyar o rechazar teorías, ahora recurren a ellos para inspirarlas[2]. El *Big Data* transforma meros datos en información valiosa para la toma de decisiones de todo tipo: económicas, políticas, humanitarias, etc.

La ingente cantidad de información que producimos procede de una gran variedad de dispositivos que forman parte de nuestra vida cotidiana. Con ellos emitimos un sinfín de datos que van conformando nuestros avatares digitales. Cada vez que clicamos en Amazon, cuando pagamos con la tarjeta en los comercios, en el supermercado, cuando opinamos en la Red, colgamos imágenes o utilizamos una nueva *app*, el *Big Data* sabe un poco más de nuestros gustos, de nosotros y nos va conociendo mejor. ¿Podemos imaginar los ajustadísimos retratos que se pueden extraer de cada uno de nosotros optimizando el análisis de todos estos datos?[3]

Las grandes posibilidades que pone al alcance de la mano el *Big Data* junto con el creciente desarrollo tecnológico, tienen también su lado oscuro. Y es en ese lado oscuro donde se cobijan dos grandes enemigos para la sociedad civil que adelantábamos. Se trata, de un lado, de la puesta en riesgo de las infraestructuras críticas y de otro, de las infracciones al orden jurídico por parte de la cibercriminalidad.

En cuanto a las infraestructuras críticas, se intenta protegerlas, para conjurar los riegos y convertir en lo más invulnerables posible los servicios esenciales de

2 POWERDATA información accesible en https://www.powerdata.es/nuestra-mision (consultada el 7 de julio de 2020).

3 Van den Berg, E.: "¿Qué es eso del *Big Data*?", *El País*, 31 de marzo de 2015.

Estado. Entendemos por tales aquellos que de no prestarse pondrían en peligro la existencia misma de la nación, como policía, educación, sanidad, suministros de energía, seguridad del tráfico, etc. A este respecto, hay que decir que desde hace más de 10 años existe en nuestro país un centro estatal que trata de convertirse en el escudo protector perfecto frente a estos ataques. Se trata del Centro Nacional de Protección de Infraestructuras y Seguridad (CNPIC). En el año 2014 fueron 63 los incidentes registrados contra centros críticos, mientras que en el año 2016 el número de incidentes se elevó a 479 y el año 2017, desde enero a julio, se habían producido ya 489 incidentes[4]. Las cifras siguen incrementándose. En los dos primeros meses de 2018 ha habido más incidentes de ciberseguridad en infraestructuras críticas que en todo 2014 (125 frente a las 63 de hace cuatro años), y la mayoría han sido intentos de escaneo de red o ataques con programas maliciosos para dañar equipos informáticos[5].

Desde INCIBE-CERT[6] se ha trabajado todo el año 2019 en los servicios de alerta temprana. Se publicaron 207 avisos relacionados con el sector industrial, una mínima reducción frente a los 228 de 2018[7].

Ataques pertenecientes a este ámbito fueron los producidos por el virus *Wannacry* en mayo de 2017. Fue un ataque masivo de *ramsomware* (código dañino). Tuvo lugar entre el 12 y el 16 de mayo. Produjo daños a más de 360.000 dispositivos electrónicos de más de 180 países. Las empresas afectadas conocidas fueron en España, fundamentalmente, Telefónica, Iberdrola, Gas Natural y el periódico El Mundo. También afectó a los hospitales del sistema público sanitario de Reino Unido, infectó numerosos equipos en la compañía estadounidense de transporte FedEx y causó problemas en varias cadenas de montaje de los fabricantes de vehículos Nissan y Renault. China y Rusia fueron los países a los que el ciberataque golpeó más fuerte[8].

4 Los datos están extraídos de Olmo Calvo: "Buscando el escudo contra el Cibercrimen", *El Mundo*, 14 de agosto de 2017.

5 "España registra en dos meses más incidentes de ciberseguridad que en todo 2014", Agencia EFE, 31 de marzo de 2018.

6 INCIBE-INCERT es el centro de respuesta a incidentes de seguridad de referencia para los ciudadanos y entidades de derecho privado en España operado por el Instituto Nacional de Ciberseguridad (INCIBE), dependiente del Ministerio de Asuntos Económicos y Transformación Digital, a través de la Secretaría de Estado de Digitalización e Inteligencia Artificial. En el caso de la gestión de incidentes que afecten a operadores críticos del sector privado, INCIBE-CERT está operado conjuntamente por INCIBE y CNPIC. INCIBE-CERT es uno de los equipos de respuesta de referencia ante incidentes que se coordina con el resto de los equipos nacionales e internacionales para mejorar la eficacia en la lucha contra los delitos que involucran a las redes y sistemas de información, reduciendo sus efectos en la seguridad pública. Información accesible en https://www.incibe-cert.es/sobre-incibe-cert/que-es-incibe-cert, consultada el 8 de julio de 2020.

7 Información accesible en https://www.incibe-cert.es/blog/seguridad-industrial-2019-cifras, consultada el 8 de julio de 2020.

8 Los datos están extraídos de varios artículos publicados en prensa durante esos días como Toledano, B.: "Hackean a la red interna de Telefónica y de otras grandes empresas españolas", 12 de mayo de 2017, *El Mundo* y Palazuelos, F.: "Así fue el impacto del ciberataque en España", *El País*, 18 de mayo de 2017.

Un poco más tarde, a finales de julio de 2017, un hacker accedió a un servidor de Justicia y obligó a parar Lexnet. El fallo de seguridad permitió el acceso sin control a un cierto número de casos judiciales en España. En el momento de escribirse estás líneas ya ha concluido la investigación abierta por el CGPJ sobre el suceso con su archivo[9]. La Agencia Española de Protección de Datos también ha finalizado su expediente, pero con distinto signo. Su resolución de 15 de marzo de 2018 concluye que se produjo infracción grave del artículo 44.3.d de la Ley Orgánica de Protección de Datos (LOPD) por parte del Ministerio de Justicia, durante el incidente de seguridad de 28 de julio de 2017 del sistema LexNet donde unos usuarios pudieron acceder a la información de otros usuarios.

La declaración pública de que se ha producido dicha infracción grave es la sanción que ha recibido el Ministerio. De acuerdo con la LOPD, las Administraciones Públicas no pueden ser sancionadas económicamente[10]. De haber sido una empresa privada, el Ministerio podría haber sido sancionado con una multa de 40.001 a 300.000 euros[11]. Lo que todos estos incidentes ponen de manifiesto es la vulnerabilidad de los datos que afectan a infraestructuras críticas de los Estados y la imperiosa necesidad de protegerlos.

Por otro lado, en el ámbito de la lucha contra la cibercriminalidad -al que propiamente se dirige este trabajo-, la tecnología proporciona mejoras fundamentales en la investigación penal. Algunas de ellas son el análisis del

9 El Consejo General del Poder Judicial decidió archivar la investigación abierta el 27 de julio de 2017 por un fallo de seguridad en la plataforma digital de intercambio de información que usan los órganos judiciales y los abogados, conocida con el nombre de LexNet. El pleno de esta institución considera que no afectó a ficheros jurisdiccionales, sino sólo a las cuentas correspondientes a abogados, procuradores y graduados sociales. Es por ello que el CGPJ alega que no es competente para seguir investigando, porque sólo son los documentos jurisdiccionales sobre los que el órgano de gobierno de los jueces tiene competencia en materia de protección de datos.
Atendiendo a la investigación realizada hasta la fecha por el Centro de Documentación Judicial (Cendoj) en coordinación con la Agencia Española de Protección de Datos, el CGPJ justifica su decisión advirtiendo de que "no todos los tipos de cuentas quedaron afectados" por el fallo de seguridad que obligó a parar LexNet durante más de una hora. Dicho esto, argumenta que el sistema LexNet es utilizado por abogados, procuradores, graduados sociales, centros penitenciarios, funcionarios de la Oficina Judicial, Policía Nacional, policías locales, Guardia Civil y hospitales, pero no es usado por los jueces y sólo mínimamente por los fiscales.
Es más, tomando como referencia los hechos investigados en estos cinco meses, el CGPJ asegura que el fallo de seguridad que se produjo no permitió acceder a expedientes completos de casos, ni a notificaciones no comunicadas a los procuradores, así como tampoco a borrar y modificar datos del sistema o presentar escritos en nombre de terceros. Es por ello que el órgano en cuestión se retira de la investigación y la deja en manos de la Agencia Española de Protección de Datos, por ser el órgano competente para determinar si se produjeron vulneraciones en materia de protección de datos de carácter personal en ficheros no jurisdiccionales. Recuero, M.: "El CGPJ archiva la investigación de la avería de LexNet por no afectar a jueces y fiscales, solo a abogados", El Mundo, 28 de diciembre de 2017.

10 Así lo establece su artículo 46.1: "Cuando las infracciones a que se refiere el artículo 44 fuesen cometidas en ficheros de titularidad pública o en relación con tratamientos cuyos responsables lo serían de ficheros de dicha naturaleza, el órgano sancionador dictará una resolución estableciendo las medidas que procede adoptar para que cesen o se corrijan los efectos de la infracción. Esta resolución se notificará al responsable del fichero, al órgano del que dependa jerárquicamente y a los afectados si los hubiera".

11 La información relativa a la resolución del expediente de la Agencia Española de Protección de Datos es de Rodríguez, Y.: *La AEPD declara que el Ministerio de Justicia cometió una infracción grave por el fallo de seguridad de LexNet*, Confilegal, 10 de abril de 2018.

Zeno-Zenco, J., *Dispositivos de Almacenamiento Masivo de Información, la Captación y grabación de comunicaciones y imágenes*, 1987

conexión de dispositivos de almacenamiento masivo de información, la utilización de balizas para el seguimiento de vehículos, la interceptación de comunicaciones, los registros remotos de equipos informáticos, la videovigilancia, el reconocimiento biométrico de los rostros de las personas, etc. Todas ellas pueden ser tremendamente útiles en las pesquisas penales, pero, al mismo tiempo, ponen en serio peligro, cuando no violentan directamente, los derechos fundamentales de las personas investigadas. Por ello era fundamental que tales herramientas tecnológicas recibieran un respaldo legislativo y, a finales del año 2015, ello por fin tuvo lugar. Hasta entonces, y ante la inacción del legislador que en pleno siglo XXI continuaba sin regular las herramientas de investigación tecnológica, se había venido practicando una suerte de tolerancia jurisprudencial con ciertas prácticas instructoras invasivas. En este sentido la STC 145/2014, 22 de septiembre, resultó paradigmática. Representa algo así como un golpe en la mesa del Alto Tribunal llamando la atención del legislador e impeliéndole a cumplir la función que le es propia.

En aquel caso se anuló una sentencia del Tribunal Supremo en la que se había avalado prueba consistente en la grabación de conversaciones que dos sospechosos de asesinato habían realizado en los calabozos policiales. Las grabaciones habían sido autorizadas por un auto judicial profusamente motivado y apoyado en el art. 579 LECrim, pero carecían de habilitación legal. En esa sentencia podemos leer[12]: "Es doctrina constante de este Tribunal (…) que aunque la literalidad de dicho precepto (art. 18.3 CE) ("se garantiza el secreto de las comunicaciones y, en especial, las postales, telegráficas y telefónicas, salvo resolución judicial") puede inducir a pensar que la única garantía que establece inmediatamente la Constitución es la exigencia de autorización judicial, un análisis más detenido de la cuestión pone de manifiesto lo contrario, ya que, por mandato expreso de la Constitución, toda injerencia estatal en el ámbito de los derechos fundamentales y las libertades públicas, que incida directamente sobre su desarrollo (art. 81.1 CE), o limite o condicione su ejercicio (art. 53.1 CE), precisa, además, una habilitación legal. Esa misma jurisprudencia dispone que la reserva de ley constituye "el único modo efectivo de garantizar las exigencias de seguridad jurídica en el ámbito de los derechos fundamentales y las libertades públicas", lo que "implica exigencias respecto del contenido de la Ley que, naturalmente, son distintas según el ámbito material de que se trate", pero que en todo caso determinan que "el legislador ha de hacer el 'máximo esfuerzo posible' para garantizar la seguridad jurídica", esto es, "la expectativa razonablemente fundada del ciudadano en cuál ha de ser la actuación del poder en aplicación del Derecho" (…). Profundizando en esa exigencia, en la STC 169/2001, 16 de julio, FJ 6, sostuvimos, con abundante cita de Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en cuanto a las

12 STC 145/2014, 22 septiembre, (RTC 2014,145), FJ 7.

características exigidas por la seguridad jurídica respecto de la calidad de la ley habilitadora de las injerencias, que "la ley debe definir las modalidades y extensión del ejercicio del poder otorgado con la suficiente claridad para aportar al individuo una protección adecuada contra la arbitrariedad (…). Cabe concluir afirmando que ni el art. 579.2 de la Ley de enjuiciamiento criminal (LECrim), que citan las resoluciones judiciales impugnadas (fundamento de Derecho quinto de la Sentencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, de 2 de junio de 2010; fundamento de Derecho segundo de la Sentencia de 10 de julio de 2009 de la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Zaragoza -sin cita expresa del precepto-, y fundamento de Derecho primero del Auto de 14 de marzo de 2007 del Juzgado de Instrucción núm. 5 de Zaragoza), ni tampoco la normativa penitenciaria a la que igualmente aluden (fundamento de Derecho cuarto de la mencionada Sentencia del Tribunal Supremo), habilitan la intervención de las comunicaciones verbales directas entre los detenidos en dependencias policiales".

Así pues, finalmente el legislador abandonó la idea de esperar a promulgar una nueva Ley de Enjuiciamiento Criminal para incluir la investigación tecnológica e implementó esas medidas largamente esperadas, mediante la LO 13/2015, de 5 de octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológica.

II. RÉGIMEN JURÍDICO DE LAS MEDIDAS DE INVESTIGACIÓN TECNOLÓGICA. LOS PRINCIPIOS RECTORES COMO EJE AXIAL.

El régimen jurídico de las medidas de investigación tecnológica se configura mediante un marco normativo doblemente acotado: las disposiciones comunes y las específicas.

En primer lugar, aparece en la LECrim el desarrollo de las disposiciones comunes a todas las medidas, desde el art. 588 bis a hasta el bis k, ambos inclusive. Este tratamiento común consta, a su vez, de dos componentes. Uno que incluye una descripción de los principios rectores que deben respetarse en la adopción de las medidas. Se trata de los principios de especialidad, idoneidad, excepcionalidad, necesidad y proporcionalidad. Y a continuación, como segundo elemento de este tratamiento común, se articulan toda una serie de disposiciones generales relativas al procedimiento de adopción y ejecución de todas las medidas como son: la necesidad de autorización judicial, los requisitos de la resolución, el secreto de las actuaciones, la duración, las posibilidades de prórroga, el control judicial, la posible afectación de terceras personas, etc. Seguidamente prosigue la ley con el desarrollo en concreto de cada una de las cinco medidas de investigación tecnológica.

En este trabajo nos centraremos en el primer componente, examinando el contenido de los principios, que actúan como verdadero eje axial vertebrador del régimen de adopción de las medidas de investigación tecnológica. Lo haremos entreverando referencias a las resoluciones judiciales más destacadas.

Como decíamos *supra* los principios rectores son cinco: especialidad, idoneidad, excepcionalidad, necesidad y proporcionalidad de la medida. Suponen la plasmación positiva de una jurisprudencia largamente desarrollada por los Tribunales Supremo y Constitucional. Parafraseando a Marchena Gómez y González-Cuéllar Serrano, puede decirse que el enunciado de estos principios, actúa como recordatorio de que más allá del estricto cumplimiento de las exigencias formales a las que ha de ajustarse el órgano jurisdiccional, la garantía constitucional asociada al sacrificio de los derechos fundamentales del art. 18 CE, opera como fuente legitimante[13].

La ley enumera expresamente estos cinco principios, sin embargo, existe uno previo a todos ellos y plenamente habilitador de la medida a adoptar. Se trata del principio de legalidad. La posibilidad de emitir un mandamiento judicial para llevar a cabo una concreta investigación tecnológica, ha de estar prevista en la ley y debe dictarse cumpliendo con los requisitos del principio de legalidad. Por su carácter precursor y evidente es lógico que la ley no lo incluya de modo expreso. No obstante, no conviene olvidar que, en un pasado no muy lejano, y acuciados por la desidia legislativa, nuestros tribunales comprometieron este principio. Esto sucedió cuando se aplicaron medidas de investigación tecnológica, como por ejemplo, el registro de dispositivos de almacenamiento masivo de información, sin sujeción a una legalidad que, por otro lado, era inexistente a pesar de ser muy necesaria. Se daba así por bueno el acto de investigación sobre uno de estos dispositivos cuando se encontraban en una entrada y registro que sí estaba autorizada, pero que no los mencionaba como posibles hallazgos. Así, en la que se calificaba como "línea jurisprudencial muy discutible sostenían que la ocupación y análisis de equipos informáticos hallados en el curso de una entrada y registro domiciliario no exigía que el mandamiento judicial contemplara expresamente tal eventualidad[14]"

Además, ha de tenerse en cuenta que el principio de legalidad no se cumplirá por la mera existencia de una ley que permita el acto de investigación tecnológica, sino que es preciso que esa ley delimite con suficiente precisión en qué situaciones puede tener lugar ese acto y hasta dónde se pueden violentar los derechos afectados. De este modo se preservará la seguridad jurídica de los justiciables

13 Marchena Gómez, M. y González-Cuéllar Serrano, N.: *La reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en 2015*, Madrid, 2015, p. 212.

14 Cabezudo Rodríguez, N.: "Ciberdelincuencia e investigación criminal. Las nuevas medidas de investigación tecnológica en la Ley de Enjuiciamiento Criminal", en *Las reformas del proceso penal*, I Jornada del Boletín del Ministerio de Justicia, año LXX, Núm. 2186, febrero de 2016, p. 42, quien cita como referentes de la posición previa y la actual, respectivamente, la STS 256/2008, de 14 de mayo, FJ 2 y la STS 342/2013, de 17 de abril, FJ 8.

como eventuales destinatarios de la medida. En este sentido VELASCO NÚÑEZ, señala que "la medida tecnológica que el juez autorice debe estar prevista por una norma que la habilite, que ha de ser de calidad tal que, por un lado, permita a todo ciudadano saber antes de acordarla en qué circunstancia se puede restringir su derecho y, por otro, evitar situaciones de abuso o arbitrariedad en los agentes del Estado al hacerlo". Concluye este autor diciendo que "el juez no podrá autorizar el uso de una medida tecnológica de investigación que no esté prevista en la ley, ni en circunstancias que vayan más allá de lo pretendido y permitido por la norma[15]."

Para terminar, conviene recordar que el art. 14.1 del Convenio sobre la Ciberdelincuencia instaba a las Partes a adoptar las medidas legislativas que resultasen necesarias a los efectos de investigación o de procedimientos penales específicos de los delitos que allí se señalan. El Estado español, al cumplir las exigencias del principio de legalidad en el asunto que venimos tratando, también ha observado uno de los principales compromisos emanados de la ratificación de este Convenio[16].

1. Especialidad.

El art. 588 bis a núm. 2 LECrim establece que el principio de especialidad exige que una medida esté relacionada con la investigación de un delito concreto. Añadiendo a continuación, que no podrán autorizarse medidas de investigación tecnológica que tengan por objeto prevenir o descubrir delitos o despejar sospechas sin base objetiva.

De la dicción literal del precepto se desprenden dos rasgos configuradores del contenido del principio. El primero, desde un punto de vista positivo, se concreta en la exigencia de relación de la medida con la investigación de un delito determinado. El segundo, desde un punto de vista negativo, plantea tres posibles escenarios en los que la especialidad no se cumpliría: cuando la medida tenga por objeto prevenir delitos, cuando pretenda descubrirlos o cuando se dirija a despejar sospechas sin base objetiva. Y, efectivamente, en cualquiera de esos tres supuestos no existiría conexión alguna con un delito concreto.

Conviene detenernos en la afirmación positiva de la especialidad, es decir, en la relación de la medida de investigación con un delito concreto, porque cabe preguntarse hasta qué punto ha de estar identificado ese delito para que el principio de especialidad pueda estimarse cumplido.

15 VELASCO NÚÑEZ, E.: *Delitos tecnológicos: definición, investigación y prueba en el proceso penal*, Madrid, 2016, p. 68.

16 El Convenio sobre la Ciberdelincuencia, hecho en Budapest el 23 de noviembre de 2011, fue ratificado por España el 3 de junio de 2010 y entró en vigor para nuestro país el 1 de octubre de ese mismo año.

La STC 26/2010, de 27 de abril[17], nos proporciona en su Fundamento Jurídico segundo una certera respuesta al describir cuál ha de ser la calidad de los indicios del delito que la sentencia comienza calificando como datos objetivos. Estos indicios, dice el Tribunal: "(…) son algo más que simples sospechas, pero también algo menos que los indicios racionales que se exigen para el procesamiento, en este sentido, hemos reiterado que la relación entre la persona investigada y el delito se manifiesta en las sospechas que, como tiene declarado este Tribunal, no son tan solo circunstancias meramente anímicas, sino que precisan para que puedan entenderse fundadas, hallarse apoyadas en datos objetivos que han de serlo en un doble sentido. En primer lugar, en el de ser accesibles a terceros sin lo que no serían susceptibles de control y, en segundo lugar, en el de que han de proporcionar una base real de la que pueda inferirse que se ha cometido o que se va a cometer el delito sin que puedan consistir en valoraciones acerca de la persona".

Retomando la pregunta que nos hacíamos antes, habrá que contestar que el delito se considerará suficientemente identificado siempre que los indicios delictuales cumplan las dos condiciones que la sentencia exige: primero, accesibilidad y control por terceros y segundo, base real desconectada de valoraciones personales.

Concretado el primer rasgo definidor del contenido del principio, pasemos ahora a considerar una parte del segundo que se formula como una prohibición. El hecho de que art. 588 bis a núm. 2 LECrim no permita medidas de investigación tecnológica que tengan por objeto prevenir o descubrir delitos, no significa que estas actuaciones no pueda llevarlas a cabo la policía en cumplimiento legítimo de sus funciones siempre que no afecten a derechos fundamentales. La prohibición se ciñe al supuesto de las medidas de investigación tecnológica vulneradoras de tales derechos y a ese ámbito debe restringirse. La posible duda quedó claramente despejada por la SAN 20/2016, 18 de julio[18]. En ella, el Alto Tribunal refirió que la defensa, en el caso de autos, cuestionó la investigación llevada a cabo. Lo hizo pretendiendo que, al tratarse de una investigación prospectiva, era ilegal y no podía admitirse que la policía hiciese vigilancias en las redes sociales a la búsqueda de actividades delictivas, como efectivamente sucedió.

La Audiencia Nacional, sin embargo, no compartió esta alegación y fundamentó su negativa como sigue: "Las fuerzas y cuerpos de Seguridad del Estado tienen como misión entre otras funciones (…) prevenir la comisión de actos delictivos, así como investigar los delitos para descubrir y detener a los presuntos culpables (…). En el ejercicio de estas funciones nada les impide realizar servicios de vigilancia

17 STC 26/2010, de 27 de abril (RTC 2010, 26).

18 SAN 20/2016, 18 de julio, ARP 2016/781, FD Primero.

y observación por las calles y por cualquier tipo de lugares públicos, incluidas las redes sociales públicas. Es más, estas actuaciones han resultado esenciales para descubrir delitos en los que las víctimas son las personas más vulnerables, los menores. No es necesaria una denuncia previa para que la policía actúe contra los comportamientos delictivos que observa en un lugar público, sea real o virtual. Lo que no puede hacer cuando actúan de esta forma, que efectivamente puede calificarse de prospectiva, es entrar en un domicilio o intervenir una comunicación privada sea telefónica o telemática, porque lo impiden los derechos fundamentales de inviolabilidad del domicilio, de intimidad o del secreto de las comunicaciones, recogidos en la propia Constitución (…) a modo de ejemplo basta señalar que en el art. 588 quinquies a) (LECrim) permite a la policía judicial obtener y grabar por cualquier medio técnico imágenes de la persona investigada cuando se encuentre en un lugar o espacio público, sin otros requisitos".

De este modo queda claro que el principio de especialidad solo exige la emisión de mandamientos judiciales para la ejecución de medidas de investigación tecnológica siempre y cuando se proceda para un delito concreto. Los indicios del mismo deben cumplir las dos características señaladas por el Tribunal Constitucional: accesibilidad y control por terceros y base real desconectada de valoraciones personales. Mientras que la prevención, el descubrimiento de delitos o descartar sospechas sin base objetiva, no podrán motivar esta clase de diligencias de investigación limitadoras de los derechos fundamentales del art. 18 CE, por más que la primera y la segunda de esas actividades sí puedan ser llevadas a cabo por los Cuerpos y Fuerzas del Estado en cumplimiento de sus funciones. En esos casos el espacio será publico y los entornos virtuales de acceso libre.

2. Idoneidad.

El art. 588 bis a núm. 3 LECrim proclama el principio de idoneidad. Según el texto legal servirá este principio para definir el ámbito objetivo, subjetivo y la duración de la medida en virtud de su utilidad.

Una vez determinado que la medida de investigación tecnológica está relacionada con la investigación de un delito concreto, surgen inmediatamente tres interrogantes cuando se trata de aterrizar la concreta medida a aplicar: ¿qué medida va a utilizarse del elenco proporcionado por la reforma de 2015?, ¿quiénes van a ser los sujetos afectados por la misma? y ¿durante cuánto tiempo?. Todo ello, en función de lo que sea más útil para la investigación penal pero, obviamente, sin perder de vista la proporcionalidad que, como luego veremos, es el principio origen de todos los demás y verdadera *alma mater* que transversalmente los informa a todos.

En palabras de Otamendi Zozaya[19] "únicamente podrán adoptarse las medidas restrictivas de derechos fundamentales que presumiblemente vayan a ofrecer una utilidad para la investigación del concreto hecho delictivo que constituye el objeto del proceso, debiendo descartarse aquellas otras que se revelan como inútiles para obtener pruebas o indicios de la comisión del hecho delictivo que se está investigando y de quienes participan en él". Entendemos que la idoneidad, vista de este modo, se acercaría, *mutatis mutandi*, al criterio de utilidad de la actividad probatoria acuñado, *a sensu contrario*, por la LEC cuando en su art. 283 dice que no deben admitirse, por inútiles, aquellas pruebas que, según reglas y criterios razonables y seguros, en ningún caso puedan contribuir a esclarecer los hechos controvertidos.

La STC 145/2014, 22 de septiembre[20], es ilustrativa de los extremos que deben cubrirse para que la idoneidad se entienda satisfecha. Refiriéndose a la motivación del auto judicial que autoriza la intervención de comunicaciones telefónicas, argumenta el Alto Tribunal que debe explicitarse, en el momento de adopción de la medida: "(…) todos los elementos indispensables para realizar el juicio de proporcionalidad y para hacer posible su control posterior, en aras del respeto del derecho de defensa del sujeto pasivo de la medida. Por ello, el órgano judicial debe exteriorizar los datos o hechos objetivos que pueden considerarse indicios de la existencia del delito y de la conexión de la persona o personas investigadas con el mismo; indicios que han de ser algo más que simples sospechas (…). Tiene además que determinar con precisión el número o números de teléfono y personas cuyas conversaciones han de ser intervenidas, el tiempo de duración de la intervención, quiénes han de llevarla a cabo y cómo, y los periodos en los que deba darse cuenta al Juez (…). Tales exigencias de motivación se reproducen en las prórrogas y en las nuevas escuchas acordadas a partir de datos obtenidos en una primera intervención, debiendo el Juez conocer los resultados de ésta con carácter previo al acuerdo de prórroga, explicitando las razones que legitiman la continuidad de la restricción del derecho, aunque sea para poner de relieve que persisten las razones anteriores, sin que sea suficiente una remisión *tácita o presunta a la inicial*".

Nótese cómo la exigencia de motivación de las causas reclama la fijación del tiempo inicialmente y no decae esta demanda tratándose de las prórrogas. La remisión a las causas iniciales, si éstas persisten, es posible, pero ha de ser expresa.

La idoneidad se resolverá, en cada medida en particular, de una forma particularmente adaptada al caso concreto. El respeto al principio de idoneidad será controlable mediante la exteriorización, en la motivación del auto, de los

19 Otamendi Zozaya, F.: *Las últimas reformas de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Una visión práctica tras un año de vigencia*, Madrid, 2017, p. 107.

20 STC 145/2014, 22 de septiembre, (RTC 2014, 145), FJ 2.

tres elementos a los que se refiere el art. 588 bis a núm. 3 LECrim. Esto es ámbito objetivo, subjetivo y duración de la medida.Y siempre deberá tenerse presente que el juicio de adecuación a la idoneidad de la medida solicitada debe hacerse ex ante, en el momento de la petición inicial policial como nos recuerda la STS 60/2020, 20 de febrero[21] según la cual: "(…) el juicio de validez del oficio policial y auto no puede hacerse ex post si se aprehende droga, sino ex ante, a fin de proceder a valorar si se cumplen los principios de especialidad, idoneidad, excepcionalidad, necesidad y proporcionalidad de la medida. Y, en consecuencia, no procede validar el auto por la circunstancia de que los agentes policiales luego encuentren droga a los investigados, ya que, como efectúa el Tribunal, el juicio de idoneidad y suficiencia debe hacerse ex ante al momento de la petición inicial y valoración de los indicios existentes en la investigación, no siendo suficientes las meras sospechas y/o conjeturas que se explicitan en la sentencia (…) no siendo los argumentos expuestos en el oficio, como antes se ha expuesto con el argumento del Tribunal negando suficiencia a la motivación del auto".

3. Excepcionalidad y necesidad.

De la excepcionalidad y la necesidad nos habla el art. 588 bis a en su número 4: "En aplicación de los principios de excepcionalidad y necesidad solo podrá acordarse la medida:

a) cuando no estén a disposición de la investigación, en atención a sus características, otras medidas menos gravosas para los derechos fundamentales del investigado o encausado e igualmente útiles para el esclarecimiento del hecho o,

b) cuando el descubrimiento o la comprobación del hecho investigado, la determinación de su autor o autores, la averiguación de su paradero, o la localización de los efectos del delito se vea gravemente dificultada sin el recurso a esta medida."

Parece desprenderse del modo de formulación de la norma que la excepcionalidad está descrita en el apartado a) mientras que la necesidad lo está en el apartado b). En cualquier caso, ambos principios son las dos caras de una misma moneda, de modo que uno se sustenta en el otro y viceversa[22] por lo que a veces se hace difícil distinguir sus exactos contornos.

La excepcionalidad permite escoger una medida más gravosa frente a otras que lo son menos, por ser la primera más adecuada debido a las concretas

21 STS 60/2020, 20 de febrero, RJ/2020/585, FD Segundo.

22 Nótese que el propio legislador los agrupa en el mismo número reconociendo de alguna manera su carácter complementario.

circunstancias de la investigación. Esa elección, la de la medida más dañosa, deviene necesaria para que la instrucción avance. Al mismo tiempo, si se acredita como necesario el recurso a una medida más lesiva para que la investigación prospere ello se hace de modo excepcional.

La conclusión práctica de lo dicho es que "el juez debe descartar autorizar medidas restrictivas de investigación tecnológica cuando le consten otras vías menos lesivas para los derechos del investigado, que, con la misma eficacia y similar o incluso menos dificultad, lleven a dar parecida información sobre el extremo o los extremos que se pretendan averiguar[23]."

De la excepcionalidad nos hablan multitud de sentencias, de entre ellas destacamos la STS 982/2016, 11 de enero de 2017[24], en la que se examina la observancia de este principio en la autorización de una intervención de comunicaciones telefónicas: "De la nota de excepcionalidad se deriva que la intervención telefónica no supone un medio normal de investigación, sino excepcional en la medida que supone el sacrificio de un derecho fundamental de la persona, por lo que su uso debe efectuarse con carácter limitado, ello supone que ni es tolerable la petición sistemática en sede judicial de tal autorización, ni menos se debe conceder de forma rutinaria. Ciertamente en la mayoría de los supuestos de petición se estará en los umbrales de la investigación judicial -normalmente tal petición será la cabeza de las correspondientes diligencias previas-, pero en todo caso debe acreditarse una previa y suficiente investigación policial que para avanzar necesita, por las dificultades del caso, de la intervención telefónica, por ello la nota de la excepcionalidad, se completa con las de idoneidad y necesidad y subsidiariedad formando un todo inseparable, que actúa como valladar ante el riesgo de expansión que suele tener todo lo excepcional, riesgo sobre el que esta Sala ha llamado la atención varias veces. (…)". Idoneidad porque este medio aparezca adecuado para los fines de la instrucción, necesidad porque no existe otro medio de investigación menos invasivo, y subsidiariedad porque ya se han agotado otros medios de investigación. Son garantías y cautelas para impedir que las intervenciones se conviertan en fuente de abusos de poder de la mano de estas modernas técnicas que, si es claro que permiten avanzar investigatorias, también suponen nuevos riesgos para los derechos de las personas (…)".

Como vemos, según el Tribunal Supremo, son incompatibles con la excepcionalidad, por su carácter extraordinario, las peticiones sistemáticas, las concesiones rutinarias y la solicitud de esta clase de medidas invasivas sin una previa y suficiente investigación policial. El Tribunal pone asimismo de manifiesto la estrecha relación entre los principios rectores que estamos analizando.

23 Velasco Núñez, E., *Delitos tecnológicos*…, cit., p. 69.

24 STS 982/2016, 11 de enero de 2017, RJ 2017/225, FJ Segundo.

Entendemos que la doctrina también se ha referido a este principio, años antes de su formulación expresa en la LECrim, cuando hablaba de la subsidiariedad como un subprincipio del principio constitucional de prohibición de exceso que tiende a la optimización del grado de eficacia de los derechos individuales frente a las limitaciones que pudieran imponer en su ejercicio los poderes públicos. Obliga a los órganos del Estado a comparar las medidas restrictivas aplicables que sean suficientemente aptas para la satisfacción del fin perseguido y a elegir, finalmente, aquella que sea menos lesiva para los derechos de los ciudadanos[25].

El principio de necesidad aparece también en multitud de sentencias. De ellas seleccionamos dos.

En la primera, la STS 391/2016, 6 de mayo[26], nos situamos ante un supuesto en el que el principio de necesidad no se cumplió. El recurrente cuestiona la nulidad de las intervenciones telefónicas que la Audiencia decretó apoyada en dos argumentos: el hecho de considerar que no se cumplió en la autorización judicial de la diligencia el principio de necesidad, toda vez que la solicitud policial se formuló sin haber agotado previamente la práctica de otros medios de investigación que evidenciasen lo imprescindible de la realización de las "escuchas", así como que tampoco la resolución autorizante motivaba con suficiencia las razones por las que se produjo el cambio de líneas telefónicas, objeto de investigación, correspondientes a otros titulares distintos del sospechoso inicial. El Tribunal Supremo argumenta: "Si bien le asiste plenamente la razón al Fiscal en cuanto a la existencia de constatada necesidad de la injerencia en el derecho fundamental al secreto de las comunicaciones de la autorización inicial, subsiste, sin embargo, el segundo de los argumentos utilizados por la Audiencia pues, en efecto, cuando se interesa que se extienda la intervención a otras líneas telefónicas correspondientes a distintas personas, no se explica en ningún momento, ni por la Policía al interesarlo ni por el Instructor al acceder a esa solicitud, las razones por las cuales las sospechas se extendían a estos nuevos titulares. Y es que no nos hallamos ante el supuesto, al que al parecer nos quiere remitir el Fiscal, de aquellas otras ocasiones en las que resulta indiferente la titularidad de los equipos participantes en las comunicaciones objeto de intervención que, en efecto, es circunstancia irrelevante en orden a la protección del derecho invadido, sino que, en este caso, de lo que se trata realmente, como el resultado de la investigación a la postre evidenció, era extender a otros sujetos la investigación misma, lo que, obviamente, no puede hacerse sin la suficiente justificación para ello".

25 González-Cuéllar Serrano, N.: "El principio de proporcionalidad en el Derecho procesal español", *Cuadernos de Derecho Público*, núm. 5 (septiembre-diciembre 1998), p. 206. El autor hacía equivaler este principio al de necesidad.

26 STS 391/2016, 6 de mayo, RJ 2016/1969, FD Primero.

Observemos como, en primer lugar, aparecen nuevamente amalgamados excepcionalidad y necesidad en el primero de los argumentos de la Audiencia que se cifraba en que la solicitud policial se formuló sin haber agotado previamente la práctica de otros medios de investigación que evidenciasen lo imprescindible de la realización de las intervenciones telefónicas.

El segundo de ellos, el referido a que el auto no motivaba con suficiencia las razones por las que se produjo un cambio en las líneas telefónicas investigadas, sí nos parece encuadrable en el diseño legal del principio de necesidad. Este cambio no era solo de líneas, sino también de personas titulares de las mismas, por lo que requería una adecuada motivación. De no haberse ampliado el objeto de la investigación a esas otras líneas, la investigación se vería gravemente dificultada, como expresa el art. 588 bis a núm. 4 b LECrim. Lamentablemente, al no observarse el principio de necesidad y constatarlo así el Tribunal Supremo, las pruebas de este modo obtenidas no son valorables y se frustra el trabajo policial.

En la segunda de las sentencias seleccionadas, la STS 646/2012, 13 de julio[27], sí se estimó satisfecho el principio de necesidad. "La parte recurrente hace especial hincapié en la falta del requisito de la necesidad de la medida, y alega que había que profundizar previamente en la investigación sobre los bienes patrimoniales de Fermín. Sin embargo, tal como se razona en la sentencia impugnada, una vez que los encargados de la pesquisa habían detectado que Marco Antonio, ahora recurrente, residía temporadas fuera de España (en Holanda) y que Fermín era, en principio, su representante permanente en el territorio español, pues vivía de forma estable en la costa malagueña, la progresión de la investigación se hacía muy difícil sin acceder a lo que hablaban entre ellos".

Nuevamente aquí se vincula el principio de necesidad con la medida de investigación más adecuada para hacer progresar la investigación, con la diferencia, respecto al caso tratado en la sentencia anterior, de que aquí sí se motivó suficientemente y por tanto se respetó el principio rector.

4. Proporcionalidad.

A la proporcionalidad dedica el art. 588 bis a LECrim el quinto y último punto. Según este precepto, las medidas de investigación tecnológica[28] solo se reputarán proporcionadas cuando, tomadas en consideración todas las circunstancias del caso, el sacrificio de los derechos e intereses afectados no sea superior al

27 STS 646/2012, 13 de julio, RJ 2012/11347, FJ Segundo.

28 Nótese que el artículo habla literalmente de las "las medidas de investigación reguladas en este capítulo". Está claro que no se limita a este capítulo, sino que alcanza hasta el capítulo IX. Y, en cualquier caso, la referencia quedaría corta porque estos principios rectores habrán de regir la aplicación no solo de las medidas de investigación tecnológica, sino también la de todas aquellas medidas que supongan una limitación de los derechos fundamentales del investigado.

beneficio que de su adopción resulte para el interés público y de terceros. Para la ponderación de los intereses en conflicto, la valoración del interés publico se basará en la gravedad del hecho, su trascendencia social o el ámbito tecnológico de producción, la intensidad de los indicios existentes y la relevancia del resultado perseguido con la restricción del derecho.

A primera vista este número del artículo parece el más extenso, tanto en su formulación como en el alcance de su significado. Es lógico que así sea. Como hemos adelantado *supra*, este principio de proporcionalidad es el *alma mater* del resto de principios. Es el principio marco en el que todos los demás encuentran cabida[29].

La STC 207/1996, 16 de diciembre[30] -muy distante en el tiempo de la reforma de la LECrim de 2015-, ya vislumbró esta idiosincrasia del principio de proporcionalidad. Lo hizo permitiendo distinguir entre la proporcionalidad en sentido amplio y la proporcionalidad en sentido estricto. La primera de ellas daría cobijo al resto de principios rectores, mientras que la segunda añadiría una nota específica configuradora de la esencia de la proporcionalidad.

Recordando la doctrina sobre este principio, resumía así el Tribunal los requisitos que debía cumplir la medida de investigación para ajustarse a la proporcionalidad: "(…) que la medida limitativa del derecho fundamental esté prevista por la Ley, que sea adoptada mediante resolución judicial especialmente motivada, y que sea idónea, necesaria y proporcionada en relación con un fin constitucionalmente legítimo". Líneas después identificaba este fin como "el interés público propio de la investigación de un delito, y, más en concreto, la determinación de hechos relevantes para el proceso penal (…)".

El Tribunal reconoce como exigencia común y constante para la constitucionalidad de cualquier medida restrictiva de derechos fundamentales, la estricta observancia del principio de proporcionalidad. Y describe con más detalle los requisitos anteriormente mencionados condensándolos en tres: " (…) para comprobar si una medida restrictiva de un derecho fundamental supera el juicio de proporcionalidad, es necesario constatar si cumple los tres siguientes requisitos o condiciones: si tal medida es susceptible de conseguir el objetivo propuesto (juicio de idoneidad); si, además, es necesaria, en el sentido de que no exista otra medida más moderada para la consecución de tal propósito con igual eficacia (juicio de necesidad); y, finalmente, si la misma es ponderada o equilibrada, por

29 Sobre el principio de proporcionalidad existen variadas aportaciones doctrinales. Destacamos dos que la abordan monográficamente. González-Cuéllar Serrano, N.: "El principio de proporcionalidad en el Derecho procesal español", cit. y Pedraz Penalva, E. y Ortega Benito, V.: "El principio de proporcionalidad y su configuración en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y literatura especializada alemanas", *Revista del Poder Judicial*, núm. 17, marzo 1990, pp. 1-27.

30 STC 207/1996, 16 de diciembre, (RTC 1996, 207). Las citas de esta sentencia son todas al FJ 4.

derivarse de ella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto (juicio de proporcionalidad en sentido estricto)".

De la doctrina que se establece en esta sentencia podemos colegir, como adelantábamos, una proporcionalidad en sentido amplio y otra en sentido estricto. En la primera se englobarían los principios examinados hasta ahora: la legalidad, la especialidad, la idoneidad, la excepcionalidad y la necesidad. Esto es así porque todos contemplan transversalmente una dosis de proporcionalidad adaptada a las concretas exigencias de cada uno. Sin embargo, la esencia misma de la proporcionalidad es la denominada por el Tribunal "proporcionalidad en sentido estricto" y consiste en analizar si de la adopción de la medida se derivan "*más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto*". El interés general será aquí el de la investigación penal y los bienes o valores en conflicto, los intereses y derechos fundamentales del investigado.

La cuestión que surge a continuación es cómo saber cuándo el fiel de la balanza se inclina a favor del interés general de la investigación penal o en defensa de los intereses y derechos fundamentales particulares del investigado. Será esa, sin duda, una pregunta que tendrá que resolver el juez de instrucción atendiendo a las peculiaridades de cada caso concreto y sobre la que no pueden aventurarse juicios previos. Sí pueden, sin embargo, plantearse algunos parámetros que sirvan de guía. Es esto precisamente lo que hace el art. 588 bis a núm. 5 LECrim *in fine* cuando dice que "para la ponderación de los intereses en conflicto, la valoración del interés publico se basará en la gravedad del hecho, su trascendencia social o el ámbito tecnológico de producción, la intensidad de los indicios existentes y la relevancia del resultado perseguido con la restricción del derecho".

Como vemos, se enumeran hasta cuatro parámetros. A saber: a) la gravedad del hecho; b) su trascendencia social o el ámbito tecnológico de producción; c) la intensidad de los indicios existentes y d) la relevancia del resultado perseguido con la restricción del derecho.

El primero de ellos parece el más evidente de todos y el más fácilmente constatable. No obstante, esta característica de la gravedad exige ser matizada. El delito grave no es solo el que a efectos penológicos tenga esa cualidad, sino también el que, por su trascendencia social, pueda ser así considerado. En este sentido la SAP de Toledo 137/2015, 5 de noviembre[31], se refiere a ello conectando la gravedad del hecho con el segundo de los parámetros de la proporcionalidad en sentido estricto, esto es, la trascendencia social. Así, razona la Audiencia que: "La proporcionalidad tiene como consecuencia que este medio excepcional de

31 SAP de Toledo 137/2015, 5 de noviembre, JUR 2015/302509, FD Quinto.

investigación requiere una gravedad acorde y proporcionada a los delitos a investigar. Señala la Jurisprudencia que el interés del Estado y la sociedad en la persecución y descubrimiento de los hechos delictivos es directamente proporcional a la gravedad de estos, por ello solo en relación a la investigación de delitos graves será adecuado el sacrificio de los derechos fundamentales para facilitar su descubrimiento pues el juicio de proporcionalidad de los intereses en conflicto desaparecería si por delitos menores se generalizase este medio excepcional de investigación con generalizado quebranto de derechos fundamentales. Frente a otras legislaciones que establecen el catálogo de delitos para cuya investigación está previsto este medio excepcional, la legislación española vigente en el momento de iniciarse esta causa y en este momento actual guarda silencio que se interpreta por la Jurisprudencia como exigencia de que se esté en la investigación de hechos delictivos graves (…) También es Jurisprudencia reiterada la que determina que la gravedad del delito no se valora solo atendiendo a la previsión legal para el mismo de una pena privativa de libertad grave, sino también apreciar la trascendencia social del delito que se trata de investigar (…). La trascendencia social tiene relación con la alarma social (…) y se valora la misma sobre la base de que sea un delito que se venga cometiendo habitualmente (…). Es más, la alarma social hace referencia al sentimiento social de inseguridad en lo más básico dada la reiteración de estos delitos y esto es socialmente trascendental".

Respecto al concepto de delito grave, en relación a la proporcionalidad, parecía que la resolución de la cuestión prejudicial C-207/2016, planteada por la Audiencia Provincial de Tarragona, iba a resolver las dudas acerca de lo que debía entenderse por tal, a la luz del derecho europeo[32].

El procedimiento principal que dio lugar al planteamiento de la citada cuestión prejudicial, se inició con una denuncia ante la Policía por un robo con violencia cometido el 16 de febrero de 2015. El 27 de febrero del mismo año la Policía Judicial presentó un oficio ante el Juez instructor solicitando que se ordenase a diversos proveedores de servicios de comunicaciones electrónicas la transmisión de los números de teléfonos activados, desde el 16 de febrero hasta el 27 de febrero de 2015, con el código relativo a la identidad internacional del equipo

32 Respecto a la interposición de esta Cuestión prejudicial véase Bahamonde Blanco, M., "Medidas de investigación tecnológica a la luz de los derechos fundamentales, una cuestión pendiente", *Diario La Ley*, nº 9160, Sección Tribuna, 16 de marzo de 2018, pp. 1-6.
El pasado 3 de mayo de 2018 el Abogado General presentó sus Conclusiones a la petición de decisión prejudicial. En su opinión, formulada en el punto 105, "aunque la pena tiene una importancia considerable, otros factores objetivos deben asimismo tenerse en cuenta (…). Concretamente se trata, por un lado, del contexto en el que se inscribe el delito cuya comisión se imputa –si la conducta delictiva es de carácter doloso, concurren circunstancias agravantes o el autor es reincidente –, por otro lado, de la importancia de los bienes jurídicos de la sociedad que han podido resultar lesionados por el autor del delito y la naturaleza o la magnitud de los daños sufridos por la víctima y, por último de la gradación de las penas en general en el Estado miembro de que se trate. A mi juicio procede calificar en su caso un delito de "grave", en el sentido de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, a partir de este conjunto de criterios de apreciación, alternativos y no exhaustivos".

móvil (IMEI) del teléfono móvil sustraído, así como los datos personales o de filiación de los titulares o usuarios de los números de teléfono correspondientes a las tarjetas SIM activadas con dicho código, como su nombre, apellidos, y en su caso, dirección.

El juez instructor denegó la diligencia solicitada pues entendió que la Ley 25/2007 de 18 de octubre, de conservación de datos relativos a las comunicaciones electrónicas y a las redes públicas de comunicaciones, limitaba la cesión de los datos conservados por las operadoras de telefonía a los delitos graves y con arreglo al Código Penal español el delito en cuestión -robo con violencia- no pertenecía a esa categoría. El Ministerio Fiscal interpuso recurso de apelación contra dicho auto y posteriormente el juez planteó la cuestión prejudicial expuesta en dos fundamentales preguntas:

1) La suficiente gravedad de los delitos como criterio que justifica la injerencia en los derechos fundamentales reconocidos en los artículos 7 y 8 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea ¿puede identificarse únicamente en atención a la pena que pueda imponerse al delito que se investiga o es necesario, además, identificar en la conducta delictiva particulares niveles de lesividad para bienes jurídicos individuales y/o colectivos?

2) En su caso, la determinación de la gravedad del delito atendiendo a la pena imponible ¿sería compatible con una previsión general de límite de tres años de prisión? ¿Cuál debería ser ese umbral mínimo?

Parecía, viendo el planteamiento de las cuestiones prejudiciales, que el Tribunal aclararía cuál era el estándar de gravedad del delito que permitiría una injerencia en los derechos a la intimidad y a la vida privada. Y, caso de identificarse estrictamente con un criterio de gravedad penológica, se determinaría si los tres años eran un umbral mínimo aceptable o, en su caso, dónde situarlo.

Sin embargo, el Tribunal, aunque dio en su sentencia de 2 de octubre de 2018 una solución al caso planteado, no contestó estrictamente las cuestiones formuladas.

En efecto, el Tribunal parte de una distinción ente injerencias leves e injerencias graves en los derechos fundamentales consagrados en los arts. 7 y 8 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea[33]. Considera que los datos

33 Artículo 7. Respeto de la vida privada y familiar
Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de sus comunicaciones.
Artículo 8. Protección de datos de carácter personal
1. Toda persona tiene derecho a la protección de los datos de carácter personal que la conciernan.
2. Estos datos 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. Toda persona tiene derecho a acceder a los datos recogidos que la conciernan y a su rectificación.

referidos únicamente al número de teléfono correspondiente a la tarjeta SIM, así como los datos personales o de filiación de los titulares de dichas tarjetas, como su nombre apellidos y, en su caso, dirección, no pueden calificarse de injerencia grave. Son datos estos que no permiten extraer conclusiones precisas sobre la vida privada de las personas cuyos datos se ven afectados y por tanto no presentan una gravedad tal que dicho acceso deba limitarse, en el ámbito de la prevención, investigación, descubrimiento y persecución de delitos, a la lucha contra la delincuencia grave.

En cambio, los datos relativos a las comunicaciones efectuadas en el teléfono, a su localización, fecha, hora y duración de las llamadas, destinatarios de las comunicaciones efectuadas con la tarjeta SIM en cuestión o la frecuencia de estas con determinadas personas cotejados con los anteriores datos, sí permitirían extraer esas conclusiones a las que nos referíamos. Parece desprenderse de la sentencia que, en caso de delincuencia no grave, tales injerencias no serían soportables.

Con la resolución de esta cuestión prejudicial el Tribunal ha determinado la compatibilidad de nuestro ordenamiento con el derecho de la Unión, en el caso de estas injerencias leves, pero queda por saber de una manera precisa si esas otras injerencias graves -que la normativa actual sobre investigación tecnológica española permite- se ajustan al derecho de la Unión.

En cualquier caso, junto a la interpretación de la gravedad del delito bajo un criterio no penológico, siempre estará la anudada a delitos graves. Así lo indica la STS 626/2019, 18 diciembre[34]: "(…) resulta evidente que dada la gravedad de los hechos y la amplitud de personas que estaban interviniendo, conforme se detectó resultaba clara la proporcionalidad de la injerencia y su prórroga, a fin de poder detectar y comprobar el alcance de los hechos de tanta gravedad que se estaban produciendo y detectar quiénes lo estaban llevando a cabo, a fin de cerrar el círculo de los que estaban llevando a cabo estos actos ilícitos en lugar de velar por el cumplimiento de la Ley. Resulta evidentemente proporcional adoptar las medidas judiciales de injerencia cuando se trata de delitos de corrupción en donde las autoridades públicas y los funcionarios públicos en lugar de velar por cumplir su función de protección y tutela de los intereses públicos se aprovechan de su condición de la que se prevalen para cometer estos hechos delictivos amparados en su poder, lo que les permite una facilitación del delito, y en algunos casos la dificultad de su descubrimiento, salvo que en los delitos de cohecho, los que son sobornados pongan en conocimiento de la autoridad lo ocurrido para depurar las

3. El respeto de estas normas quedará sujeto al control de una autoridad independiente.

34 STS 626/2019, 18 diciembre, RJ/2019/5423, FD Séptimo.

responsabilidades penales por los mismos. En esta tesitura la proporcionalidad de la medida de injerencia y de las prórrogas resulta evidente".

El segundo de los parámetros para evaluar la proporcionalidad es la trascendencia social del delito investigado que se hace equivaler en el precepto al denominado ámbito tecnológico de producción. Esta asimilación llevada a cabo por el legislador constata la tendencia de transformación digital a la que nos referíamos en apartados precedentes. Actualmente la trascendencia social del delito se hace notar tanto en el mundo físico como en el mundo virtual. Por eso ha hecho bien el legislador en equipararlos, puesto que si el ámbito de producción del delito es de carácter tecnológico la trascendencia del mismo está prácticamente asegurada.

En tercer lugar, la intensidad de los indicios existentes se revela también como un buen cuantificador del principio de proporcionalidad. Cuanta más fuerza incriminatoria posean, más se fortalecerá la línea de investigación que se dirija a adoptar una herramienta tecnológica en concreto.

En la jurisprudencia consultada hallamos supuestos en los que se vincula la intensidad de los indicios, con la gravedad de los hechos investigados para justificar así la proporcionalidad de la medida adoptada. Por ejemplo, en la STS 689/2016, 27 de julio[35], en la que se recurría la intervención de las comunicaciones telefónicas por estimarse no proporcionadas al fin pretendido. Allí el Tribunal justifica la proporcionalidad de la medida adoptada como sigue: "El auto de intervención telefónica que se impugna, se fundamenta en la aportación policial de unos datos objetivos de investigación que fueron evaluados por el Juez instructor, quien extrajo de ellos la inferencia fundada de poder existir un delito contra la salud pública y en el que podía estar involucrado el recurrente. Concretamente, el Juez instructor destaca que el recurrente había sido detenido con anterioridad por su participación en una importante operación de narcotráfico y lo pone en relación con el seguimiento policial que se abordó en las fechas inmediatamente anteriores a la petición de intervención telefónica, en la que se había observado que el recurrente se relacionaba con múltiples personas también vinculadas policialmente (con expresión de las causas) con el tráfico de drogas e incluso con un individuo llamado Eloy, que el Juez instructor destaca que estaba siendo objeto de investigación por delitos de esa naturaleza y respecto del que tenía previsto dictar una orden de entrada y registro en su domicilio. Destaca también el Juez de instrucción que la solidez de las sospechas se refuerza por comportamientos del recurrente expresamente orientados a lograr la clandestinidad de su actuación, no sólo observando precauciones para no ser seguido o no ser vigilado (que se detallan en el oficio policial), sino buscando que cada encuentro se culminara en puntos concretos que dificultaran la observación por terceros; todo ello, unido

35 STS 626/2019, 18 diciembre, RJ 2019/5423, FD Primero.

a un modo de vida que sugería unas fuentes de riqueza que no encontraban entonces justificación.

Las sospechas fundadas de participación delictiva y de la naturaleza del ilícito que podía estar perpetrándose, unidas a los frecuentes contactos sospechosos, los notables ingresos que podía estar generando y la precaución del recurrente por que nada de su eventual comportamiento delictivo pudiera resultar visible, muestra la necesidad y proporcionalidad de la medida, sin que el Juez dejara de exteriorizar estos elementos a lo largo del Auto, ni eludiera expresar -en el fundamento tercero de la resolución- que precisamente la gravedad del delito justificaba su decisión en términos de proporcionalidad de la medida".

Otra sentencia que merece reseñarse es la STS 811/2015, 9 de diciembre[36], que remarca una idea fundamental acerca de la calidad de los indicios que se aportan: "(…) no debe confundirse esa necesidad de datos justificativos de la alta probabilidad acerca de la real existencia de la comisión del delito investigado con la presentación de verdaderas pruebas acreditativas del mismo que, con su existencia, harían ya innecesaria la propia diligencia cuya autorización se interesa".

Finalmente, queda por examinar el último de los parámetros al que alude el precepto que estudiamos. Se trata de la relevancia del resultado perseguido con la restricción del derecho.

Es evidente que el resultado perseguido con la restricción del derecho está ligado al éxito de la investigación en curso. Hasta qué punto ese éxito sea relevante -que sería el criterio a considerar-, entendemos que dependerá, o bien del vigor con el que se manifiesten los otros tres cuantificadores o bien, de razones externas, como quizá pudiera ser la conexión entre el delito investigado y los criterios de política criminal vigentes. Tales criterios focalizan el interés público en la persecución de determinados delitos, de tal modo que el éxito de esas investigaciones se muestra especialmente relevante.

Hasta aquí los parámetros para determinar la proporcionalidad en sentido estricto. En cuanto a la exteriorización del juicio de proporcionalidad, se permite que esté implícito al darse por buena la llamada motivación por remisión. La STS 55/2020, 18 febrero[37], explica claramente este modo de proceder y su validez: "Si bien es cierto que la motivación por remisión no es una técnica jurisdiccional modélica, pues la autorización judicial debería ser autosuficiente (…), es el caso que la doctrina constitucional admite que la resolución judicial pueda considerarse suficientemente motivada si, integrada con la solicitud policial a la que se remite, o

36 STS 811/2015, 9 de diciembre, RJ 2015/5420, FD Primero.

37 STS 55/2020, 18 febrero, RJ/2020/371, FD Tercero.

con el informe o dictamen del Ministerio Fiscal en el que se solicita la intervención (…), contiene todos los elementos necesarios para llevar a cabo el juicio de proporcionalidad (…). Resultando en ocasiones redundante que el Juzgado se dedique a copiar y reproducir literalmente la totalidad de lo narrado extensamente en el oficio o dictamen policial (sic) que obra unido a las mismas actuaciones, siendo más coherente que extraiga del mismo los indicios especialmente relevantes (…)".

III. A MODO DE EPÍLOGO.

Como epílogo a todo lo desarrollado ofrecemos estas cinco conclusiones:

1ª) Los principios rectores de especialidad, idoneidad, excepcionalidad, necesidad y proporcionalidad, son de aplicación no solo en las medidas de investigación tecnológica limitativas de los derechos reconocidos en el art. 18 CE, sino que operan con relación a las medidas de investigación no tecnológicas que violenten dicho artículo

2ª) Merece destacarse la encomiable labor del legislador llevando al texto legal el contenido de estos principios rectores largamente analizados por la jurisprudencia por lo que supone de acercar el texto legal a la práctica de nuestros tribunales

3ª) Estos principios tienen un contenido preciso delimitado por la normativa que los regula no quedando su observancia preterida como podía suceder antes de su plasmación legal

4ª) Aunque en las específicas regulaciones de adopción de las medidas de investigación no consten referencias expresas a los principios rectores, todos ellos actúan, como disposiciones comunes que son, al modo de presupuestos de una legitimidad que debe exteriorizarse en el auto judicial

5ª) La inclusión de estos principios como parte de la normativa reguladora de las medidas de investigación, garantiza el respeto a unos límites que no deben ser sobrepasados por una buena investigación penal, con el pretexto de alcanzar mayor eficiencia.

BIBLIOGRAFÍA

AGENCIA EFE: "España registra en dos meses más incidentes de ciberseguridad que en todo 2014", 31 de marzo de 2018.

BAHAMONDE BLANCO, M.: "Medidas de investigación tecnológica a la luz de los derechos fundamentales, una cuestión pendiente", *Diario La Ley*, nº 9160, Sección Tribuna, 16 de marzo de 2018.

CABEZUDO RODRÍGUEZ, N.: "Ciberdelincuencia e investigación criminal. Las nuevas medidas de investigación tecnológica en la Ley de Enjuiciamiento Criminal", en *Las reformas del proceso penal*, I Jornada del Boletín del Ministerio de Justicia, año LXX, Núm. 2186, febrero de 2016.

GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, N.: "El principio de proporcionalidad en el Derecho procesal español", *Cuadernos de Derecho Público*, núm. 5 (septiembre-diciembre 1998).

MARCHENA GÓMEZ, M. y GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, N.: *La reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en 2015*, Madrid, 2015.

OLMO CALVO: "Buscando el escudo contra el Cibercrimen", *El Mundo*, 14 de agosto de 2017.

OTAMENDI ZOZAYA, F.: *Las últimas reformas de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Una visión práctica tras un año de vigencia*, Madrid, 2017.

PALAZUELOS, F.: "Así fue el impacto del ciberataque en España", *El País*, 18 de mayo de 2017.

PEDRAZ PENALVA, E. y ORTEGA BENITO, V.: "El principio de proporcionalidad y su configuración en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y literatura especializada alemanas", *Revista del Poder Judicial*, núm. 17, marzo 1990.

POWERDATA información accesible en https://www.powerdata.es/nuestra-mision (consultada el 7 de julio de 2020).

PRADILLO, J. C.: "Nuevas medidas tecnológicas de investigación criminal para la obtención de prueba electrónica", en PÉREZ GIL, J. (coord.): *El proceso penal en la sociedad de la información*, Madrid, 2012.

RECUERO, M.: "El CGPJ archiva la investigación de la avería de LexNet por no afectar a jueces y fiscales, solo a abogados", *El Mundo*, 28 de diciembre de 2017.

Rodríguez, Y.: "La AEPD declara que el Ministerio de Justicia cometió una infracción grave por el fallo de seguridad de LexNet", *Confilegal*, 10 de abril de 2018.

Toledano, B.: "Hackean a la red interna de Telefónica y de otras grandes empresas españolas", *El Mundo*, 12 de mayo de 2017.

Van den Berg, E.: "¿Qué es eso del *Big Data*?", *El País*, 31 de marzo de 2015.

Velasco Núñez, E. y Sanchis Crespo, C.: *Delincuencia informática. Tipos delictivos e investigación. Con jurisprudencia tras la reforma procesal y penal de 2015*, 2019.

Velasco Núñez, E.: *Delitos tecnológicos: definición, investigación y prueba en el proceso penal*, Madrid, 2016.

NEUTRALIDAD Y HONORABILIDAD DEL ÁRBITRO: DE LA ÉTICA A LA DILIGENCIA*

THE ARBITRATOR'S NEUTRALITY AND HONORABILITY: FROM ETHOS TO DUE DILIGENCE

Rev. Boliv. de Derecho Nº 31, enero 2021, ISSN: 2070-8157, pp. 264-285

* Artículo realizado en el marco del Proyecto de Investigación MINECO DER2016-74945-R (Psicoanálisis del Arbitraje: Solución o Problema en el actual paradigma de Justicia). IP: Silvia Barona Vilar.

Ana Isabel
BLANCO
GARCÍA

ARTÍCULO RECIBIDO: 7 de septiembre de 2020
ARTÍCULO APROBADO: 13 de noviembre de 2020

RESUMEN: Una de las principales reglas del arbitraje es que el órgano arbitral debe ser independiente, imparcial, neutral y diligente en sus actuaciones durante todo el procedimiento arbitral. Ahora bien, la sofisticación y complejidad del arbitraje como procedimiento de resolución extrajudicial de controversias puede minar la confianza en la eficiencia del sistema. En este sentido, reviste una trascendental importancia la ética profesional (arbitral) y la honorabilidad del árbitro. Este artículo busca poner en valor la importancia de la neutralidad del árbitro, de la integridad del arbitraje y del prestigio de este procedimiento.

PALABRAS CLAVE: Arbitraje; honorabilidad; independencia e imparcialidad; neutralidad; responsabilidad del árbitro.

ABSTRACT: *One of the main principles of arbitration is that the arbitral tribunal must be independent, impartial, neutral and diligent in carrying out its duties throughout the arbitration proceedings. However, the sophistication and complexity of arbitration as an extra-judicial dispute resolution procedure can undermine confidence in the efficiency of the system. In this regard, the professional (arbitral) ethics and the honourability of the arbitrator are of major importance. This article aims to highlight the importance of the neutrality of the arbitrator, the integrity of the arbitration and the reputation of this procedure.*

KEY WORDS: *Arbitration; honorability; independence and impartiality; neutrality; liability of the arbitrator.*

SUMARIO.- I. INTRODUCCIÓN.- II. LA NEUTRALIDAD Y HONORABILIDAD DEL ÁRBITRO: GARANTÍA DE LA INDEPENDENCIA E IMPARCIALIDAD DEL ÁRBITRO.- 1. Independencia e imparcialidad ¿sinónimos?.- 2. La acción del árbitro: el deber de revelación como mecanismo de prevención.- 3. La acción de las partes: la recusación como mecanismo de control.- III. LA RESPONSABILIDAD DEL ÁRBITRO: EL MEDIO PARA UN FIN.- IV. REFLEXIÓN FINAL.

I. INTRODUCCIÓN.

La buena fe, la lealtad y la cooperación son valores, conductas, principios que, si bien no están expresamente recogidos en la norma arbitral, se desprenden del sentir e intención de la regulación del *status quo* del árbitro, quien debe ajustarse a la deontología profesional y a un deber ético que le resulta exigible al árbitro desde el momento de aceptación de su nombramiento[1].

La deontología permite el esclarecimiento de conductas reprochables, basadas principalmente en los valores, cualificación y principios que subyacen de la norma jurídica, en este caso, de la norma arbitral. Criterios de buenas conductas –y otras reprochables- que no puede desligarse tampoco de un buen sistema disciplinario que asegure el cumplimiento de unas bases sólidas que garanticen fundamentalmente la actuación independiente e imparcial del árbitro. En este sentido, y no en otro, se entiende necesario el refuerzo de la ética y la honorabilidad de la figura del árbitro para asegurar el respeto del principio de neutralidad. Efectivamente, "la deontología profesional suele ligarse a la existencia de códigos éticos. Sin embargo, este instrumento, que es valioso porque favorece la publicidad, certeza y eficacia de las normas deontológicas, no agota todo el contenido de éstas; es una guía de

1 Gabriel, H. y Raymond, A. H.: "Ethic for Commercial Arbitrators: Basic Principles and Emerging Standards", *Wyoming Law Review*, vol. 5, núm. 2, 2005, pp. 453-470 y Andrighi, F. N.: "A ética como pilar de segurança da arbitragem", *Revista de Doutrina e Jurisprudência*, núm. 53, 1997, pp. 24-26.

• Ana Isabel Blanco García
Profesora Contratada Doctora del Departamento de Derecho Administrativo y Procesal de la Universitat de València. Licenciada en Derecho y en Administración y Dirección de Empresas, cuenta con el Máster en Derecho de la Empresa, así como con dos Diplomas de postgrado, uno en Bolsas y Mercados Financieros y otro en Arbitraje interno e internacional. En la actualidad es secretaria académica del Máster en Derecho, Empresa y Justicia de la UV y Codirectora de la Maestría en Derecho Bancario, Seguros y Mercados Financieros en la Universidad San Carlos de Guatemala. Su investigación se ha centrado mayoritariamente en los medios de tutela extrajurisdiccionales de los consumidores, con especial hincapié en el ámbito financiero tras los avatares de la crisis financiera con el profundo estudio de la figura del Ombudsman, para lo cual realizó una investigación de campo en una entidad financiera extranjera. Asimismo, ha analizado el régimen jurídico de las cláusulas abusivas en los contratos de adhesión y la posibilidad de ejercer un control de oficio por parte de los tribunales. Correo electrónico: A.Isabel.Blanco@uv.es.

reglas precisas que facilita y orienta al profesional en el buen cumplimiento de las normas morales"[2].

Este artículo aborda la cuestión de la honorabilidad del árbitro, recogiendo todas sus manifestaciones como exigencias de independencia, imparcialidad y ajenidad, no solo respecto de los sujetos intervinientes en el procedimiento, sino también con respecto al objeto de la controversia. Cuestión importante al tratarse el árbitro de la figura esencial para el buen fin del arbitraje por el papel que desempeña en la resolución del conflicto y como último garante de la justicia.

II. LA NEUTRALIDAD Y HONORABILIDAD DEL ÁRBITRO: GARANTÍA DE LA INDEPENDENCIA E IMPARCIALIDAD DEL ÁRBITRO.

La honorabilidad, unida al principio de buena fe, refiere de las "cualidades morales y profesionales"[3] necesarias para asegurar que el arbitraje se desarrolle con todas las garantías, al menos, por parte del órgano arbitral. Cualidades que constituyen, en esencia, un criterio de admisión para ejercer como árbitros. No obstante, el principio de buena fe como principio rector de la conducta de los sujetos implicados en un arbitraje no viene recogido en todas las normativas ni tampoco en todos los Reglamentos institucionales. Por ejemplo, Reglamentos de Instituciones Arbitrales internacionales como la Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional (en adelante, CCI), no recogen, por regla general, la buena fe. Otros, sin embargo, como el de la *London Court of International Arbitration*, (en adelante, LCIA), sí consagran la buena fe como principio básico en aquellos aspectos que no han sido recogidos por las partes en el convenio[4].

Carecemos también de un catálogo uniforme y detallado de los requisitos que todo árbitro debiera reunir, si bien se infieren de la exigencia de una serie de deberes como la revelación de circunstancias que puedan quebrar el principio de independencia e imparcialidad, así como la confianza y lealtad entre los sujetos intervinientes en el arbitraje (árbitro y partes) a través del principio de colegialidad. Sí se ha producido, al menos en el arbitraje administrado, una proliferación de

2 "Para los jueces (…) se concreta en normas de contenido jurídico, que son exigibles bajo sanción (normas disciplinarias), pero abarca también principios éticos profesionales (…)". Gabaldón López, J.: Ética de las profesiones jurídicas. Estudios sobre deontología, UCAM, Murcial, 2003, p. 785.
Criterio perfectamente trasladable al ámbito arbitral, donde la honorabilidad de los árbitros viene ligada a la propia deontología de la profesión.

3 Merino Merchán, J. F. y Chillón Medina, J. M.: *Tratado de Derecho Arbitral*, Thomson-Civitas, 3ª ed., Navarra, 2006, p. 531.

4 Art. 32.2. del Reglamento de la LCIA, cuya versión original señala: "For all matters not expressly provided in the Arbitration Agreement, the LCIA Court, the LCIA, the Registrar, the Arbitral Tribunal and each of the parties shall act at all times in good faith, respecting the spirit of the Arbitration Agreement, and shall make every reasonable effort to ensure that any award is legally recognised and enforceable at the arbitral seat".

códigos éticos y de buenas conductas, plasmándose "lo que en la práctica se está entendiendo por ética en el desarrollo de las funciones arbitrales"[5].

La selección de los árbitros es una de las formas de observar las cualidades y capacitaciones exigidas para un buen arbitraje. Precisamente, la exigencia de honorabilidad y lealtad a los árbitros responde a una necesidad de objetivar el resultado del procedimiento, de evitar que su elección determine ganar o perder el arbitraje.

Esta buena fe no solo es predicable de los árbitros, sino también de las partes implicadas, sus abogados y, en general, de todas las personas que intervengan en el arbitraje[6], tratando de evitar, con ello, la vulneración del principio *non venire contra factum propium* o que una de las partes ejerza su derecho a recusar al árbitro de forma maliciosa, por ejemplo. Así es, partiendo de que uno de los principios esenciales del arbitraje es el de la autonomía de la voluntad de las partes, que las faculta para adoptar decisiones relativas al procedimiento, un correcto nombramiento y designación del árbitro o árbitros deviene esencial para el buen desarrollo del propio arbitraje[7], especialmente para que no se produzcan demasiadas incidencias que menoscaben el principio de celeridad.

En suma, que la buena fe y la ética arbitral debieran ser las guías de las actuaciones arbitrales es una afirmación que goza de buena aceptación en la práctica, en tanto en cuanto "la *bona fide*s es un principio surgido en el marco de una ética comercial, libre de formas, basada en la reciprocidad, la confianza y la lealtad en el trato"[8]. En este sentido, la función arbitral debe regirse, además de por lo convenido por las partes, por la impecable actuación de los árbitros, pues de ello depende no solo la efectividad del procedimiento, sino también la satisfacción de las partes por el desarrollo de las distintas actuaciones[9].

Por su parte, el vocablo "neutro", cuando es referido a la persona del árbitro, sugiere que éste no debe tener prejuicio alguno –objetivo o subjetivo-, pero tampoco debe crearlo en el transcurso de las actuaciones. Con neutralidad se alude a la imparcialidad, siendo ésta la esencia de aquella. En efecto, no puede entenderse la una sin la otra, así como tampoco puede desconocerse la independencia de la imparcialidad. Ambas, estas últimas, suelen emplearse como sinónimos que,

5 Cremades, B. M.: "Nuevo Código ético para los árbitros internacionales", *Revista de la Corte Española de Arbitraje*, vol. IV, 1987, p. 829.

6 Cremades, B. M.: "Good Faith in International Arbitration", *American University International Law Review*, vol. 27, núm. 4, 2012, p. 787.

7 A favor, Ruiz Moreno, J. M.: "Capítulo II. Nombramiento y aceptación de los árbitros. Imparcialidad, abstención y recusación", en AA.VV.: *Estudios sobre el arbitraje: los temas claves* (coord. por J. L. González Montes), La Ley, Madrid, 2008, p. 75.

8 Fernández de Buján, A.: "El papel de la buena fe en los pactos, arbitrajes y contratos", *Revista De Derecho UNED*, núm. 7, 2010, p. 289.

9 Barona Vilar, S., *Nociones y principios de las ADR*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pp. 127-130.

sin embargo, se manifiestan en la práctica de distinta forma. Conductas que no son sino una expresión del deber de mantenerse ajeno al conflicto, con la única finalidad de garantizar la tutela (arbitral) efectiva.

Las siguientes páginas nos permitirán concretar y analizar todas las manifestaciones de la requerida neutralidad del órgano arbitral, tanto como garante de la independencia e imparcialidad como de la ajenidad del árbitro.

1. Independencia e imparcialidad ¿sinónimos?

En términos genéricos, podría decirse que los árbitros deben ser imparciales, independientes, diligentes y discretos, en directa alusión a la neutralidad y confidencialidad propias del arbitraje. *Sensu* contrario, sin este tipo de comportamiento el arbitraje perdería su razón de ser. De ahí la importancia de fijar garantías para asegurar el correcto funcionamiento del sistema.

Que la independencia y la imparcialidad del árbitro se han convertido en dos pilares fundamentales del arbitraje[10] es un hecho, siendo una de sus consecuencias la imposición al árbitro del deber de revelar, *motu proprio* y como *conditio* para la aceptación del cargo o, incluso en un momento procesal posterior a instancia de parte, toda circunstancia que hiciera sospechar de su falta de honorabilidad, de su falta de neutralidad, entendida a estos efectos, como ausencia de la independencia e imparcialidad debidas. Para luchar contra una posible falta de diligencia por parte del árbitro nombrado, se les concede a las partes una vía de ataque que consiste en la separación del árbitro del procedimiento: el trámite de la recusación, que abordaremos en el apartado siguiente.

Obviamente, un árbitro no solo puede ser separado por motivos de parcialidad o dependencia, sino que existen una serie de impedimentos para ejercer como árbitro, tales como el fallecimiento del árbitro designado, la incapacidad definitiva o la incapacidad temporal mayor a veinte días. Pero, además, hay un supuesto que actúa como criterio inhabilitante para ser árbitro, pero no se trata de una incapacidad, sino más bien de la incompatibilidad derivada de la legislación a la que el candidato a árbitro esté sometido en el ejercicio de su profesión o cargo. Véase, por ejemplo, el régimen de incompatibilidad que afecta a jueces, magistrados o fiscales, entendiéndose que viene referido a aquellos que están en activo. De un lado, los arts. 389 a 397 de la Ley Orgánica del Poder Judicial recogen la incompatibilidad del juez "[C]on todo empleo, cargo o profesión retribuida" (art. 389). De otro lado, también encontramos que el art. 57.5 del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal[11] atribuye esta incompatibilidad al cuerpo de fiscales. De lo

10 Manzanares Bastida, B.: "The independence and impartiality of arbitrators in international commercial arbitration", *Revist@ e-Mercatoria*, vol. 6, núm.1, 2007, p. 1.

11 Ley 50/1981, de 30 de diciembre (BOE núm. 11, de 13 de enero de 1982).

que se trata es, en definitiva, de preservar la neutralidad de la Justicia (arbitral en este caso).

Prácticamente, desde la Ley Modelo UNCITRAL[12] hasta la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, *de arbitraje* (en adelante, Ley de arbitraje)[13], incluyendo también los distintos Reglamentos de las Instituciones arbitrales, todos los ordenamientos jurídicos exigen expresamente el cumplimiento de estos principios[14], si bien adolecen de una definición concreta, así como de criterios diferenciadores entre ambas, pues llega incluso a utilizarlas como sinónimos, cuando en esencia difieren entre sí. Es más, deja sin concretar su contenido, alcance o circunstancias que faciliten la identificación de aquellos árbitros que incumplan tales cualidades, a diferencia de lo que sucede con la Ley sueca[15].

Han sido la jurisprudencia y la doctrina las encargadas de analizar con profundidad la observancia de estos principios éticos propios de la función *quasi* jurisdiccional que desempeñan los árbitros, especialmente ante la ausencia de un estándar normativo o de códigos arbitrales a nivel internacional[16]. La virtud de la independencia presenta mayor facilidad probatoria, pues la imparcialidad es entendida como un criterio subjetivo que presenta mayor dificultad para ser reconocido o alegado, pues alude a la actitud o posicionamiento del árbitro con respecto a las partes o al objeto del procedimiento arbitral[17], mientras que la independencia se refiere a la existencia de vínculos o relaciones del árbitro con las partes, ya sean jurídicas, profesionales, personales o comerciales[18].

Tanto la independencia como la imparcialidad obligan a una correcta actuación arbitral, radicando su diferente esencia en la naturaleza objetiva o subjetiva de la neutralidad pedida. Por una parte, la independencia "supone la ausencia de vínculos que unan al árbitro con respecto a los intervinientes en el proceso y que impliquen la existencia de algún tipo de relación que pueda llevar a considerar fundadamente la existencia de predisposición o inclinación en el árbitro a acoger las pretensiones de alguna de las partes"[19] y, por tanto, "es una situación de

12 Texto completo disponible en: https://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/arbitration/ml-arb/07-87001_Ebook.pdf

13 BOE núm. 309, de 26 de diciembre de 2003.

14 Lew, J. D. M., Mistelis, L. A. Kroll, S. M.: *Comparative international commercial arbitration*, Kluwer Law International, The Hague, 2003, p. 257.

15 Ley de Arbitraje sueca (SFS 208:1954). Documento disponible en: https://sccinstitute.com/media/408924/the-swedish-arbitration-act_1march2019_eng.pdf

16 Manzanares Bastida, B.: "The independence and impartiality", cit., p. 10.

17 En la misma línea, Matheus López, C.: *La independencia e imparcialidad del árbitro*, Instituto Vasco de Derecho Procesal, San Sebastián, 2009, p. 175.

18 Trakman, L.: "The Impartiality and Independence of Arbitrators Reconsidered", *International Arbitrationn Law Review*, vol. 10, núm. 4, 2007, pp. 124-134.

19 SAP Madrid 30 junio 2011, F.D. Octavo (Roj: SAP M 11690/2011).

hecho o de derecho, susceptible de verificación objetiva"[20]. Por otra parte, la imparcialidad "es más un estado mental, que será necesariamente subjetivo"[21]. Así es, la imparcialidad "supone la inexistencia de causa o motivos derivados de la relación del recusado con los intervinientes en el proceso, que permitan dudar, fundadamente, de que el árbitro recusado podrá desempeñar su cometido, con la objetividad y equidistancia precisas con respecto a las partes, a la hora de resolver las pretensiones que sean objeto del procedimiento arbitral"[22].

Garantías para un procedimiento justo que permiten asegurar la confiabilidad en el sistema. Autores incluso apelan a la "regla de la apariencia"[23], según la cual la imparcialidad es necesaria para impartir justicia mientras que la independencia lo es para aparentarla. Así es, la exigencia de una ausencia de vínculos recientes -previos o coetáneos al inicio del procedimiento- hace que nos planteemos si la mera existencia de una relación o vínculo conlleva, *per se*, la separación inmediata y directa del árbitro cuya honorabilidad se cuestiona. Obviamente esto no puede suceder así, pues puede darse el caso de que la relación o conexión fuera efímera o irrelevante, empero, se mantiene, con mayor fuerza si cabe, la obligación de revelar tales circunstancias a las partes[24].

A este propósito obedece la reforma de la Ley de Arbitraje operada en 2011, en concreto, del art.17.4, según el cual "[S]alvo acuerdo en contrario de las partes, el árbitro no podrá haber intervenido como mediador en el mismo conflicto entre éstas", como respuesta a la gran acogida y expansión de la técnica escalonada med-arb[25], dejando de permitirse *de facto* que la persona que asuma el rol de mediador haga lo propio con el de árbitro en caso de que la mediación resulte infructífera. Así es, desde 2011 se impone acertadamente la incompatibilidad en la duplicidad de funciones, en este caso como mediador y árbitro, en el mismo procedimiento, en aras de asegurar la neutralidad del órgano arbitral.

La problemática que subyace de la dualidad de posiciones en un mismo procedimiento no queda constreñida a las técnicas escalonadas, sino al arbitraje en general y al arbitraje internacional con mayor incidencia. Ciertamente, que abogados de grandes firmas y despachos formen parte del elenco de árbitros de instituciones arbitrales internacionales es una realidad insoslayable, como también

20 Fouchard, P., Gaillard, E. y Goldman, B.: *International Commercial Arbitration,* Kluwer Law International, The Hague, 1999, p. 564.

21 Ídem.

22 SAP Madrid 30 junio 2011, cit.

23 Lew, D. M., Mistelis, L. y Kröll, S., *Comparative International*, cit., p. 231.

24 SAP Las Palmas de Gran Canaria 23 marzo 2009, F.D. Tercero (Roj: SAP GC 748/2009).

25 Sobre esta técnica, véanse, Pappas, B. A.: "Med-Arb: The Best of Both Worlds May Be Too Good to Be True, a Response to Weisman", *Dispute Resolution Magazine,* vol. 19, núm. 3, 2013, pp. 42-44 y Sussman, E.: "Developing an Effective Med-Arb/Arb-Med Process", *New York Dispute Resolution Lawyer*, vol. 2, núm. 1, 2009, pp. 71-73.

lo es que una misma persona –física o jurídica- pueda estar asesorada por uno de estos profesionales en un procedimiento arbitral y, a su vez, ser parte de otro donde el árbitro sea aquel asesor. Práctica que es conocida como *double hatting*, de momento permitida, no sin críticas. Es más, la única manifestación contraria, plasmada en forma de prohibición, se recoge en el art. S5 de la Sección B.1 del Reglamento del Tribunal de Arbitraje Deportivo, donde se impide que árbitros y mediadores actúen como consejeros o asesores de parte ante el Tribunal[26].

No obstante, es cierto que los Reglamentos de algunas Instituciones arbitrales como la CCI niegan la duplicidad de roles, pero limitada a la incompatibilidad de que miembros de la propia Institución actúen como árbitros[27]. Otros como la LCIA, por su parte, contemplan que, de consuno y bajo determinadas circunstancias, algunos miembros de la Institución, como el Presidente, puedan ser nombrados expresamente como árbitros[28]. Finalmente, Instituciones como el SCC guardan silencio, es decir, no prohíben esta posibilidad, pero tampoco la permiten abiertamente, aun cuando de su lectura se infiere más bien lo primero que lo segundo.

La ética arbitral y la honorabilidad son el contrapeso de los efectos negativos y dudas propios de la dualidad de roles. Escepticismo no solo por la vulneración del principio de independencia e imparcialidad, sino también por la posible influencia que la experiencia e información sobre el resto de árbitros o el funcionamiento de la correspondiente institución pudiera tener en las actuaciones de los asesores y en el desarrollo del propio procedimiento. La solución a este problema vendría dada por la incorporación en las regulaciones y reglamentaciones de forma expresa la prohibición de ejercer como árbitro y como defensor ante la misma Corte o Institución arbitral (internacional).

Efectivamente, la identificación de un ánimo parcial por parte del árbitro se complica cuando estamos ante un arbitraje comercial internacional, pues la práctica ha demostrado que se ha creado lo que se conoce como *clubbing*. En otras palabras, el listado de árbitros disponibles para este tipo de disputas podría decirse

26 "*Members of the ICAS may not appear on the list of CAS arbitrators or mediators nor act as counsel to any party in proceedings before the CAS".* Reglamento del Tribunal de Arbitraje Deportivo, versión de enero de 2019 (Court of Arbitration for Sport –CAS–). Documento disponible en: https://www.tas-cas.org/fileadmin/user_upload/Code_2019__en_.pdf

27 El Reglamento de arbitraje de la CCI, Apéndice II – Reglamento interno de la Corte Internacional de Arbitraje de 2017, señala expresamente en su artículo segundo que los miembros de la Corte Internacional de arbitraje en los arbitrajes de la CCI no participarán de ningún modo como árbitros, no pudiendo tampoco acceder a información o documentos del procedimiento en curso.

28 Art. 5.10 del Reglamento: "The President of the LCIA Court shall only be eligible to be appointed as an arbitrator if the parties agree in writing to nominate him or her as the sole or presiding arbitrator; and the Vice Presidents of the LCIA Court and the Chairman of the LCIA Board of Directors (the latter being ex officio a member of the LCIA Court) shall only be eligible to be appointed as arbitrators if nominated in writing by a party or parties – provided that no such nominee shall have taken or shall take thereafter any part in any function of the LCIA Court or LCIA relating to such arbitration".

que no es muy extenso, lo que ha propiciado la generación de conexiones entre estos árbitros, los abogados y consejeros de las partes y las propias instituciones, lo que pone en jaque la reputación del arbitraje. Cuestionamiento que puede salvarse gracias a la confianza en el arbitraje, puesto que se entiende que éstos son escogidos y designados por su valía, su *expertisse* y su capacidad para mantenerse neutral con respecto de la disputa y del procedimiento.

En el marco del arbitraje internacional, la independencia presenta una doble dimensión: por un lado, la exigencia de una autonomía en el ejercicio de su función, esto es, una independencia funcional donde no esté sometido a órdenes de otros órganos o incluso de la propia institución arbitral y, por otro lado, la prohibición de la existencia de vínculos con las partes. La separación formal y material entre el colectivo representado por abogados o asesores y el de los árbitros a través, por ejemplo, de Colegios Profesionales diferentes, podría ser una solución, pero plantea mayor incertidumbre en su materialización y, sobre todo, mermaría el número de árbitros por la menor rentabilidad relativa del arbitraje con respecto a la profesión legal, dificultando así la sostenibilidad del sistema[29].

Afirmado *supra*, no puede entenderse la neutralidad sin la imparcialidad, pues ésta es la esencia de aquélla. Así es, la delgada línea que las separa muestra que la neutralidad alude más a la equidistancia del tercero con respecto del objeto y partes del procedimiento, a la preferencia por una de ellas, relacionándose con aspectos tales como la sede del arbitraje, la ley aplicable al procedimiento e, incluso, la nacionalidad[30]. Así es, en ocasiones las partes utilizan criterios subjetivos como la confianza[31] e incluso la citada nacionalidad para nombrar un determinado árbitro[32], con la mera finalidad de obtener una decisión lo más favorable posible[33].

La nacionalidad del árbitro es, pues, un aspecto que no debería suponer conflicto alguno pero que, por el contrario, es objeto de debate y regulación. Nuestro ordenamiento jurídico no expresa obstáculo alguno a la hora de elegir un árbitro de igual o distinta nacionalidad que las partes[34]. Sin embargo, mayor protagonismo cobra este elemento en el arbitraje internacional, donde puede

29 A favor, Florescu, C.: "Arbitral Tribunal Power to Disqualify Unethical Counsel", *Journal of Economic Development, Environment and People,* vol. 4, núm. 4, 2015, p. 24; Ziadé, N.G.: "How Should Arbitral Institutions Address Issues of Conflicts of Interest?", en AA.VV.: *Festschrift Ahmed Sadek El-Kosheri: From the Arab World to the Globalization of International Law and Arbitration* (coord. por M. Abdel Raouf; P. Leboulanger y N. G. Ziadé), Wolters Kluwer, Alphen aan den Rijn, 2015, p. 218.

30 Lalive, P.: "On the Neutrality of the Arbitrator and of the Place of Arbitration", en AA.VV.: *Swiss Essays on International Arbitration* (coord. por C. Reymond y E. Bucher), Schulthess Polygraphischer, Zürich, 1984, p. 25.

31 Bachmaier Winter, L.: "Artículo 17. Motivos de abstención y recusación", en AA.VV.: *Comentarios a la Ley de Arbitraje de 2003* (coord. por D. Arias Lozano), Aranzadi, Cizur Menor, 2005, pp. 183-184.

32 Derains, Y.: "La neutralidad cultural del árbitro internacional", *Lima Arbitration*, núm. 2, 2017, p. 14.

33 Byrne, O. K.: "A New Code of Ethics for Commercial Arbitrators: The Neutrality of Party-Appointed Arbitrators on a Tripartite Panel", *Fordham Urban Law Journal*, vol. 30, núm. 6, 2002, p. 1815.

34 La "nacionalidad de una persona no será obstáculo para que actúe como árbitro" (art. 13 *in fine*).

convertirse en el medio para obtener una ventaja estratégica. Al respecto, la norma española señala la conveniencia de "nombrar un árbitro de nacionalidad distinta a la de las partes y, en su caso, a la de los árbitros ya designados, a la vista de las circunstancias concurrentes" (art. 15.6) para salvaguardar la necesaria neutralidad con las partes; mientras que en ordenamientos extranjeros como el inglés[35] no encontramos alusión alguna a la nacionalidad o a la neutralidad del árbitro, si bien el reglamento de la LCIA contiene una disposición detallada sobre la nacionalidad de los árbitros, exigiendo, como regla general, que si las partes no comparten la misma nacionalidad, el árbitro único o el presidente del colegio arbitral deberá tener nacionalidad distinta a las mismas[36]. Decisión no exenta de riesgo por la carencia y el desconocimiento de la idiosincrasia del sistema legal y contractual, así como de los usos y costumbres del comercio.

Como vemos, ambos principios se complementan entre sí, persiguiendo un objetivo común: la neutralidad e igualdad de partes y, por ende, la garantía de un debido proceso, esto es, la Justicia arbitral.

2. La acción del árbitro: el deber de revelación como mecanismo de prevención

La prohibición al árbitro de mantener con las partes una relación personal, profesional o comercial se proyecta *pro futuro*, es decir, el impedimento a los árbitros de relacionarse extraprocesalmente con las partes se mantiene hasta el momento de emisión del laudo[37]. La existencia de cualquier tipo de relación sembraría dudas fundadas sobre la independencia e imparcialidad del árbitro. Por ello, "para evitar recusaciones por esos motivos sobrevenidos, el legislador impone el deber de que entre las partes y los árbitros se mantenga la distancia necesaria que requieren las garantías de neutralidad e independencia. Estamos, en efecto, ante una verdadera prohibición: la Ley prohíbe tales relaciones, y si éstas existieran en el momento de la designación podrían ser alegadas como motivo de recusación y, en su caso, dar lugar a la sustitución del árbitro"[38].

Se impone al árbitro, en consecuencia, un deber de revelación de cuantas circunstancias pudieran suponer una quiebra de la neutralidad e independencia. Deber de revelación conocido en el mundo anglosajón como *duty of disclosure*

35 Arbitration Act 1996. Versión de 2 de junio de 2019. Documento disponible en: https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1996/23/contents

36 En la misma línea, arts. 17(6) del Reglamento de Arbitraje del SCC y 13.5 del Reglamento de la CCI.

37 Prohibición que "debe entenderse referida, en todo caso, tanto al momento presente como al momento futuro. De un lado, la Ley quiere destacar que, en el momento de la designación como árbitro, no deben existir ciertas relaciones entre los árbitros y las partes que puedan poner en entredicho las garantías de imparcialidad e independencia. De otro lado, la prohibición no puede dejar de proyectarse pro futuro, de tal modo que las partes no se relacionen extraprocesalmente con el árbitro mientras se desarrolla el procedimiento arbitral y hasta que se dicte el laudo". STSJ Madrid 13 diciembre 2016, F.D. Segundo (Roj: STSJ M 13261/2016).

38 STSJ Madrid 27 octubre 2017, F.D. Segundo (Roj: STSJ M 14034/2017).

o *duty of disclose*, y consiste en una declaración unilateral del árbitro designado, asumida *ex lege*, de tales circunstancias. Este deber o *duty* se configura como un mecanismo preventivo para evitar futuras anulaciones del laudo por concurrir un conflicto de interés o una causa de parcialidad, amén de la fractura en la confianza de las partes en el procedimiento[39]. La obligación refiere de "todas las circunstancias" que puedan generar sospechas sobre su independencia o imparcialidad. Ahora bien, debemos matizar la citada expresión, pues de ello no se desprende la obligación del árbitro de emitir una biografía exhaustiva y detallada, lo que sería una carga exacerbada, sino más bien identificar y concretar cuál o cuáles relaciones o conexiones de su vida podrían quebrar la neutralidad.

Supra hemos indicado que la garantía de independencia e imparcialidad es una obligación proyectada *pro futuro*, esto es, durante todas las actuaciones arbitrales y, al menos, hasta la emisión del laudo. Pues bien, esta proyección temporal también se aplica a este deber de revelación. En consecuencia, el momento procesal idóneo para la revelación de estas circunstancias es el de su nombramiento, pero ello no es óbice a que se pueda informar a las partes contendientes de cualquier circunstancia sobrevenida durante el arbitraje. Más bien al contrario, es una exigencia que denota la buena fe y la honorabilidad del árbitro en sus decisiones.

La revelación de los posibles conflictos de interés que puedan existir es una obligación que recae en la persona del árbitro, si bien ordenamientos como el nuestro también facultan, de manera acertada, a las partes para solicitar algún tipo de aclaración o información concreta[40]. Y ello en tanto en cuanto "la ausencia de revelación de las circunstancias que pudieran comprometer la independencia proyecta, por sí sola, una sombra de sospecha sobre el árbitro suficiente para eliminar la confianza en la que se basó su designación"[41].

El arbitraje administrado se ha hecho eco de la necesidad de imponer esta tarea al árbitro designado, siendo interesante traer a colación el ejemplo del Reglamento de la CCI, cuyo art. 7 dispone que "[A]ntes de su nombramiento o confirmación, la persona propuesta como árbitro debe suscribir una declaración de independencia y dar a conocer por escrito a la Secretaría cualquier hechos o circunstancias susceptibles, desde el punto de vista de las partes, de poner en duda su independencia. (…) 3. El árbitro deberá dar a conocer inmediatamente y por escrito, tanto a la Secretaría como a las partes, cualquiera hechos o circunstancias de naturaleza similar que pudieren surgir durante el arbitraje (...)". Criterios

39 A favor, Fernández Pérez, A., "Conflicts of interests of arbitrators in international law firms", *Arbitration International*, núm. 34, 2018, p. 108.

40 Art. 17 de la Ley de Arbitraje.

41 Menéndez Arias, M. J.: "Capítulo 13. La revelación de circunstancias que puedan incidir sobre la independencia del árbitro (comentario a la sentencia del tribunal supremo federal suizo de 7 de septiembre de 2016)", en AA.VV.: *Anuario de Arbitraje 2017* (coord. por M. J. Menéndez Arias), p. 4 (versión electrónica).

asumidos de forma pacífica por el resto de instituciones, lo que refleja que, al menos en lo que aquí concierne, hay un estándar uniforme.

Por el contrario, no hay un estándar uniforme y homogéneo en la normativa o en la reglamentación, ni a nivel nacional ni a nivel internacional. Por ello, es menester acudir a una suerte de códigos de buenas prácticas, cuya naturaleza es meramente informativa. Hablamos de las *IBA Guidelines on Conflicts of Interest in International Arbitration* (en adelante, IBA Guidelines) [42], aprobadas por la International Bar Association¸ en la versión de 23 de octubre de 2014, y el *Code of Ethics for Arbitrators in Commercial Disputes*[43], elaborado de forma conjunta por la American Bar Association y la American Arbitration Association, actualizado a fecha de julio de 2014.

Las *IBA Guidelines* son recomendaciones con una gran acogida, construidas sobre lo que se conoce como "test de una tercera persona razonable"[44] o "prudente", establecido en el art. 2b) de las *IBA Guidelines*[45], que apunta a la exigencia del árbitro de declinar su designación o finalizar su actuación como árbitro si concurren circunstancias que generan, en una persona con buen juicio o prudente, dudas razonables sobre su imparcialidad. Documento que contiene tres listados donde se detallan los posibles conflictos de interés: listado rojo, listado naranja y listado verde. Los colores elegidos no dejan lugar a la imaginación, pues dan una idea de la magnitud e importancia de los conflictos en ellos incluidos y de las consecuencias sobre la persona del árbitro.

El primer listado, el Listado Rojo, se divide a su vez en dos. Por una parte, tenemos el Listad Rojo Irrenunciable, que incluye conflictos de interés graves que generan dudas y sospechas que fundarían y motivarían una abstención y, llegado el caso, una recusación. Por otra parte, está el Listado Rojo Renunciable, que recoge conflictos de interés que revisten gravedad, pero menor que los del listado anterior.

El segundo listado, el Listado Naranja, contiene situaciones que pueden generar dudas, pero que podrían disiparse con una explicación lógica y detallada por el árbitro.

42 Contenido de las *IBA Guidelines* disponible en: https://www.ibanet.org/Publications/publications_IBA_guides_and_free_materials.aspx

43 Contenido del Código disponible en: https://www.americanbar.org/content/dam/aba/events/dispute_resolution/committees/arbitration/Code_Annotated_Final_Jan_2014_update.pdf

44 Escobar Martínez, L. M.: "La independencia, imparcialidad y conflicto de interés del árbitro", *International Law, Revista Colombiana de Derecho Internacional*, núm. 15, 2009, p. 200.

45 "*Rige el mismo principio si existieren, o hubieren surgido con posterioridad al nombramiento, hechos o circunstancias tales que una tercera persona con buen juicio y con conocimiento de los hechos y circunstancias relevantes del asunto consideraría que dan lugar a dudas justificadas acerca de la imparcialidad y la independencia del árbitro, a menos que las partes hayan aceptado al árbitro de conformidad con lo establecido en la Norma General 4*".

El último listado, el Listado Verde, recoge los supuestos que no implican conflicto de interés alguno, cuya revelación carece de relevancia y no es, por tanto, obligatoria.

La falta de independencia e imparcialidad en la figura del árbitro resultará en la anulación del laudo e, incluso, en la denegación de la ejecución del mismo. Ello perjudicará a las partes, pero también deslegitimará al arbitraje como mecanismo de solución de controversias. En este sentido, la revelación de estos posibles conflictos de interés y la consiguiente sustitución del árbitro presenta la clara ventaja de evitar recusaciones del árbitro, lo que agiliza el proceso e impide que se dilate más de lo necesario y, además se convierte en un estímulo en *pro* de la transparencia y la confianza en el procedimiento arbitral[46] y, por ende, en su eficacia.

3. La acción de las partes: la recusación como mecanismo de control.

Una de las garantías de la neutralidad y objetividad de la función arbitral es la recusación, una suerte de control de la honorabilidad del árbitro. Mecanismo contemplado y regulado tanto normativa como reglamentariamente, a nivel nacional e internacional, cuya finalidad principal es la descalificación del árbitro, su separación y consiguiente impedimento para conocer de la causa arbitral. En ocasiones se torna necesaria una evaluación conjunta de las circunstancias alegadas y de los parámetros y coordenadas del caso en cuestión", dado que puede darse el caso que "tales circunstancias, aisladamente consideradas, carezcan de la "virtualidad necesaria para sustentar la recusación"[47] del árbitro.

En un alarde de conservar la eficacia del arbitraje y evitar así la proliferación de recusaciones cuyo propósito no sea otro que la dilatación del procedimiento como estrategia para lograr una cierta ventaja, se ha adoptado la decisión de que el trámite de recusación no tenga efectos suspensivos, salvo que las partes así lo prevean. Montero, por su parte, asegura que no suspender el arbitraje podría implicar que el árbitro, cuya neutralidad y objetividad se ha puesto en entredicho, continúe al frente del procedimiento[48].

Por regla general, el momento procesal idóneo para interponer la recusación llega tras la designación del árbitro o del órgano arbitral, alegando aquellas circunstancias que pueden quebrar los principios esenciales de todo procedimiento de tutela, pero también el posible desconocimiento de las mismas en el momento

46 A favor, Rogers, C. A.: "Regulating International Arbitrators: A Functional Approach to Developing Standards of Conduct", *Stanford Journal of International Law*, vol. 41, núm. 1, 2005, p. 112.

47 SAP Madrid 30 junio 2011, F.D. Décimo. (Roj: SAP M 11690/2011).

48 Montero Aroca, J.: "Artículo 18. Procedimiento de recusación", en AA.VV.: *Comentarios a la Ley de Arbitraje. Ley 60/2003, de 23 de diciembre, tras la reforma de la Ley 11/2011, de 20 de mayo* (coord. por S. Barona Vilar), Civitas, 2ª ed., Navarra, 2011, p. 877.

en que el árbitro o colegio arbitral fue constituido. En este sentido, resulta obvio que una parte puede recusar al árbitro por ella misma designado, reflejando la buena fe en su conducta y su deseo de que el arbitraje se desarrolle debidamente y con todas las garantías.

En todo caso, deben ejercerse las causas de recusación tan pronto como sean conocidas por la parte interesada. De esta forma se demuestra nuevamente la buena fe de las partes, quedando probada la conexión entre el conocimiento de la causal de recusación y la solicitud de la misma. *Sensu contrario*, formular la recusación en un momento posterior, incluso en la acción de anulación, es un claro supuesto de actuación contra los actos propios.

Manifestación reiterada por nuestro Tribunal Constitucional cuando afirma que puesto que "la facultad de recusar se encamina a impugnar la idoneidad constitucional del Juez como tercero imparcial y a apartarle del conocimiento de un asunto del que es, en principio, Juez ordinario predeterminado por la ley, es lícito que se imponga a la parte la carga de formular la recusación con premura y que, en consecuencia, se limite o excluya la posibilidad de la invocación tardía de la causa de recusación, singularmente cuando ésta se dirija, no ya a apartar al *iudex suspectus* del conocimiento del proceso, sino a anular lo ya decidido definitivamente por él. Precisamente por ello (…) requiere, por razones inmanentes al proceso mismo en el que se trata de hacer valer el derecho a la imparcialidad (…), un obrar diligente de la parte a la hora de plantear la recusación, so pena de verse impedida para hacer valer la causa de recusación"[49].

La(s) parte(s) no puede(n) aceptar la continuidad del árbitro ignorando voluntariamente la existencia de una posible parcialidad para después formular la recusación al final del procedimiento o como causa de anulación, pues ello contradice también el principio de buena fe[50]. Es más, la doctrina de no ir contra los actos propios supone la pérdida del derecho a recusar en estos casos donde la(s) parte(s) acepta(n) la constitución del órgano arbitral a sabiendas de la parcialidad de uno o más de sus miembros[51]. Pérdida, que no renuncia, dado que ello conllevaría

49 STC 116/2008, de 13 de octubre, F.D. Cuarto (RTC 2008, 116) y STC 140/2004, de 13 de septiembre, F.D. Quinto (RTC 2004, 140).

50 "(…) aun cuando se pueda decir, sin género de dudas, que quienes se someten a arbitraje tienen derecho al árbitro imparcial, que es garantía fundamental del arbitraje, no es menos cierto que, al igual que sucede en el ámbito propiamente jurisdiccional, la Ley y la Constitución misma -en la exégesis que de ella hace su Supremo Intérprete, art. 1.1 LOTC-, someten la denuncia de parcialidad a un requisito de procedibilidad, la debida diligencia del recusante, precisamente para garantizar que éste actúa en la causa según insoslayables exigencias del principio de buena fe procesal". STSJ Madrid 4 noviembre 2016, F.D. Cuarto (Roj: STSJ M 11933/2016).

51 Criterio armonizado tanto legislativa como institucionalmente. Véase, a título de ejemplo, el art. 17.3 de la Ley de Arbitraje y el art. 19(2) del Reglamento del SCC. En cambio, otras instituciones como la CCI o la LCIA no contemplan esta posibilidad, pero tampoco la niegan.

a la renuncia de las partes de "algo consustancial con la heterocomposición, al admitir que el tercero no sea imparcial"[52].

III. LA RESPONSABILIDAD DEL ÁRBITRO: EL MEDIO PARA UN FIN.

El comportamiento honorable y respetuoso con los fines del arbitraje por parte del órgano arbitral debe reforzarse mediante la imposición de consecuencias jurídicas, no solo sobre el propio procedimiento, sino también sobre el árbitro.

El procedimiento puede ser cuestionado a través de la acción de anulación, mientras que el árbitro -sujeto que aquí interesa- puede ser responsabilizado por los fallos y errores cometidos en el desarrollo de sus funciones[53] y que, en esencia, han entorpecido, dificultado o impedido el normal y garante desarrollo del arbitraje. En este sentido, los estándares internacionales, así como la normativa arbitral -internacional y nacional-, abogan por establecer un régimen sancionador y depurar responsabilidades[54] en aquellos casos en los que la actuación del árbitro haya supuesto una ruptura del principio de neutralidad, en lo que se refiere tanto a la imparcialidad como a la independencia[55].

Cuestión pacífica a todos los niveles que, empero, no significa que hayamos construido una norma ética internacional[56]. No obstante, la integración en la práctica arbitral de estos códigos éticos o protocolos de buenas prácticas que orientan la conducta de los árbitros contribuyen a garantizar la seguridad jurídica y la certeza de la actuación del árbitro cuando concurren determinadas circunstancias, esto es, se trata de fijar unos patrones de conducta que todo árbitro debe observar[57].

La responsabilidad del árbitro debe incluir todas las acciones y omisiones que se hayan llevado a cabo durante el arbitraje y en relación a él, pues entendemos que no es posible establecer ningún tipo de limitación temporal. El árbitro debe responder de sus acciones que hayan ocasionado perjuicios a las partes, con independencia de la finalización del arbitraje, siempre que dicha acción fuera

52 Montero Aroca, J., "Artículo 18", cit., p. 873.

53 A favor, Rivera Ramírez, I. I.: "Facetas de la buena fe procesal en el arbitraje internacional", *Arbitraje PUCP*, núm. 5, 2015, p. 41.

54 Lalive, P.: "Irresponsibility in International Commercial Arbitration", *Asia Pacific Law Review*, vol. 7, núm. 2, 1999, p. 165.

55 Atienza Rodríguez, M.: "La imparcialidad y el Código Modelo Iberoamericano de Ética Judicial", *Estudios de Derecho Judicial*, núm. 151, 2008, pp. 167-186.

56 "The absence of international ethical standards and therefore the absence of any real sanctions for this type of conduct encourages misconduct by facilitating unbounded creativity in pursuing client interests and, when called out, allows plausible deniability that particular conduct was unethical". Rogers, C.: "Guerrilla tactics and ethical regulation", en AA.VV.: *Guerrilla Tactics in International Arbitration*, (ed. por S. Wilske y G. J. Horvath), Kluwer Law International, 2013, p. 314.

57 A favor, Del Águila Ruiz de Somocurcio, P.: "Árbitros, Ética y Administración de justicia", *Arbitraje PUCP*, núm. 4, 2014, p. 54.

realizada en el seno de un arbitraje y como consecuencia de su actuación como árbitro.

En efecto, aceptado el cargo como árbitro, este deberá cumplir fielmente con el encargo, incurriendo, si no lo hiciere, en responsabilidad por los daños y perjuicios que causare por mala fe, temeridad o dolo. Cuando un arbitraje estuviese encomendado a una institución, el perjudicado tendrá acción directa contra la misma, con independencia de las acciones de resarcimiento que asistan a aquélla contra los árbitros. En este sentido se ha pronunciado el Tribunal Superior de Justicia de Madrid, señalando que "(…) se deben extremar las cautelas en el arbitraje institucional, lo que se traduce en el escrupuloso respeto al principio de igualdad, lo que es tanto como decir que la Corte arbitral ha de actuar con neutralidad respecto de las partes y con pleno desinterés respecto del *thema decidendi*"[58].

IV. REFLEXIÓN FINAL.

El protagonismo alcanzado por el arbitraje como mecanismo de solución de conflictos, especialmente en sectores como el comercio internacional o de inversiones, también ha precipitado la necesidad de un mayor control y observancia de las eventuales conexiones entre los árbitros y las partes, así como con sus respectivos abogados, con el propósito de mitigar de manera significativa cualquier conflicto de interés que impidiera desarrollar un procedimiento arbitral independiente e imparcial; exigencias a las que se une el requisito de neutralidad entendido como ajenidad.

La buena fe es la pieza clave del procedimiento, cuya principal consecuencia es, precisamente, el deber de revelación de posibles conflictos de interés con carácter preventivo, aunque también gocen las partes del derecho de recusación.

La honorabilidad del árbitro se une a la buena fe, ocupando también un lugar destacado, recogiéndose bajo su paraguas la ética arbitral, que se ha convertido en un fin en sí misma, no solo por sus implicaciones en el propio procedimiento, sino también sobre la figura del árbitro, lo que le impediría actuar de forma negligente.

No obstante, las controversias resultantes del nombramiento de los árbitros y configuración del órgano arbitral suponen una crisis de confianza en el sistema, lo que hace aún más patente la necesidad de una aplicación uniforme y homogénea de los principios de independencia e imparcialidad, especialmente en lo que concierne al deber de revelación de los árbitros.

58 STSJ Madrid 26 julio 2018, F.D. Tercero (Roj: STSJ M 10643/2018).

El intenso crecimiento y expansión del arbitraje a más sectores económicos, así como la intervención de terceros ajenos al procedimiento como financiadores, son una preocupación por la falta de garantías de imparcialidad y de independencia, pero también de transparencia. En este sentido, se torna imprescindible una mayor exigencia en la honorabilidad del árbitro para detener y evitar cualquier problema futuro.

BIBLIOGRAFÍA

ANDRIGHI, F. N.: "A ética como pilar de segurança da arbitragem", *Revista de Doutrina e Jurisprudência*, núm. 53, 1997.

ATIENZA RODRÍGUEZ, M.: "La imparcialidad y el Código Modelo Iberoamericano de Ética Judicial", *Estudios de Derecho Judicial*, núm. 151, 2008.

BACHMAIER WINTER, L.: "Artículo 17. Motivos de abstención y recusación", en AA.VV.: *Comentarios a la Ley de Arbitraje de 2003* (coord. por D. ARIAS LOZANO), Aranzadi, Cizur Menor, 2005.

BARONA VILAR, S., *Nociones y principios de las ADR*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018.

BYRNE, O. K.: "A New Code of Ethics for Commercial Arbitrators: The Neutrality of Party-Appointed Arbitrators on a Tripartite Panel", *Fordham Urban Law Journal*, vol. 30, núm. 6, 2002.

CREMADES, B. M.: "Good Faith in International Arbitration", *American University International Law Review*, vol. 27, núm. 4, 2012.

CREMADES, B. M.: "Nuevo Código ético para los árbitros internacionales", *Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, vol. IV, 1987.

DEL ÁGUILA RUIZ DE SOMOCURCIO, P.: "Árbitros, Ética y Administración de justicia", *Arbitraje PUCP*, núm. 4, 2014.

DERAINS, Y.: "La neutralidad cultural del árbitro internacional", *Lima Arbitration*, núm. 2, 2017.

ESCOBAR MARTÍNEZ, L. M.: "La independencia, imparcialidad y conflicto de interés del árbitro", *International Law, Revista Colombiana de Derecho Internacional*, núm. 15, 2009.

FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A.: "El papel de la buena fe en los pactos, arbitrajes y contratos", *Revista De Derecho UNED*, núm. 7, 2010.

FERNÁNDEZ PÉREZ, A., "Conflicts of interests of arbitrators in international law firms", *Arbitration International,* núm. 34, 2018.

FLORESCU, C.: "Arbitral Tribunal Power to Disqualify Unethical Counsel", *Journal of Economic Development, Environment and People,* vol. 4, núm. 4, 2015.

FOUCHARD, P., GAILLARD, E. y GOLDMAN, B.: *International Commercial Arbitration,* Kluwer Law International, The Hague, 1999.

GABALDÓN LÓPEZ, J.: Ética de las profesiones jurídicas. *Estudios sobre deontología*, UCAM, Murcial, 2003.

GABRIEL, H. y RAYMOND, A. H.: "Ethic for Commercial Arbitrators: Basic Principles and Emerging Standards", *Wyoming Law Review*, vol. 5, núm. 2, 2005.

LALIVE, P.: "Irresponsibility in International Commercial Arbitration", *Asia Pacific Law Review*, vol. 7, núm. 2, 1999.

LALIVE, P.: "On the Neutrality of the Arbitrator and of the Place of Arbitration", en AA.VV.: *Swiss Essays on International Arbitration* (coord. por C. REYMOND y E. BUCHER), Schulthess Polygraphischer, Zürich, 1984.

LEW, J. D. M., MISTELIS, L. A. KROLL, S. M.: *Comparative international commercial arbitration*, Kluwer Law International, The Hague, 2003.

MANZANARES BASTIDA, B.: "The independence and impartiality of arbitrators in international commercial arbitration", *Revist@ e-Mercatoria*, vol. 6, núm.1, 2007.

MATHEUS LÓPEZ, C.: *La independencia e imparcialidad del* árbitro, Instituto Vasco de Derecho Procesal, San Sebastián, 2009.

MENÉNDEZ ARIAS, M. J.: "Capítulo 13. La revelación de circunstancias que puedan incidir sobre la independencia del árbitro (comentario a la sentencia del tribunal supremo federal suizo de 7 de septiembre de 2016)", en AA.VV.: *Anuario de Arbitraje 2017* (coord. por M. J. MENÉNDEZ ARIAS), pp. 1-28, versión electrónica.

MERINO MERCHÁN, J. F. y CHILLÓN MEDINA, J. M.: *Tratado de Derecho Arbitral*, Thomson-Civitas, 3ª ed., Navarra, 2006.

MONTERO AROCA, J.: "Artículo 18. Procedimiento de recusación", en AA.VV.: *Comentarios a la Ley de Arbitraje. Ley 60/2003, de 23 de diciembre, tras la reforma de la Ley 11/2011, de 20 de mayo* (coord. por S. BARONA VILAR), Civitas, 2ª ed., Navarra, 2011, pp. 872-881.

PAPPAS, B. A.: "Med-Arb: The Best of Both Worlds May Be Too Good to Be True, a Response to Weisman", *Dispute Resolution Magazine,* vol. 19, núm. 3, 2013.

RIVERA RAMÍREZ, I. I.: "Facetas de la buena fe procesal en el arbitraje internacional", *Arbitraje PUCP*, núm. 5, 2015.

ROGERS, C. A.: "Regulating International Arbitrators: A Functional Approach to Developing Standards of Conduct", *Stanford Journal of International Law*, vol. 41, núm. 1, 2005.

ROGERS, C. A.: "Guerrilla tactics and ethical regulation", en AA.VV.: *Guerrilla Tactics in International Arbitration*, (ed. por S. WILSKE y G. J. HORVATH), Kluwer Law International, 2013.

RUIZ MORENO, J. M.: "Capítulo II. Nombramiento y aceptación de los árbitros. Imparcialidad, abstención y recusación", en AA.VV.: *Estudios sobre el arbitraje: los temas claves* (coord. por J. L. GONZÁLEZ MONTES), La Ley, Madrid, 2008.

SUSSMAN, E.: "Developing an Effective Med-Arb/Arb-Med Process", *New York Dispute Resolution Lawyer*, vol. 2, núm. 1, 2009.

TRAKMAN, L.: "The Impartiality and Independence of Arbitrators Recosidered", *International Arbitrationn Law Review*, vol. 10, núm. 4, 2007.

ZIADÉ, N.G.: "How Should Arbitral Institutions Address Issues of Conflicts of Interest?", en AA.VV.: *Festschrift Ahmed Sadek El-Kosheri: From the Arab World to the Globalization of International Law and Arbitration* (coord. por M. ABDEL RAOUF; P. LEBOULANGER y N. G. ZIADÉ), Wolters Kluwer, Alphen aan den Rijn, 2015.

EL CRIMEN DE AGRESIÓN. ¿ES POSIBLE SU PERSECUCIÓN JUDICIAL INTERNACIONAL?

THE CRIME OF AGGRESSION. IS ITS INTERNATIONAL PROSECUTION POSSIBLE?

Rev. Boliv. de Derecho Nº 31, enero 2021, ISSN: 2070-8157, pp. 286-321

María CARRO PITARCH

ARTÍCULO RECIBIDO: 1 de septiembre de 2020
ARTÍCULO APROBADO: 13 de noviembre de 2020

RESUMEN: El trabajo analiza el crimen de agresión, en particular la reciente activación de la jurisdicción de la Corte Penal Internacional sobre el mismo y los principales obstáculos para su efectiva persecución, teniendo en consideración el bajo número de Estados Parte que han ratificado las Enmiendas que lo regulan.

PALABRAS CLAVE: Crimen de agresión; acto de agresión; Corte Penal Internacional; Consejo de Seguridad.

ABSTRACT: *The paper analyses the crime of aggression, in particular the recent activation of the jurisdiction of the International Criminal Court over it and the main obstacles to its effective prosecution, taking into consideration the low number of States Parties that have ratified the Amendments that regulate it.*

KEY WORDS: *Crime of aggression; act of aggression; International Criminal Court; Security Council.*

SUMARIO.- I. INTRODUCCIÓN. II. LOS CRÍMENES INTERNACIONALES. III. EL CONCEPTO DEL CRIMEN DE AGRESIÓN.- 1. Origen y evolución del concepto del crimen de agresión hasta la Conferencia de Kampala.- 2. El desarrollo del concepto del crimen de agresión. De la Conferencia de Kampala a la actualidad.- IV. ELEMENTOS ESENCIALES DEL CRIMEN DE AGRESIÓN.- 1. La naturaleza del crimen de agresión.- 2. El acto de agresión como fundamento del crimen de agresión.- 3. El umbral de gravedad como fundamento de la responsabilidad penal individual.- 4. El elemento subjetivo: el mens rea.- V. EL CRIMEN DE DIRIGENTES: RESPONSABILIDAD LIMITADA.- VI. LA TENTATIVA.- VII. LOS MECANISMOS DE ACTIVACIÓN DE LA JURISDICCIÓN DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL.- VIII. LAS CONDICIONES PARA LA ENTRADA EN VIGOR DE LA ENMIENDA DEL ESTATUTO DE ROMA.- IX. LA SITUACIÓN ACTUAL DEL CRIMEN DE AGRESIÓN.- X. CONSIDERACIONES FINALES.

1. INTRODUCCIÓN.

El propósito del presente artículo es realizar una breve aproximación a la situación actual del crimen internacional de agresión. Este crimen se erige como uno de los crímenes de mayor trascendencia para la humanidad y, sin embargo, han sido necesarias varias décadas para llegar a un consenso sobre su definición y, una década más para la activación de la competencia de la Corte Penal Internacional (en lo sucesivo, CPI) respecto del mismo.

El consenso alcanzado, que es un logro para la comunidad internacional, no ha terminado de resolver numerosas cuestiones respecto a la exigibilidad de responsabilidad penal internacional por la comisión del crimen, bien a nivel procedimental, bien por los juegos de intereses entre los Estados y el Consejo de Seguridad, habida cuenta del bajo número de Estados Parte que han ratificado las Enmiendas, todo lo cual conduce a plantear el verdadero alcance de lo conseguido en Kampala y las posibilidades reales de su persecución judicial internacional. Por lo tanto, el presente trabajo pretende analizar cuáles son los principales obstáculos para alcanzar una tipificación completa del crimen de agresión que permita su efectiva persecución procesal a nivel internacional.

Con este propósito, he dividido el estudio de la configuración del crimen de agresión en tres grandes bloques. En primer lugar, realizo una síntesis de los crímenes internacionales y la disposición del crimen de agresión en ellos, haciendo hincapié en la creación y desarrollo de su concepto desde las primeras

• María Carro Pitarch
Egresada en el doble Grado Derecho + Administración y Dirección de Empresas de la Universitat de València. Becaria de investigación del Departamento de Derecho Internacional 'Adolfo Miaja de la Muela' de la Universitat de València. Actualmente cursando el Master of European Law (LLM) del Colegio de Europa. Correo electrónico: maria.carro@coleurope.eu.

limitaciones del uso de la fuerza en las relaciones internacionales, pasando por la consagración del Estatuto de la Corte Penal Internacional (ECPI) hasta la Primera Conferencia de Revisión de Kampala. En segundo lugar, estudio los elementos esenciales del crimen de agresión: el objetivo, que comprende la definición del tipo y sus elementos fundamentales; y el subjetivo, o componente volitivo exigible a la hora de dirimir la responsabilidad del perpetrador. Asimismo, hago referencia a la especialidad respecto a la autoría del conocido como "crimen de dirigentes", ya que únicamente se puede exigir a nivel internacional responsabilidad penal individual por sus acciones a los líderes militares o políticos del Estado agresor. Además, examino la institución de la tentativa en la comisión del crimen de agresión, tras la entrada en vigor de las Enmiendas al ECPI. En tercer lugar, realizo un examen de los mecanismos de activación de la jurisdicción o competencia de la CPI ante una situación potencialmente merecedora de ser considerada como un crimen de agresión. A continuación, investigo las condiciones para la entrada en vigor de las Enmiendas de Kampala y, por último, detallo cuál es la situación actual del crimen de agresión, su vigencia y sus posibilidades reales de persecución.

Finalizo este trabajo investigador con unas consideraciones sobre la tipificación del crimen de agresión en el ECPI, los principales retos encontrados en el proceso hasta su completa definición e implantación y, sobre todo, los posibles impedimentos para su persecución procesal en la comunidad internacional.

II. LOS CRIMENES INTERNACIONALES.

Antes de realizar un análisis sistemático del crimen de agresión, su definición, configuración y mecanismos de aplicación, es imperioso realizar una breve referencia al contexto y marco jurídico donde este crimen nace y existe. Así, analizaré qué se entiende por los crímenes internacionales y su ubicación dentro del Derecho Internacional Penal.

La doctrina francesa distingue entre *le Droit International Pénal* y *le Droit Pénal International,* residiendo la diferencia en que el Derecho Penal Internacional se refiere al conjunto de leyes que rigen en la persecución de los conocidos como delitos comunes en los Estados, es decir, la parte del Derecho Penal interno que regula las cuestiones relativas a la aplicación de las leyes penales en el espacio y la cooperación entre los Estados; mientras que el Derecho Internacional Penal se centra en la responsabilidad penal del individuo por la comisión de crímenes de carácter internacional[1] (generalmente por sus dimensiones transfronterizas o

1 Bassiouni, M. Ch.: *Derecho penal internacional. Proyecto de Código penal internacional*, Tecnos, Madrid, 1984, p. 53.

transnacionales)[2]. El Profesor Otto Triffterer[3] lo define como "la totalidad de normas de Derecho Internacional de naturaleza penal que conectan consecuencias jurídicas típicas de Derecho Penal a una conducta decisiva y como tal pueden ser aplicadas directamente"[4].

Esa conducta decisiva de la que hablaba Triffterer son los crímenes internacionales. El ECPI[5] los define en el Preámbulo como "una amenaza para la paz, la seguridad y el bienestar de la humanidad". Consecuencia de la globalización, hemos asistido a un proceso de mundialización del Derecho Penal que, combinado con la necesidad de poner fin a la impunidad de los autores de los crímenes internacionales, llevó a la creación de la CPI, una institución complementaria a las jurisdicciones penales nacionales, de carácter permanente, independiente, vinculada al sistema de las Naciones Unidas y con "competencia sobre los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto" (art. 5 ECPI).

El Estatuto de Roma otorga a la CPI competencia o jurisdicción respecto de los crímenes considerados más graves para la Comunidad Internacional que son, actualmente, la columna vertebral de los crímenes internacionales: los crímenes de genocidio, de lesa humanidad, de guerra y de agresión[6].

Dentro de ellos destaca el crimen de agresión, que castiga el inicio o desarrollo de una guerra de agresión. Ya el Tribunal Militar Internacional de Núremberg (en adelante, TMIN) consideró que "iniciar una guerra de agresión no es solo un crimen internacional; es el crimen internacional supremo, que difiere de los demás crímenes de guerra en que contiene en sí mismo el mal acumulado de todos ellos"[7]. No obstante, han sido necesarias varias décadas para llegar a un consenso sobre su tipificación, indispensable para garantizar la existencia de la certeza jurídica necesaria para poder aplicarlo (consecuencia clara del principio rector del Derecho penal *nullum poena sine lege*)[8].

2 Strapatsas N.: "Aggression", en AA.VV.: *Handbook of International Criminal Law,* 1ª ed (coord. por W. A. Schabas; N. Bernaz), Routledge, Nueva York, 2011, pp.155-165.

3 El Profesor Otto Triffterer (1931-2015) es el autor del "Comentario sobre el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional", aclamado como el trabajo científico más significativo sobre el tratado que fundó el nuevo sistema permanente de justicia penal internacional.

4 Díaz Soto, J. M.: "Una aproximación al crimen internacional de agresión", *Revista Derecho Penal y Criminología,* núm. 35 (99), 2014, p. 13

5 Estatuto de la Corte Penal Internacional (Roma, 17 de julio de 1998). *BOE*, núm. 126, de 27 de mayo de 2002, pp. 18.824-18.860. https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2002-10139.

6 Arts. 6-8 bis del ECPI.

7 Sentencia de 30 de septiembre/1 de octubre de 1946. Disponible en: *American Journal of International Law*, vol. 41, 1947, p. 186.

8 Sobre el alcance y contenido en el Derecho internacional penal del principio de legalidad, véase Heinrich Jescheck.: "The General Principles of International Criminal Law Set Out in Nuremberg, as Mirrored in the ICC Statute", *Journal of International Criminal Justice,* núm. 2(1), 2004, pp. 38-55.

II. EL CONCEPTO DEL CRIMEN DE AGRESIÓN.

1. Origen y evolución del concepto del crimen de agresión hasta la Conferencia de Kampala.

Las Enmiendas al ECPI suponen la renuncia expresa a la concepción del *ius ad bellum* como un rasgo definitorio de la soberanía de los Estados[9]. No sólo eso, sino que, además, consagran la responsabilidad penal individual por la comisión de una guerra de agresión. No obstante, este hito no se puede considerar aislado, sino que es consecuencia de un largo proceso que se remonta al siglo XX y pasa por la limitación, prohibición y persecución del uso de la fuerza armada.

Durante la Guerra de los 30 años en Europa hubo interés por parte de los Estados en llegar a una solución pacífica mediante la Paz de Westfalia[10]. Sin embargo, no fue hasta la adopción de la Convención Drago-Porter[11], cuando se limitó por primera vez el uso de la fuerza armada al establecerse la prohibición de recurrir a la fuerza contra un país deudor (exceptuando aquellos casos en los que el mismo no aceptase la solución de la controversia mediante el arbitraje internacional).

Después de la I Guerra Mundial (en adelante, IGM), con la firma del Pacto de las Sociedad de las Naciones[12], de 1919, se limita la guerra como instrumento de política internacional, pero se mantiene el recurso a la guerra ante agresiones exteriores a la integridad territorial y la independencia política de cualesquiera de los miembros de la Liga (arts. 10 y 11 del Pacto); estableciendo así una respuesta automática de todos los miembros, les afecte directamente o no la guerra o la amenaza de guerra en cuestión[13].

Las consecuencias de la IGM reforzaron el anhelo de una organización internacional que impidiese un nuevo conflicto mediante soluciones jurídicas, un sistema de solidaridad internacional y un sistema de sanciones para los responsables

9 En el Derecho Internacional clásico los Estados consideraban la guerra como un "medio para la solución de sus controversias y constituía un mecanismo de sanción en un orden jurídico desprovisto de un sistema de coerción". Bermejo, R.: "El uso de la fuerza, la Sociedad de Naciones y el Pacto Briand-Kellogg", en AA.VV.: *Los orígenes del Derecho internacional contemporáneo (*coord. por Y. Gamarra Chopo; C. Fernández Liesa, Institución Fernando el Católico, Zaragoza, 2015, p. 218.

10 O'Connell, M. E.; Niyazmatov, M.: "What is Aggression? Comparing the *Jus ad Bellum* and the ICC Statue", *Journal of International Criminal Justice,* núm. 10, 2012, p. 190.

11 La adopción se produjo en el seno de la segunda Conferencia de la Paz (La Haya, 1907).

12 El Pacto de la Sociedad de las Naciones (Versalles, 28 de abril de 1919), https://dudh.es/pacto-de-la-sociedad-de-naciones-1919 entró en vigor el 10 de enero de 1920 y su extinción se consumó el 18 de abril de 1946.

13 Juste Ruiz, J., Castillo Daudí, M. y Bou Franch, V.: *Lecciones de Derecho Internacional Público*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, p. 526.

de los actos contrarios al Derecho Internacional[14]. Así, en el seno de la Sociedad de las Naciones, en 1923, se elaboró el Proyecto de Tratado de Asistencia Mutua que calificaba los actos de agresión como "crímenes internacionales", usando la expresión más como un mero recurso semántico que como introducción de una conducta punible, ya que el proyecto no hacía referencia alguna a la posible responsabilidad penal del individuo[15].

En la línea anterior, el Protocolo para la Solución Pacífica de Controversias Internacionales (Ginebra, 1 de octubre de 1924)[16] definió de forma más precisa la guerra de agresión como una "violación de la solidaridad entre los miembros de la comunidad internacional y un crimen internacional", y reconoce en su art. 10 como "Estados agresores" a aquéllos que "recurran a la guerra en violación de las disposiciones del presente Protocolo".

Más tarde, el Pacto Briand-Kellog[17] supuso el paso definitivo para la completa prohibición de la guerra[18]. En su artículo primero, las Altas Parte Contratantes "declaran solemnemente que condenan el recurso de la guerra para la solución de las controversias internacionales y que renuncian a él como instrumento de política nacional en sus relaciones mutuas". Es tal su importancia que el TMIN lo invocó como prueba del carácter consuetudinario de los crímenes contra la paz[19]. A pesar de ello, el Pacto sufrió duras críticas ya que su amplio lenguaje aparentemente proscribía todas las guerras, inclusive las de legítima defensa propia o las de conformidad con el Pacto.

En los años siguientes se trató de armonizar el mismo cubriendo lagunas jurídicas sin mucho éxito, tal y como demuestran los actos de agresión de Japón a China en 1931 o el estallido de la Segunda Guerra Mundial (IIGM)[20]. Como consecuencia de lo vivido en la IIGM, se pasó de proscribir el uso de la fuerza por parte del Derecho Internacional a prever la responsabilidad penal individual. Dos de los hitos más importantes de este momento fueron la adopción en 1945 de la Carta de las Naciones Unidas[21] (en adelante, CNU) y la Carta de Londres o

14 Department of State Washington (1943). "Proceedings of the Eighth American Scientific Congress". *International Law, Public Law and Jurisprudence,* X.

15 Rueda Fernández, C.: *Delitos de Derecho Internacional, tipificación y represión internacional,* Bosch, Barcelona, 2002, p. 130.

16 Protocolo para la Solución Pacífica de Controversias Internacionales (Ginebra, 1 de octubre de 1924), https://www.wdl.org/es/item/11582. Este Protocolo fue adoptado por la Quinta Asamblea de la Sociedad de las Naciones. También es conocido como el Protocolo de Ginebra de 1924.

17 Tratado General de Renuncia a la Guerra o Pacto Briand-Kellog, de 27 de agosto de 1928. https://aplicaciones.sre.gob.mx/tratados/ARCHIVOS/PACTO%20BRIAND%20KELLOG.pdf

18 Bermejo, R.: "El uso de la fuerza", cit., p. 233.

19 Díaz Soto, J. M.: "Una aproximación", cit., p. 16.

20 Strapatsas N.: "Aggression", cit., p. 157.

21 Carta de las Naciones Unidas (San Francisco, 24 de octubre de 1945). *BOE*, núm. 275, de 16 de noviembre de 1990, pp. 33.862-33.885. https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1990-27553

Estatuto del TMIN[22], que estableció los procedimientos y principios por los que se rigieron más tarde los Juicios de Núremberg.

El Estatuto del TMIN consagra como conducta delictiva bajo la denominación "crímenes contra la paz" el "planeamiento, preparación, iniciación o ejecución de una guerra de agresión o de una guerra en violación de tratado internacionales, acuerdos y seguridades, o la participación en un plan común o en una conspiración para ejecutar cualquiera de los actos precedentes" (art. 6 (a)). Así pues, en el Estatuto queda limitado el tipo al desarrollo de una guerra de agresión, en contraposición al concepto más amplio de acto de agresión. Asimismo, a pesar de que el Estatuto no lo señale expresamente, el TMIN conceptuó que únicamente podían ser considerados responsables por crímenes contra la paz las personas del Estado agresor que tuviesen a su cargo la conducción política o militar[23], es decir, lo constituyó como un crimen de líderes o dirigentes.

En octubre de 1946, en Núremberg, el TMIN dictó sentencia contra los principales criminales de guerra nazis y halló a doce de los veintidós acusados culpables de crímenes contra la paz, ocho de los cuales también lo fueron de participar en un plan común o de conspiración para cometer este crimen. El Tribunal de Núremberg determinó que los dirigentes de la Alemania nazi habían cometido actos de agresión o habían emprendido guerras de agresión contra 11 países europeos[24], dejando sin definir sendos conceptos.

Posteriormente, la Asamblea General de las Naciones Unidas (en adelante, AGNU) encomendó a la Comisión de Derecho Internacional (en lo sucesivo, CDI) la formulación abstracta de los Principios inducidos de la Sentencia del TMIN. En desarrollo de dicho mandato, la CDI estableció que la preparación, planificación e inicio de una guerra de agresión constituye un crimen de Derecho internacional (Principio IV) cuya punición no está supeditada a las disposiciones de Derecho interno (Principio II) y frente al cual no puede oponerse ningún tipo de inmunidad (Principio III)[25].

22 Estatuto del Tribunal Militar Internacional (Núremberg, 8 de agosto de 1945). https://tinyurl.com/estatutonuremberg

23 Tal y como se puede observar en la Sentencia del TMIN, de 1 de octubre de 1946 en los fundamentos de la absolución de los acusados Von Schirach y Schacht por el cargo de crímenes contra la paz. Así, el TMIN señaló en la citada sentencia que "se ha alegado que el Derecho Internacional se ocupa de los actos de los Estados soberanos y no prevé ningún castigo para los individuos; y además, que cuando el acto en cuestión es un acto de Estado, quienes lo realizan no son personalmente responsables, sino que están protegidos por la doctrina de la soberanía del Estado. En opinión del Tribunal, ambas proposiciones deben ser rechazadas. Hace tiempo que se ha reconocido que el Derecho Internacional impone deberes y responsabilidades tanto a los individuos como a los Estados". (Traducción propia). Torres Pérez, M.: *La responsabilidad internacional del individuo por la comisión de crímenes de lesa humanidad* (Tesis doctoral), Universidad de Valencia, 2006. Recuperado de http://hdl.handle.net/10550/61207, p. 232.

24 International Military Tribunal (Nuremberg) Judgement and Sentences. (1947). *American Journal of International Law, 41*, pp. 192-213.

25 Véase "Formulación de los principios de Núremberg", en: NU. Documento A/CN.4/76 (1950): *Informe de la Comisión de Derecho Internacional. Periodo comprendido entre el 5 de junio y el 29 de julio de 1950*. Asamblea

El 14 de diciembre de 1974, la AGNU adoptó por consenso la Resolución 3314 (XXIX) donde se definió en su artículo primero la agresión como "el uso de la fuerza armada por un Estado contra la soberanía, la integridad territorial o la independencia política de otro Estado, o en cualquier otra forma incompatible con la Carta de las Naciones Unidas, tal como se enuncia en la presente Definición"[26]. La definición se completó, a su vez, en su artículo tercero, con una lista no exhaustiva de actos de agresión[27].

Más tarde, en 1996 se aprobó el Proyecto de Código de Crímenes contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad por la CDI tras cuarenta y cinco años de propuestas y trabajos[28]. El Proyecto definitivo tomó como base la Resolución 3314 y definió el crimen de agresión como la intervención de un dirigente en la "planificación, preparación, desencadenamiento o libramiento de una guerra de agresión cometida por un Estado".

2. El desarrollo del concepto del crimen de agresión. De la Conferencia de Kampala a la actualidad.

El ECPI[29], en su redacción original, limitaba la competencia o jurisdicción de la CPI a "los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto", lo que comprendía, como hemos señalado, los crímenes de genocidio, de lesa humanidad, de guerra y el crimen de agresión. Sin embargo, no todos ellos se encontraban definidos en el momento de su entrada en vigor.

En el art. 5.2 del ECPI, ante la falta de consenso entre los Estados Parte para definir el crimen de agresión y disponer las condiciones para el ejercicio de la jurisdicción, se estableció que: "La Corte ejercerá competencia respecto del crimen de agresión una vez que se apruebe una disposición de conformidad con los arts. 121 y 123 en que se defina el crimen y se enuncien las condiciones en las cuales lo hará. Esa disposición será compatible con las disposiciones pertinentes de la Carta de las Naciones Unidas".

General, documentos oficiales: quinto periodo de sesiones. Suplemento nº 12 (A/1316), pp. 11-15 https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N50/389/30/pdf/N5038930.pdf?OpenElement

26 NU. Doc. A/RES/3314 (XXIX), (14 de diciembre de 1974): "Definición de la agresión", Art. 1 https://undocs.org/es/A/RES/3314(XXIX)

27 Bou Franch, V.: "Acción e inacción del Consejo de Seguridad en el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales", en AA.VV.: *El Derecho Internacional en tiempos de globalización. Libro homenaje a D. Carlos Febres Poveda. Vol. 2* (coord. por C. E. Febres Fajardo), Universidad de loa Andes, Mérida (Venezuela), 2006, p. 157.

28 Proyecto de Código de Crímenes contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad de 1996. Documento A/CN.4/SER.A/1996/Add.1 (Part. 2). *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional 1996*. Vol. II, 2ª parte, pp. 17-58 https://legal.un.org/ilc/publications/yearbooks/spanish/ilc_1996_v2_p2.pdf

29 Art. 5 del ECPI.

Así pues, se pospuso la competencia de la CPI hasta que los Estados Parte llegasen a un compromiso en cuanto al crimen de agresión, subrayando la necesidad de que la futura definición fuese compatible con la CNU. En aras a lograr lo establecido en este apartado segundo del artículo quinto, comenzaron las labores de definición mediante una Comisión Preparatoria y, en 2002, la Asamblea de Estados Parte de la CPI creó un Grupo Especial de Trabajo[30] para el Crimen de Agresión (en adelante, GETCA), el cual se reunió entre los años 2003 y 2009 hasta presentar una definición en febrero de 2009.

En la Primera Conferencia de Revisión del ECPI, el 11 de junio de 2010, en Kampala (Uganda), los Estados Parte, tras décadas de debates, lograron una definición del crimen de agresión que viene recogida en el art. 8 bis (1) de la Resolución RC/RES.6: "A los efectos del presente Estatuto, una persona comete un «crimen de agresión» cuando, estando en condiciones de controlar o dirigir efectivamente la acción política o militar de un Estado, dicha persona planifica, prepara, inicia o realiza un acto de agresión que por sus características, gravedad y escala constituya una violación manifiesta de la CNU"[31].

Las conductas individuales contempladas (planificación, preparación, iniciación o realización) son un claro legado de la definición del *crimen contra la paz* del Estatuto del TMIN. Por otro lado, esta definición amplía el alcance del crimen de agresión, incluyendo como hecho base no únicamente una guerra de agresión (como se proponía en el Proyecto de Código de Crímenes contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad), sino todo acto de agresión, entendido éste como "(…) el uso de la fuerza armada por un Estado contra la soberanía, la integridad territorial o la independencia política de otro Estado, o en cualquier otra forma incompatible con la CNU"[32].

Esta definición, sin perjuicio del consenso conseguido para su logro entre los Estados Parte, no está exenta de críticas, bien por el tiempo transcurrido hasta llegar a un acuerdo sobre la definición (que ha resultado ser prácticamente idéntica a la que ya contenía la Resolución 3314 (XXIX) de 1974), bien por los mecanismos establecidos para que la CPI ejerza efectivamente su competencia ante la realización de actos de agresión, a los que se hará referencia en los siguientes apartados.

30 Más conocida en su denominación inglesa, como "*Special Working Group on the Crime of Aggression*" *(*SWGCA*)*.

31 Resolución RC/RES. 6 (Kampala, 11 de junio de 2010): Crimen de agresión. https://crimeofaggression.info/documents/6/RC-Res6-SPA.pdf Esta resolución fue aprobada por consenso el 11 de junio de 2010, en la 13ª sesión plenaria de la Conferencia de revisión del ECPI en Kampala.

32 Apartado segundo del art. 8 bis ECPI. En el mismo apartado se establece un listado de actos de agresión en el que las acciones contempladas son idénticas a las caracterizadas en las letras (a)-(g) del art. 3 de la Resolución de la AGNU 3314 (XXIX) de 1974.

IV. ELEMENTOS ESENCIALES DEL CRIMEN DE AGRESIÓN

1. La naturaleza del crimen de agresión.

El crimen de agresión, al igual que el resto de los crímenes internacionales, posee una naturaleza dual. Ésta deriva de la existencia de una serie de conductas criminales individuales que vulneran la paz internacional (microcriminalidad), que se encuadran en un marco de violencia general y organizada (macrocriminalidad)[33].

La diferencia con los otros crímenes consagrados en el ECPI es que mientras que, por ejemplo, en los crímenes contra la humanidad el comportamiento particular forma parte de un ataque generalizado o sistemático contra la población civil, en el crimen de agresión es la conducta individual la que conlleva un escenario de violencia notorio.

El crimen internacional de agresión consagrado en Kampala es el exponente más claro del vínculo entre la macrocriminalidad y la conducta sancionada, pues esta última estriba en la planificación, preparación, iniciación o realización del acto de agresión, entendido éste como "el uso de la fuerza armada por un Estado contra la soberanía, la integridad territorial o la independencia política de otro Estado, o en cualquier otra forma incompatible con la CNU".

Así pues, ya aquí se vislumbra la diferencia entre un mero "acto de agresión" y la determinación del mismo como "crimen de agresión", lo cual requiere de unas condiciones ambientales y de una entidad superior, tal y como establece el art. 8 (*bis) in fine*, que habla de "un acto de agresión que por sus características, gravedad y escala constituya una violación manifiesta de la CNU".

El crimen de agresión como categoría jurídico-penal puede desdoblarse en tres elementos esenciales[34]: el elemento objetivo o *actus reus* (que consiste en la realización de un acto de agresión que cumpla los requisitos mencionados); el elemento subjetivo o intencional (la *mens rea)* consistente en la voluntad de cometer el acto (*animus agressionis*) y el conocimiento de las consecuencias del mismo; y la especialidad existente respecto a la autoría que se diferencia del resto de crímenes del ECPI en que se limita a las personas que ostentan una posición de control, es decir, se limita la responsabilidad a los dirigentes del Estado agresor.

33 Ambos, K.: *El crimen de agresión después de Kampala,* Dykinson, Madrid, 2011, p. 39.

34 Orozco Torres, L. E.: *El crimen de agresión en derecho internacional contemporáneo,* Tirant lo Blanch, Ciudad de México, 2019, p. 236.

2. El acto de agresión como fundamento del crimen de agresión.

Del tenor literal del art. 8 bis se extraen dos conceptos complementarios y necesarios a la hora de entender el crimen que aquí nos concierne. Así, es fundamental distinguir entre el acto de agresión y el crimen de agresión, de modo que todo acto de agresión no supone un crimen de agresión, pero todo crimen de agresión exige la existencia de un acto de agresión.

En el apartado 1 del art. 8 se exige que la comisión de un acto de agresión, para llevar aparejada la responsabilidad penal individual establecida en el ECPI, sea de tal magnitud que "constituya una violación manifiesta de la CNU". Por lo tanto, se añade un plus de gravedad a la conducta realizada, que será analizado en el siguiente apartado.

Uno de los debates que más polémica ha suscitado sobre el concepto de "acto de agresión" es si el listado contemplado en el segundo apartado del art. 8 es un *numerus clausus* o un *numerus apertus.* Algunos autores, como Kai Ambos, consideran que se trata de un listado exhaustivo, ya que no se introdujo una cláusula general de hechos similares, como sí se previó en el art. 7.1 (k) del ECPI para los crímenes de lesa humanidad y, por tanto, que fue la voluntad de los Estados Parte disponerlo como una lista limitada o restringida[35]. Igualmente, considera que estimarlo un listado enunciativo supondría un atentado al principio de legalidad[36], ya que posibilitaría la aplicación del tipo a actos no contemplados expresamente en esa disposición, creando así una gran inseguridad jurídica que iría contra un principio rector clave del Derecho penal, como es el principio *nullum crime, nulla poena sine praevia lege.*

Por otro lado, autores como Kress y Holtzendorff[37] entienden que se trata de un listado enunciativo o abierto, cuya finalidad es interpretar la definición consagrada en el primer apartado del artículo, de modo que la lista no es más que un conjunto de pautas y ejemplos aclarativos de un concepto general. Asimismo, como hemos expuesto, el listado es una reproducción exacta de la Resolución 3314 (XXIX), en la que en el art. 4 del Anexo se establece expresamente que "la enumeración de los actos mencionados anteriormente no es exhaustiva". Por lo que cabe considerar que dicho carácter enunciativo es predicable igualmente del tipo consagrado en la Conferencia de Kampala.

35 Ambos, K.: *El crimen de agresión,* cit., p. 44.

36 En este sentido, se han manifestado también los autores Corredor Carvajal, I. F.: *El crimen de agresión en Derecho Penal Internacional: Responsabilidad del individuo por actos de Estado,* Universidad del Rosario, Bogotá, 2012; Sánchez Sánchez, R. E.: "La definición del crimen de agresión", *Derecho Penal Contemporáneo,* núm. 39, 2012, pp. 149-162.

37 Kress, C., Holtzendorff, L. V.: "The Kampala Compromise on the Crime of Aggression", *Journal of International Criminal Justice,* núm. 8 (5), 2010, p. 1191.

Además, todos los elementos necesarios para ser responsable por la comisión del crimen se encuentran en el párrafo primero, donde deliberadamente se establece que "una persona comete un crimen de agresión cuando […] dicha persona planifica, prepara, inicia o realiza *un* acto de agresión". De este modo consideran que el crimen supone la realización de un acto (en términos generales) y no uno de los actos especificados en el segundo apartado, siendo los mismos una mera enumeración ejemplificativa de lo que se considera un acto de agresión. No obstante, y dado el silencio hasta ahora de la CPI en esta materia, la controversia existente con este crimen en general y, sobre todo, la seguridad jurídica que es base para cualquier proceso penal, lo más prudente es entender el listado como un *numerus clausus*.

Más allá de la disyuntiva en cuanto al alcance limitado o no del segundo apartado, el factor común entre todos los actos que se recogen es que la realización de cualesquiera de los hechos contemplados conlleva una alta probabilidad de poder provocar una respuesta armada por parte del Estado agredido, la cual, potencialmente, puede entrañar un conflicto bélico, atacando así la paz y la armonía internacional[38]. Es necesario, sin embargo, entender este listado desde una perspectiva actual y conforme a la tecnología disponible de modo que se incluyan dentro de los tipos dispuestos los ataques informáticos (asimilándolos a un ataque militar), ya que estos ataques suponen una ofensa a la infraestructura y/o soberanía del Estado agredido y se trata de una infracción manifiesta de la CNU de entidad suficiente. Esta inclusión es especialmente operante cuando el Estado agredido es un país desarrollado cuya infraestructura y sistemas de seguridad están operados por redes de gestión y control de suministros (como, por ejemplo, en sistemas de defensa aéreos, suministro de electricidad, control de tráfico, etc.)[39].

3. El umbral de gravedad como fundamento de la responsabilidad penal individual.

Hemos señalado que no todo acto de agresión deriva en la responsabilidad penal internacional de un individuo por la comisión de un crimen de agresión, sino

38 Díaz Soto, J. M.: "Una aproximación", cit., p. 30.

39 La destrucción o interrupción de esta infraestructura crítica conlleva un impacto devastador en la salud, la seguridad y el bienestar económico de los ciudadanos, así como en el funcionamiento correcto del Gobierno. Ejemplos de la confusión, así como del caos resultante de cortes masivos de electricidad, son lo ocurrido en Estados Unidos tras los huracanes Sandy (2012) y Katrina (2005). Onyeji, I.; Bazilian, M. y Bronk, C.: "Cyber security and critical energy infrastructure", *Electrical Journal*, núm. 27 (2), 2014, pp. 54-55.
En este sentido, Ambos considera que sí puede ser equiparado un ataque de este calibre a un acto de agresión, incluso con su concepción de que el listado de actos previstos es exhaustivo, ya que incluye este tipo de hechos en el apartado (b) del art. 8 *(bis)* cuando hace referencia al "empleo de cualesquiera armas por un Estado contra el territorio de otro Estado" o en el apartado (d) si consisten en una ofensiva contra las fuerzas armadas del otro Estado. Por otro lado, autores como Corredor consideran que el crimen de agresión no engloba el caso planteado, ya que éste escapa a su ámbito de punibilidad. Véanse: Ambos, K.: *Responsabilidad penal internacional en el ciberespacio*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2014; así como Corredor Carvajal, I. F.: *El crimen de agresión,* cit., p. 119.

que es necesaria la concurrencia de un elemento adicional consistente en que el mismo supere el umbral de gravedad establecido por el ECPI.

El tipo penal exige "que por sus características, gravedad y escala [el acto] constituya una violación manifiesta de la CNU", de modo que sin estos elementos no nos encontraremos ante la existencia de un crimen de agresión aun habiendo un acto de agresión. El objetivo de estos tres factores es comprobar que efectivamente hay una "violación manifiesta"[40] de la CNU y, por tanto, se cumple el extra de gravedad que permite la persecución del crimen por la CPI.

En el Anexo III[41] de la Resolución RC/RES. 6 por la que se enmienda el ECPI, en su entendimiento séptimo se señala que: "Se entiende que al determinar si un acto de agresión constituye o no una violación manifiesta de la CNU, los tres elementos de características, gravedad y escala deben tener la importancia suficiente para justificar una determinación de violación «manifiesta». Ninguno de los elementos puede bastar por sí solo para satisfacer el criterio de violación manifiesta".

Así pues, la exigencia de la concurrencia de los tres elementos excluye los posibles usos de fuerza que no reúnan la "suficiente seriedad"[42], entendiendo por esto aquellos usos de la fuerza de menor entidad o en los que cupiese incertidumbre respecto a la legalidad de los actos (por ejemplo, en los casos de legítima defensa o de dudosa calificación). De este modo, un umbral de gravedad alto se presenta como una pieza clave para huir de la trivialización del crimen de agresión[43].

Por otro lado, cabe plantearse si el umbral de gravedad establecido es un elemento inherente a la noción del crimen de agresión (y, por lo tanto, un factor que debería valorarse en otras instancias judiciales en el ejercicio de principio de jurisdicción universal), un simple condicionamiento a la competencia de la CPI o ambos supuestos. Dada la formulación del umbral de gravedad en el tipo criminal, concluimos que son ambos elementos. De modo que, además de ser un requisito fundamental para que la CPI pueda ejercer su jurisdicción, el acto debe ser de una

40 La referencia a una "violación manifiesta" no carece de críticos, pues obviamente es un concepto jurídico indeterminado de compleja definición. Respecto al uso de este calificativo, varias delegaciones estatales en la Conferencia de Kampala señalaron que el mismo era redundante, puesto que la CPI sólo se ocupa de los crímenes internacionales más graves y, como hemos señalado anteriormente, la Resolución 3314 consagró el crimen de agresión como "la forma más grave y peligrosa del uso ilegítimo de la fuerza". Murphy, S.D.: "Aggression, Legitimacy and the International Criminal Court", *The European Journal of International Law,* núm. 20 (4), 2009, pp. 1147 - 1151.

41 Contiene los "Entendimientos sobre las Enmiendas al Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional relativas al crimen de agresión". Véase el Anexo III de la Resolución RC/RES. 6 (Kampala, 11 de junio de 2010): Crimen de agresión. https://crimeofaggression.info/documents/6/RC-Res6-SPA.pdf.

42 Kress, C., Holtzendorff, L. V.: "The Kampala Compromise", cit., p. 1193.

43 Ambos, K.: *El crimen de agresión,* cit., p. 40.

entidad tal que merezca ser repudiado y castigado por parte de la comunidad internacional.

Volviendo a los tres elementos planteados, analizándolos separadamente y en consonancia con la concepción de los elementos como aspectos objetivos, cuando el ECPI hace referencia a las "características" apunta a la utilización de medios concretos en la realización del acto de agresión. De este modo, el empleo de medios proscritos por el Derecho internacional (por ejemplo, el uso de gases asfixiantes) es una "característica" que conduce a la determinación de la existencia de este crimen internacional[44].

Dejando a un lado los medios, la "gravedad" exigida alude a los eventuales resultados, que han de ser considerados transcendentales y han de ir inequívocamente en contra de lo establecido en la CNU. En este sentido, Matthew Gillet señala que: "Este factor se refiere a la gravedad del impacto del acto agresivo. Es una evaluación mixta cuantitativa y cualitativa. Las Enmiendas al crimen de agresión no proporcionan ninguna otra indicación de la gravedad requerida. La destrucción causada por un ataque nuclear sería suficientemente grave, mientras que una incursión transfronteriza de un pequeño número de tropas para capturar a un sospechoso criminal que huye sin causar más daños al Estado transfronterizo no se consideraría de suficiente gravedad" [45].

Finalmente, en cuanto a la "escala", cabe señalar que se exige que el acto de agresión se formalice con una calificación cuantitativa, es decir, requiere de una cierta magnitud. Dicha evaluación cuantitativa haría acopio de los recursos militares (número y tipos de tropas, municiones, etc.), así como de la duración del acto y su ámbito geográfico[46].

No obstante, en las Enmiendas de Kampala no hay indicación alguna de cuáles son los mínimos exigidos para entender que el acto en cuestión cumpla con esa escala mínima, y lo mismo sucede con el resto de elementos del crimen de agresión. La doctrina critica el empleo de estos términos indeterminados, que "dejan casi total discreción a la Corte para decidir si las características ameritan persecución bajo el artículo 8 bis"[47]. Así pues, queda en mano de los jueces de la CPI determinar no sólo la escala, sino también la existencia de los tres elementos desarrollados en conjunción con el fin de establecer si el acto de agresión supera el umbral de gravedad propuesto, si supone una violación manifiesta de la CNU y si es, por tanto, exigible la responsabilidad penal individual en la CPI.

44 Orozco Torres, L. E.: *El crimen de agresión,* cit., p. 329.

45 Gillett, M.: "The Anatomy of an International Crime: Aggression at the International Criminal Court", *International Criminal Law Review,* núm. 13, 2013, p. 859. Traducción propia.

46 Orozco Torres, L. E.: *El crimen de agresión,* cit., p. 331.

47 Citado por O'Connell, M. E.; Niyazmatov, M.: "What is Aggression?", cit., p. 204.

4. El elemento subjetivo: la *mens rea.*

La definición del crimen comprende fundamentalmente dos aspectos. Por un lado, el *actus reus,* elemento de carácter objetivo, que reúne los requisitos que se han ido explicando en los apartados anteriores y que, considerados conjuntamente, constituye la conducta prohibida; y, por otro, el elemento subjetivo o componente volitivo del crimen (la *mens rea)*, es decir, el elemento mental que debe acompañar a la conducta prohibida.

Este elemento subjetivo ha de entenderse en relación con los elementos materiales o requisitos objetivos, que en el crimen internacional que aquí nos concierne comprende las conductas constitutivas de actos de agresión de entidad suficiente para ser considerados crímenes de agresión[48].

El ECPI, en su art. 30, recoge este elemento de intencionalidad como un mínimo sin el cual no será exigible la responsabilidad por la CPI, salvo que se disponga una intencionalidad particular para el crimen, en cuyo caso este artículo es subsidiario. De ese modo, señala que la estructura de los crímenes internacionales se compone por la "conducta", la "consecuencia" y las "circunstancias". Brevemente señalado, la *conducta* se entiende como la acción individual que realiza la persona y se demanda su intención de incurrir en la misma (es decir, conocimiento y voluntad). En cuanto a la *consecuencia*, el ECPI prevé bien que el individuo se proponga causarla, bien que sea consciente de su resultado dado un curso normal de los acontecimientos (o lo que es lo mismo, dolo directo o indirecto, pero no eventual).

Por último, y en cuanto a las *circunstancias*, se exige al dirigente político o militar la consciencia *(awareness)* de la ilicitud de la acción armada efectuada por parte del Estado que está bajo su mando. Pero esta consciencia exigida no es completa sino que, de hecho, en los "Elementos de los crímenes"[49] se dispone, por un lado, que no es necesario que "el autor haya llevado a cabo una evaluación en derecho de la incompatibilidad del uso de la fuerza armada con la CNU" y, por otro lado, que no existe "la obligación de demostrar que el autor haya llevado a cabo una evaluación en derecho de la naturaleza «manifiesta» de la violación de la CNU".

Cabe plantearse si a la hora de exigir responsabilidad a los dirigentes de los Estados que cometan actos de agresión es esencial considerar la intención de los mismos. En este sentido, la intencionalidad es un requisito esencial, no entendiendo la misma como la exigencia de que se cometa la acción con un objetivo concreto[50]

48 Ambos, K.: *La Parte General del Derecho Penal Internacional. Bases para una elaboración dogmática.* E. Malarino (trad.), Konrad-Adenauer-Stiftungl, Uruguay, 2005.

49 Apartados 2 y 4 del Anexo II de la Resolución RC/Res 6 de 11 de junio de 2010. *Elementos de los Crímenes*. https://asp.icc-cpi.int/iccdocs/asp_docs/Publications/Compendium/ElementsOfCrime-SPA.pdf

50 En este sentido, véase: Cassese, A.: *International Criminal Law*, Oxford University Press, Oxford, 2003, p. 115.

(por ejemplo, anexionar un territorio o parte del mismo), sino requiriendo que el responsable haya sido consciente del acto. Así pues, entendemos que, mientras que efectivamente no cabe exigir un elemento de intencionalidad de difícil prueba y que restrinja aún más la posible persecución de este crimen en el contexto internacional, sí que es requisito *sine qua non* la existencia de consciencia, voluntad y conocimiento de cometer el ilícito cuyas consecuencias son previsibles, contrarias a la CNU y vienen tipificadas en el ECPI.

V. EL CRIMEN DE DIRIGENTES: RESPONSABILIDAD LIMITADA.

El art. 8 bis (1) del ECPI limita la responsabilidad por los crímenes de agresión a las personas que realicen actos de agresión "estando en condiciones de controlar o dirigir efectivamente la acción política o militar de un Estado". Con la adopción de la definición del crimen de agresión, en la Conferencia de Kampala se enmendó también en el ECPI el art. 25.3 bis para que expresamente limitase la responsabilidad penal individual para este crimen internacional en particular: "Por lo que respecta al crimen de agresión, las disposiciones del presente artículo sólo se aplicarán a las personas en condiciones de controlar o dirigir efectivamente la acción política o militar de un Estado".

Por lo tanto, vemos cómo el ECPI restringe la responsabilidad penal individual por la comisión de crímenes de agresión a los dirigentes o líderes de los Estados. Surge entonces la duda de qué es el control efectivo y la problemática del binomio autoría-participación.

En primer lugar, los responsables a título individual han de tener el "control o dirección efectiva" bien sobre el Gobierno, bien sobre las fuerzas armadas del Estado, mas no se incluyen aquellas personas titulares de cargos honoríficos o sin posibilidad real de toma de decisiones dentro de la estructura gubernativa del Estado[51]. Se exige pues un control *de facto*, no siendo suficiente la mera influencia política (tal y como se permitía en el Estatuto del TMIN)[52]. El control efectivo no ha sido exigido siempre para requerir la responsabilidad penal internacional. De hecho, en el Tribunal Penal Militar Internacional para el Lejano Oriente (conocido como "Tribunal de Tokio") se consideró que el mero hecho de ostentar una posición de dirección del Estado automáticamente comprometía al sujeto[53].

51 A diferencia de lo que ocurre con los crímenes de guerra, genocidio y lesa humanidad, que pueden ser perpetrados por funcionarios u oficiales de rango inferior, así como por miembros de organizaciones no estatales, el crimen de agresión se limita a los oficiales de alto rango. Ruys, T.: "Justiciability, Complementarity and Immunity: Reflections on the crime of aggression", *Utrecht Law Review,* núm. 13 (1), 2017, p. 19.

52 Ambos, K.: *El crimen de agresión,* cit., p. 45.

53 Esta tesis está basada en el concepto de Derecho anglosajón de la "*conspiracy*", que fue el primer antecedente de la doctrina de la "*joint criminal entreprise*". Véase Boister, N.: "The Application of Collective and Comprehensive Criminal Responsibility for Aggression at the Tokyo International Military Tribunal", *Journal of International Criminal Justice,* núm. 8 (2), 2010, pp. 425-447.

Asimismo, este control no ha de ser necesariamente completo (entendido éste como el ejercido bajo un solo mando)[54], ya que dicha noción limitaría el crimen a dictadores absolutistas y, por tanto, limitaría (aún más) la posible aplicación del crimen en la actualidad.

Por otro lado, el establecimiento de un umbral elevado de responsabilidad no implica que se limite la misma a una única persona, puesto que varias personas pueden ser todas ellas responsables por hallarse en una situación en la que cumplan los requisitos exigidos por el tipo penal[55], de modo que se pueda perseguir por un mismo crimen de agresión a varios autores simultáneamente.

En segundo lugar, como hemos señalado, el tipo comprende la "planificación, preparación, inicio o realización de actos de agresión", lo que invita a plantearse la responsabilidad de los "*extraneus*" (es decir, la responsabilidad penal de las personas que participan en la planificación y preparación del crimen de agresión, sin ostentar posiciones de mando). De la lectura del art. 25 ECPI, parece que su responsabilidad sería nula. Esta conclusión es sensata con el objetivo del tipo, puesto que, consagrarlo como un crimen de dirigentes para luego extender la responsabilidad mediante el instituto de la complicidad sería, cuanto menos, incoherente con la finalidad pactada por los Estados Parte[56].

En cuanto a los grados de responsabilidad, los considerados autores principales son aquéllos que tienen control sobre el crimen (es decir, poseen la capacidad de poder frustrar su comisión), mientras que el resto de los modos de participación son aquéllos que incluyen todas las formas menores de control del crimen.

Dada la redacción del apartado tercero del art. 25, algunos autores[57] señalan que los tipos de responsabilidad contemplados (a saber: a. autoría inmediata o mediata; b. inductor; c. cómplice; d. contribuidor)[58], y lo dispuesto en el apartado 3bis resultan en que la posibilidad de aproximar la responsabilidad por este crimen desde cualquier otra capacidad que no sea de autores principales sea prácticamente nula.

No obstante, y como consecuencia de la complementariedad de los apartados 3 y 3bis, se puede dilucidar que el crimen de agresión es perseguible en todas sus formas de participación, siempre y cuando el sujeto en cuestión esté en control, no ya de la agresión, sino de la "acción política o militar" del Estado

54 Nerlich, V.: "The Crime of Aggression and Modes of Liability-Is There Room Only for Principals?", *Harvard International Law Journal,* núm. 58, 2017, p. 47.

55 Así se afirma expresamente en la nota a pie de página del Anexo II de la Resolución RC/Res 6 de 11 de junio de 2010: *Elementos de los crímenes*, cit., p. 287.

56 Díaz Soto, J. M.: "Una aproximación", cit., p. 38.

57 En este sentido, se cita a Kai Ambos en: Nerlich, V.: "The Crime of Aggression", cit., p. 46.

58 Sobre el art. 25 del ECPI, véase: Torres Pérez, M.: *La responsabilidad,* cit., pp. 236- 272.

agresor. De este modo si, por ejemplo, un ministro tiene control sobre la acción política del Estado y se involucra indirectamente en la organización o ejecución del acto de agresión, se le exigiría responsabilidad en calidad de cómplice más que como autor principal del crimen (y de la misma forma ocurriría con los oficiales militares de alto rango)[59]. Bajo esta concepción, que aquí seguimos, el abanico de posibilidades de responsabilidad penal individual del art. 25(3) sería aplicable a todos los perpetradores, puesto que "aunque el crimen de agresión sea un crimen de líderes, no es necesariamente un crimen sólo de autores"[60].

Otra cuestión que surge es si se han de vincular los actos de agresión a acciones estatales, excluyendo por tanto la responsabilidad de los líderes de organizaciones no estatales. Un sector mayoritario de la doctrina entiende que esa restricción sería contraria al actual enfoque del Derecho Internacional Penal, en el que prevalece la lesividad del acto sobre las características del autor[61]. Dado que varias acciones de organizaciones transnacionales han sido catalogadas por el Consejo de Seguridad de la Organización de las Naciones Unidas (en adelante, ONU) como atentados contra la paz internacional, Claus Kreß y Leonie von Holtzendorff entienden que no hay razón alguna para no extender del mismo modo la responsabilidad penal ante la comisión de un crimen de agresión por parte de los dirigentes de dichas organizaciones[62].

Otra parte de la doctrina considera que el uso de la fuerza armada por dichos sujetos ya está tipificado en otros crímenes internacionales, puesto que en su mayoría se valen de acciones terroristas que, junto a los requisitos que el ECPI exige, pueden perseguirse como crímenes de guerra o contra la humanidad y es, por lo tanto, redundante su inclusión en el crimen de agresión.

Del mismo modo, también se planteó sin éxito la apertura del concepto de dirigentes mediante la inclusión de financieros y empresarios o líderes industriales[63].

59 Cabe recordar que el ECPI se aplica a todos los individuos por igual, sin distinción basada en su cargo oficial, de modo que las inmunidades que pueda conllevar la posición de una persona no obstan para que la CPI ejerza su competencia sobre ella (art. 27 ECPI). Máxime cuando por el crimen que aquí nos concierne únicamente puede exigirse responsabilidad a dirigentes políticos y militares, muchos de los cuales cuentan con amplias inmunidades y que, si se mantuviesen intactas en este plano, dejarían vacía de contenido la configuración de este crimen internacional. Ruys, T.: "Justiciability, Complementarity and Immunity", cit., p. 30.

60 Traducción propia de "*Thus, while the crime of aggression is a leadership crime, it is not necessarily a crime only of principals*", en: Nerlich, V.: "The Crime of Aggression", cit., p. 47.

61 Ambos, K.: *El crimen de agresión,* cit., p. 45.

62 Kress, C., Holtzendorff, L. V.: "The Kampala Compromise", cit., p. 1190.

63 Esta posición aperturista fue propuesta y defendida por Samoa en el décimo período de sesiones de la Comisión Preparatoria (1 al 12 de julio de 2002), al afirmar que: "Las palabras «no tiene por qué ser oficialmente [un miembro del gobierno o del ejército]» tienen por objeto captar la esencia de los fallos de Nuremberg en las causas I. G. Farben y Krupp. Los tribunales sostuvieron que tal vez fuera posible condenar a agentes no gubernamentales por la comisión de un crimen contra la paz (aunque se dictaron absoluciones teniendo en cuenta los hechos planteados en esas causas)". Véase el documento: PCNICC/2002/WGCA/DP.2: *Elementos del crimen de agresión. Propuesta presentada por Samoa*, p. 6. https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N02/438/55/PDF/N0243855.pdf?OpenElement

La argumentación que subyace detrás de esta extensión del tipo se basa en que el ECPI considera penalmente responsable a cualquier persona que posea influencia o control *de facto* sobre las acciones militares o políticas del Estado agresor y, en la actualidad, no se puede negar que un dirigente empresarial puede gozar en muchos Estados de la influencia suficiente para ejercer dicho control, aunque sea de manera indirecta[64].

Así pues, únicamente serán perseguibles por crímenes de agresión las personas que ostenten un cargo político o militar del Estado agresor con control *de facto* sobre las acciones del mismo. En cuanto a las formas de participación, en principio el crimen de agresión sería perseguible mediante todas las modalidades, pero el tenor literal del ECPI no hace por aclarar una situación controvertida, así como tampoco se ha pronunciado sobre la posible extensión a cargos de mando de organizaciones no estatales, tal y como reclama la doctrina, en consonancia con la prevalencia actual de la ofensividad del acto sobre las singularidades del causante.

VI. LA TENTATIVA.

La tentativa es una institución cuyo papel ha sido escaso en el Derecho Internacional Penal[65]. Fue codificada por primera vez en el art. III (d) de la Convención contra el genocidio, y en el ECPI viene consagrada en el art. 25.3 (f), el cual establece que será responsable individualmente, a los efectos de la competencia o jurisdicción de la CPI, aquel que "intente cometer ese crimen mediante actos que supongan un paso importante para su ejecución, aunque el crimen no se consume debido a circunstancias ajenas a su voluntad (…)".

La configuración de este apartado en el ECPI es una mezcla entre la noción francesa de tentativa (que requiere que la ejecución de la conducta típica sea iniciada) y el "*substantial step*" norteamericano[66] (el cual no exige que la acción en cuestión se desarrolle en la fase ejecutiva del *iter criminis*, sino que comprende también dentro del concepto, por lo tanto, aquellas acciones que se efectúan previamente a la realización del tipo). No obstante, para el ECPI, que el autor se sienta fortalecido con el "paso" no es suficiente, sino que el mismo ha de suponer una aproximación efectiva al objetivo perseguido. Es decir, hay tentativa cuando se muestra claramente la voluntad del autor de realizar el acto ilícito y se comienza a realizarlo.

64 Griffiths, R. L.: "International Law, the Crime of Aggression and the ius ad bellum", *International Criminal Law Review,* núm. 2 (4), 2002, p. 369.

65 Kai Ambos sostiene que "la tentativa, como forma autónoma de responsabilidad, nunca ha desempeñado ningún rol en los procedimientos penales internacionales". Cita extraída de: Durango Álvarez, G.: "Análisis sobre el crimen de agresión en la Corte Penal Internacional a partir de la Conferencia de Revisión (Kampala). Retos y perspectivas", *International Law Revista Colombiana de Derecho Internacional,* núm. 24, 2014, p. 200.

66 Ambos, K.: *La Parte General,* cit., pp. 348-349.

Además de lo expuesto, y en cuanto al desistimiento, el ECPI en el mismo apartado 3 (f) recoge lo siguiente: "Sin embargo, quien desista de la comisión del crimen o impida de otra forma que se consume no podrá ser penado de conformidad con el presente Estatuto por la tentativa si renunciare íntegra y voluntariamente al propósito delictivo". Así pues, vemos cómo el ECPI, por un lado, erige expresamente la institución del desistimiento no como una mera atenuación de la responsabilidad, sino como una plena *defence* y, por otro lado, para poder reclamar responsabilidad penal establece como esencial esa voluntad en el actor, de modo que si esa intención existe no se hallará en una situación de desistimiento.

En el crimen de agresión es particularmente interesante lo establecido en los "Elementos de los crímenes", modificados tras las Conferencia de Revisión, ya que limitan la tentativa, podría argumentarse, excesivamente. En el "Elemento tercero" del crimen de agresión se requiere "que el acto de agresión –el uso de la fuerza armada por un Estado contra la soberanía, la integridad territorial o la independencia política de otro Estado, o en cualquier otra forma incompatible con la CNU– se haya cometido"[67]. Es justamente este elemento *in fine* lo que impide o excluye la posibilidad de exigir responsabilidad penal por un crimen de agresión por su mera preparación. Por consiguiente, el único supuesto que cabría contemplar bajo la noción de tentativa sería, para este crimen, el de aquellos casos en los que efectivamente se cometa un acto de agresión (de entidad suficiente y que cumpla los requisitos del art. 8 *bis*) del ECPI, pero que no alcance su total potencial por razones ajenas a la voluntad del dirigente del Estado agresor.

La inclusión del apartado 3 (bis) que ya hemos comentado en el art. 25 tras la Conferencia de Kampala no hace referencia alguna al apartado (f) que conoce de la tentativa, por lo que en principio serían perseguibles las acciones (que constituyan un acto de agresión) no ejecutadas completamente, siempre y cuando las efectúen dirigentes. En consecuencia, entendemos que los Estados Parte no quisieron limitar o eliminar la figura de la tentativa en este crimen de forma expresa, pero lo cierto es que, dada la formulación del tipo en el ECPI, así como el desarrollo interpretativo del mismo en los "Elementos de los crímenes", la persecución de actos de agresión comenzados, pero no acabados tiene escasas expectativas de éxito en la realidad.

VII. LOS MECANISMOS DE ACTIVACIÓN DE LA JURISDICCIÓN DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL.

La competencia o jurisdicción de la CPI para conocer de los crímenes internacionales viene regulada en el art. 12 del ECPI donde se otorga la misma para

67 Anexo II de la Resolución RC/Res 6 de 11 de junio de 2010: *Elementos de los crímenes*, cit., p. 287.

conocer tanto de los crímenes cometidos por los nacionales de un Estado Parte, como de los cometidos en el territorio de un Estado Parte, con independencia de la nacionalidad del autor (permitiendo así enjuiciar a nacionales de Estados no miembros).

No obstante, con las Enmiendas de Kampala se introdujo también en el ECPI el art. 15 bis, sobre el "ejercicio de la competencia [de la CPI] respecto del crimen de agresión (remisión por un Estado, *proprio motu*)". Este artículo restringe las posibilidades de la CPI de ejercer su jurisdicción o competencia respecto del crimen de agresión según el origen de la investigación estableciendo dos vías o mecanismos de activación[68]. De este modo, en un primer supuesto consistente en los casos remitidos por un Estado Parte o investigados *motu proprio* por la Oficina del Fiscal[69], la CPI tendrá competencia para procesar por el crimen de agresión cuando éste sea cometido en el territorio de un Estado Parte o por los nacionales de un Estado Parte, siempre que en ambos casos ese Estado Parte no se haya opuesto expresamente y por escrito a la aceptación de las Enmiendas de Kampala[70]. Por el contrario, en un segundo supuesto que se produce cuando la situación sea remitida a la CPI por el Consejo de Seguridad de la ONU, actuando en el ámbito del Capítulo VII de la CNU, la CPI mantendrá completa su jurisdicción prevista en el art. 12, según especifica el art. 15 ter ECPI, que se titula "Ejercicio de la competencia [de la CPI] respecto del crimen de agresión (remisión por el Consejo de Seguridad)". En este caso, la CPI puede incluso llegar a resolver sobre eventuales crímenes de agresión cometidos por nacionales de terceros Estados en el territorio de cualquier Estado, sea éste Parte o no en el ECPI[71].

Mediante la primera de las vías, el Fiscal ha de verificar previamente si el Consejo de Seguridad ha determinado o no la existencia de un acto de agresión y, en caso contrario, debe notificar al Secretario General de la ONU para que se lo comunique. Entonces el Consejo de Seguridad dispone de seis meses como

68 Los particulares no tienen legitimación para abrir un proceso, pero pueden presentar comunicaciones a la Oficina del Fiscal sobre presuntos o potenciales crímenes, de modo que si la información proporciona una base razonable para proceder, el Fiscal podrá abrir una investigación o, en el caso contrario, terminar el análisis preliminar informando al particular de la decisión, sin perjuicio de que se abra posteriormente el caso ante la aparición de nueva información adicional.

69 La inclusión de la iniciativa de oficio de la Fiscalía fue considerada uno de los mayores logros de las negociaciones del ECPI por dos motivos principales: por un lado, libera a la CPI de la hegemonía del Consejo de Seguridad y, por otro, dado que los factores políticos no están del todo ausentes en la selección de las situaciones (*situations*) a investigar, esta configuración ayuda a crear una institución en la que las decisiones sobre los objetivos del enjuiciamiento se basan en criterios judiciales más que políticos, en contraposición a los intereses que puedan hallarse ante situaciones remitidas tanto por el Consejo de Seguridad, como por los Estados Parte. Schabas, W. A.: "The International Criminal Court at Ten", *Criminal Law Forum,* núm. 22, 2011, p. 503.

70 Akande, D.: "Prosecuting Aggression: The Consent Problem and the Role of the Security Council", *Oxford Legal Studies Research Paper*, núm. 10, 2011, pp. 14-18.

71 Souza Dias, T.: "The Activation of the Crime of Aggression before the International Criminal Court: Some Overlooked Implications Arising for States Parties and Non-States Parties to the Rome Statute", *Journal of Conflict and Security Law,* núm. 24 (3), 2019, p. 569.

máximo para determinar si concurre esta violación del ECPI. Pasado el plazo, si el Consejo de Seguridad de la ONU no se ha pronunciado (silencio negativo), el ECPI prevé la posibilidad de que el Fiscal pueda iniciar la investigación previa autorización de la Sección de Cuestiones Preliminares[72]. Esta posibilidad es una clara reivindicación de la independencia de la CPI frente al Consejo de Seguridad de la ONU.

Además, resulta interesante que se haya de acudir a la Sección de Cuestiones Preliminares (en pleno) y no a la Sala de Cuestiones Preliminares, como ocurre con el resto de los crímenes internacionales previstos en el ECPI. Esta condición consideramos que es otro ejemplo manifiesto de restricción y limitación de actuación impuesto a la CPI respecto al ejercicio de su jurisdicción o competencia sobre el crimen de agresión, y que viene motivado por las consecuencias más severas que lleva aparejada la condena por la comisión de un acto de agresión. No obstante, si bien es cierto que la existencia de la Sección de Cuestiones Preliminares estaba contemplada en el ECPI, antes de la Conferencia de Revisión esta Sección no tenía atribuidas facultades jurisdiccionales, por lo que resulta imperioso adoptar un reglamento que precisara las vicisitudes inherentes al proceso de otorgamiento de la autorización (por ejemplo, mayorías necesarias, resoluciones ante paridades en las votaciones, etc.)[73].

Por otro lado, plantea incertidumbre el silencio del ECPI respecto al alcance de las consecuencias de la no determinación por parte del Consejo de Seguridad de la ONU de la presencia de un crimen de agresión. Parte de la doctrina, con la que coincidimos, entiende que, realizando una interpretación extensiva de los arts. 15 bis (9) y 15 ter (4), del mismo modo que la omisión supone una autorización tácita para que el Fiscal acuda a la Sección de Cuestiones Preliminares, y dado que la resolución positiva del Consejo de Seguridad no condiciona las conclusiones de la CPI, tampoco debería condicionar una determinación negativa[74].

Respecto a la investigación, otra cuestión que se deriva de la redacción de las Enmiendas de Kampala es determinar cuál es el estándar probatorio necesario para autorizar su inicio, especialmente cuando el Consejo de Seguridad de la ONU no se haya pronunciado. El ECPI considera que, por un lado, para decidir la apertura de una investigación, el Fiscal ha de tener en cuenta si la información disponible es fundamento razonable de la eventual comisión de un crimen internacional del que la CPI tenga jurisdicción o competencia[75] y si su persecución redundaría en

72 Apartados 6 al 8 del art. 15 bis del ECPI.

73 Politi, M.: "The ICC and the Crime of Aggression. A dream that came though and the reality ahead", *Journal of International Law,* núm. 10, 2012, p. 275.

74 Corredor Carvajal, I. F.: *El crimen de agresión,* cit., p. 192.

75 En los casos iniciados de oficio, el Fiscal ha de presentar un acto de agresión suficientemente grave y razonablemente determinado que implique a un dirigente político o militar (art. 13 (c) ECPI), debiendo

interés de la justicia[76]; y, por otro lado, respecto a la petición de autorización, el art. 49 del Reglamento de la CPI[77] contempla los requisitos necesarios para solicitar la misma a una Sala de Cuestiones Preliminares, pero no queda delimitado cuáles serían los criterios de la Sección de Cuestiones Preliminares para autorizar o no la investigación.

En segundo lugar, la competencia de la CPI se puede activar por la remisión de un asunto por el Consejo de Seguridad de la ONU. En este supuesto, la CPI ejerce su competencia conforme al art. 13 (b), es decir, su actuación no queda supeditada a la nacionalidad de sus autores o su vinculación territorial con los hechos, sino que se habilita a la CPI para "investigar, enjuiciar y sancionar a los responsables del crimen de agresión independientemente de que el Estado agresor haga Parte del Estatuto o haya ratificado la Enmienda"[78]. Esto es especialmente importante ya que una gran parte de los Estados Parte en el ECPI aún no han ratificado la Enmienda a pesar de su entrada en vigor.

En este caso, la Enmienda no señala si es necesario por parte del Fiscal solicitar autorización a la Sección de Cuestiones Preliminares (como se requería mediante el otro mecanismo). Así, Politi entiende que sería prescindible para comenzar una investigación por crimen de agresión por razones de economía procesal[79].

En cualquier caso, ya sea activada la jurisdicción por un mecanismo u otro, el ECPI deja claro que las determinaciones sobre la existencia o no de un crimen de agresión realizadas por un órgano ajeno a la CPI no son vinculantes[80], ya que las conclusiones de la CPI deben ser independientes e imparciales, fruto de la autonomía del organismo. Pero es también innegable el poder del que goza el Consejo de Seguridad respecto del proceso, ya que ostenta, además de las funciones explicadas, la facultad de suspender la investigación o el enjuiciamiento si así lo considera conveniente[81].

---

esgrimir, pues, un estándar más alto de conocimiento respecto de la conducta supuestamente criminal que si la remisión fuese hecha por un Estado Parte o por el Consejo de Seguridad. Scheffer, D.: "El significado y la activación del crimen de agresión bajo el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional", *Política Criminal,* núm.7 (13), 2012, p. 214.

76 Art. 53 del ECPI.

77 Documento ICC-BD/01-01-04: *Reglamento de la Corte, aprobado por los magistrados de la CPI el día 26 de mayo de 2004, en la Quinta sesión plenaria de La Haya (18-28 de mayo de 2004)*. https://www.icc-cpi.int/resource-library/Documents/RegulationsCourtSpa.pdf Una versión actualizada en inglés del Reglamento de la CPI puede consultarse en: International Criminal Court, *Rules of Procedure and Evidence*. https://www.icc-cpi.int/resource-library/Documents/RulesProcedureEvidenceEng.pdf

78 Díaz Soto, J. M.: "Una aproximación", cit., p. 50.

79 Politi, M.: "The ICC and the Crime of Aggression", cit., p. 273.

80 Arts. 15 bis (9) y ter (5) del ECPI.

81 Art. 16 del ECPI. Esta facultad del Consejo de Seguridad de emisión de "luz roja" o suspensión requiere que se adopte una acción positiva para bloquear la acción de la Sección de Cuestiones Preliminares durante el plazo de doce meses prorrogable indefinidamente. Scheffer, D.: "El significado", cit., p. 217.
Sobre el fundamento jurídico y los efectos de la decisión de suspensión del caso, véase Escudero Espinosa, J. F.: "Los poderes del Consejo de Seguridad y la Corte Penal Internacional en el Estatuto de Roma", *Anuario*

VIII. LAS CONDICIONES PARA LA ENTRADA EN VIGOR DE LA ENMIENDA DEL ESTATUTO DE ROMA.

La entrada en vigor de las Enmiendas al ECPI queda sujeta a 2 condiciones *sine qua non*: por un lado, a la ratificación o aceptación de las mismas por treinta Estados Parte (arts. 15 bis (2) y 15 ter (2)); y, por otro lado, a la adopción de una decisión por la misma mayoría de Estados que se requiere para la aprobación de una enmienda (consenso o mayoría de dos tercios[82]), después del 1 de enero de 2017 [arts. 15 bis (3) y 15 ter (3)][83]. Una vez cumplidas ambas condiciones, se prevé que la CPI pueda ejercer su jurisdicción un año después de la última de las ratificaciones exigidas[84].

Estos requisitos son comunes para todos los mecanismos de activación de la jurisdicción o competencia de la CPI previstos en el art. 13 (es decir, por remisión de un Estado Parte, por remisión del Consejo de Seguridad de la ONU o *motu proprio*). Asimismo, los "entendimientos" del Anexo III de la Resolución de Kampala señalan que ambas decisiones no son sustitutivas, sino que deben necesariamente concurrir.

A diferencia de lo sucedido con la adopción del ECPI, las ratificaciones de las Enmiendas de Kampala se han extendido lentamente a lo largo de la última década[85]. Precisamente, a finales de 2012 únicamente Liechtenstein, Samoa y Trinidad y Tobago las habían aceptado. El ritmo de acogida aumentó en 2013 con la adopción de las mismas por parte de diez Estados más, y aumentó constantemente entre 2014 y 2016. Sin embargo, desde 2017 el número de Estados que las han ratificado anualmente es inferior a tres, suscitando dudas sobre el interés de la comunidad internacional por la efectiva consagración de la competencia de la CPI sobre el crimen de agresión.

Así pues, la primera condición (la aceptación de las Enmiendas por 30 Estados Parte en el ECPI) se cumplió el 26 de junio de 2016 con la ratificación del Estado de Palestina. Dada la complejidad jurídica de su situación y su consideración en la comunidad internacional, supuso en cierta medida un alivio las ratificaciones que

Español de Derecho Internacional, núm. 19, 2003, p. 242.

82 Art. 121 (3) del ECPI.

83 La introducción de los arts. 15 bis y ter exige el cumplimiento de estas dos nuevas condiciones para la entrada en vigor de las Enmiendas, las cuales elevan el umbral de exigencia del procedimiento originalmente contemplado en el art. 121 (5) del ECPI. Scheffer, D.: "The Complex Crime of Aggression under the Rome Statute", *Leiden Journal of International Law,* núm. 23, 2010, p. 903.

84 *Ibíd*., p. 215.

85 Para el listado completo de Estados Partes en el ECPI que la han ratificado, véase: Status of Ratification and Implementation of the Kampala Amendments on the Crime of Aggression (United Nations Treaty Series) https://treaties.un.org/Pages/showDetails.aspx?objid=08000002802a6182&clang=_en, información a 15 de julio de 2020.

se produjeron con posterioridad y que permitieron evitar una situación conflictiva a la hora de activar la jurisdicción o competencia de la CPI[86].

Conforme a lo exigido por la segunda condición para activar la competencia de la CPI, se adoptó por consenso en la decimotercera sesión plenaria, el 14 de diciembre de 2017, la Resolución 5 de "Activación de la competencia de la Corte respecto del crimen de agresión"[87]. La sesión se celebró en Nueva York del 4 al 14 de diciembre, donde se acordó activar la jurisdicción el día 17 de julio de 2018, celebrando así el vigésimo aniversario del ECPI.

Uno de los debates más vibrantes desde la Conferencia de Kampala y, en especial, durante la Conferencia de Nueva York, fue el procedimiento bajo el cual debía adoptarse la decisión de los Estados Parte, si bajo el amparo del apartado cuarto o quinto del art. 121, ya que, según el primero, las Enmiendas entrarían en vigor para todos los Estados que han ratificado el ECPI una vez fuesen aprobadas las mismas por siete octavas partes de los Estados Parte (es la que se conoce como la "posición más permisiva"); y, mediante el segundo procedimiento, únicamente cobrarían vigencia para los Estados Parte que acepten las Enmiendas, limitando así la competencia de la CPI a los conflictos que surgiesen en o con esos Estados Parte ("la posición restrictiva").

Ya en marzo de 2017, varios países entre los que se incluyen Canadá, Colombia, Francia, Japón y Noruega manifestaron su adhesión a la "posición restrictiva", mientras que Argentina, Botsuana, Eslovenia, Liechtenstein, Samoa y Suiza[88] lo hicieron a la contraria[89]. Finalmente, y a pesar de las arduas negociaciones que tuvieron lugar en la Conferencia, Francia[90] y Reino Unido[91] impusieron su visión

86 Kress, C.: "On the Activation of ICC Jurisdiction over the Crime of Aggression", *Journal of International Criminal Justice,* núm. 16, 2018, p. 7.

87 Resolución ICC-ASP/16/Res. 5. de "Activación de la competencia de la Corte respecto del crimen de agresión". https://asp.icc-cpi.int/iccdocs/asp_docs/Resolutions/ASP16/ICC-ASP-16-Res5-SPA.pdf

88 De hecho, Suiza en el segundo apartado de la "Declaración de Suiza después de la aprobación" y, a pesar de la solución finalmente acordada, remarcó que "Queremos ser claros: Suiza no comparte la postura legal expresada en esta resolución relativa a la competencia de la Corte con respecto al crimen de agresión. Opinamos que la Corte sí tiene competencia respecto de un crimen de agresión cometido por nacionales o en el territorio de los Estados Parte que no han ratificado estas Enmiendas". Documento ICC-ASP/16/20. (2017). *Asamblea de los Estados Partes en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, Decimosexto período de sesiones, Nueva York, 4 a 14 de diciembre de 2017. Documentos Oficiales*. Volumen I, pp. 98-99. https://asp.icc-cpi.int/iccdocs/asp_docs/ASP16/ICC-ASP-16-20-vol-I-SPA.pdf

89 Kress, C.: "On the Activation of ICC Jurisdiction", cit., p. 9.

90 En el apartado sexto de la "Declaración de Francia después de la aprobación", Francia atestiguó que: "En virtud del apartado 5 del artículo 121 del Estatuto cuya interpretación ha sido confirmada por el artículo 2 de la resolución que acaba de ser aprobada, la Corte no podrá ejercer su competencia sobre los actos delictivos cometidos por nacionales franceses o en territorio francés. Ocurre lo mismo para todos los Estados Parte que no hayan ratificado las Enmiendas". Documento ICC-ASP/16/20. (2017), cit., pp. 92-93.

91 En el apartado uno de la "Declaración del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte después de la aprobación", se lee: "Hacemos constar en el acta oficial de la Asamblea de los Estados Partes que, en esta Asamblea, todos los Estados Partes han acordado y confirmado en una decisión por consenso, en el párrafo resolutivo 2 de la decisión que, en el caso de una remisión por un Estado o de una investigación de oficio, la Corte no ejercerá su competencia respecto de un crimen cuando haya sido cometido por nacionales o

sobre los Estados que buscaban un compromiso, los cuales acabaron cediendo, y se concluyó que la CPI tendría competencia únicamente sobre los Estados Parte que hubiesen ratificado las Enmiendas.

Por otro lado, es ineludible mencionar la inclusión de la cláusula "*opting out*"[92], la cual otorga la posibilidad, hasta entonces ajena al ECPI, a los Estados Parte que así lo deseen de presentar una declaración escrita ante el Secretario afirmando con carácter previo que no aceptan la jurisdicción o competencia de la CPI sobre el crimen de agresión cuando éste sea cometido por los nacionales de ese Estado o en el territorio del mismo[93].

La introducción de la posibilidad de autoexclusión es fruto del proceso de negociaciones en el que el consentimiento estatal se erigió como el pilar fundamental de la regulación y, en aras a mantener ese enfoque, se consideró necesario otorgar la posibilidad a los Estados Parte de poder excluirse voluntariamente si así lo deseasen. Esta posibilidad se plantea únicamente para los procesos iniciados por denuncia de otro Estado o por la Fiscalía, pero no cuando los eventuales asuntos sean remitidos por el Consejo de Seguridad de la ONU. La formulación de este apartado no puede dejar de recordarnos a la formulación de una reserva a los tratados, ya que trata de modular el compromiso del Estado Parte con la CPI y la Comunidad Internacional, lo cual resulta sorprendente en tanto en cuanto las mismas están terminantemente prohibidas por el propio ECPI (art. 120 del ECPI)[94]. En cualquier caso, los delegados de los Estados Parte decidieron que la cláusula era necesaria, dada la especial naturaleza política del crimen[95].

Dado que se ha convenido que la CPI no tendrá competencia sobre los Estados que no hayan ratificado las Enmiendas, parece que este apartado debería quedar restringido para aquellos supuestos en los que los Estados Parte que hayan ratificado las Enmiendas decidan que, por cualquier motivo o circunstancia, no quieren seguir bajo la jurisdicción o competencia de la CPI respecto al crimen de agresión y, por lo tanto, renuncian a su derecho de protección en caso de ser agredidos, pero también a que sus nacionales sean perseguidos en caso de ser el Estado agresor. No obstante, no sería obligatorio realizar una suerte de "declaración de no aceptación de la competencia", además del mero silencio o negativa a aceptar las Enmiendas. Sin embargo, en contraste con estas ideas, la práctica demuestra que, desde la Conferencia de Kampala, este precepto se ha

en el territorio de un Estado Parte que no haya ratificado o aceptado dichas Enmiendas". Documento ICC-ASP/16/20. (2017), cit., p. 99.

92 Art. 15 bis (4) ECPI.

93 Souza Dias, T.: "The Activation", cit., p. 590.

94 Corredor Carvajal, I. F.: *El crimen de agresión,* cit., p. 163.

95 Van der Vyver, J.: "Prosecuting the Crime of Aggression in the International Criminal Court", *University of Miami National Security & Armed Conflict Law Review,* núm. 1 (1), 2010, p. 44.

alegado únicamente por algunos Estados Parte que no han ratificado las Enmiendas de Kampala (así lo hicieron Kenia el 30 de noviembre de 2015[96] y Guatemala el 2 de febrero de 2018[97]).

IX. LA SITUACIÓN ACTUAL DEL CRIMEN DE AGRESIÓN.

Después de veinte años de negociaciones internacionales, el 17 de julio de 2018 entró en vigor la jurisdicción o competencia de la CPI para enjuiciar los crímenes de agresión, cerrando (más o menos) el círculo comenzado con la consagración del ECPI. Sin embargo, la consecución de este hito, aunque importante, no elimina los grandes obstáculos a los que ha tenido que enfrentarse y, sobre todo, las numerosas limitaciones que restringen el ejercicio de esta jurisdicción o competencia procesal.

Así, algunas de las restricciones más señaladas son, por un lado, el limitado número de Estados que efectivamente han aceptado las Enmiendas de Kampala, ya que, cuando se escribe este trabajo (en julio de 2020), únicamente treinta y nueve de los ciento veintitrés Estados Parte han ratificado las Enmiendas (entre los que se encuentra España). Dado que en la Conferencia de Nueva York se consensuó la aplicación del art. 121 (5), todos los actos de agresión cometidos por los Estados no Parte y por los Estados Parte que no hayan ratificado las Enmiendas no podrán ser perseguidos por la CPI (sin perjuicio de que algunos comportamientos relacionados con la agresión sí puedan ser perseguidos por otros de los crímenes internacionales bajo la jurisdicción o competencia de la CPI), salvo que sea el Consejo de Seguridad de la ONU quien promueva la persecución del caso. Otras cuestiones problemáticas son la falta de una regulación procedimental para la Sección de Cuestiones Preliminares y la insuficiente regulación de la tentativa, que no permite prácticamente ser perseguida en este crimen. Además, la doctrina científica critica la rigidez del concepto de "dirigentes", así como el de "acto de agresión", abogando por una regulación que incluya a los líderes de organizaciones no estatales y la inclusión del ciberterrorismo respectivamente.

Merece especial atención el listado de Estados Parte que han ratificado las Enmiendas del crimen de agresión, así como de quienes no lo han hecho, dividiendo a los mismos en tres grupos. Por un lado, encontramos dentro de los Estados que no las han ratificado a aquéllos que poseen unas infraestructuras militares tales que les permiten la fuerza necesaria para poder cometer potenciales crímenes de

96 Documento MFA. INT.8/14ª VOL X (86) (30 de noviembre de 2015): *Declaración de Kenia, de conformidad con el párrafo 4 del artículo 15 bis del Estatuto de Roma, a efectos de no aceptación de la competencia de la Corte Penal Internacional sobre el crimen de agresión*, https://www.icc-cpi.int/iccdocs/other/2015_NV_Kenya_Declaration_article15bis-4-SPA.pdf.

97 Documento 59-18-01 (16 de enero de 2018): *Declaración de no aceptación de la República de Guatemala a la competencia de la Corte Penal Internacional respecto al crimen de agresión, Artículos 5,1 2; 15bis.; 121.5 del Estatuto de Roma*, https://www.icc-cpi.int/iccdocs/other/20180206142750.pdf.

agresión. Dentro de este grupo encontramos a China[98], Estados Unidos[99], Francia, Reino Unido[100] y Rusia[101] (es decir, a los cinco miembros permanentes del Consejo de Seguridad de la ONU), así como a otros Estados protagonistas de conflictos en la última década por sus acciones en territorios ajenos (Israel[102] y la República de Turquía[103], entre otros).

Por otro lado, están aquellos Estados Parte en el ECPI que han ratificado las Enmiendas de Kampala como consecuencia del mandato constitucional de neutralidad que les gobierna y que, por tanto, limita o directamente evita potenciales actuaciones que deriven en la comisión de un crimen de agresión. Es el caso, por ejemplo, de Alemania, Chipre, Japón o Suiza[104].

Por último, encontramos un bloque de Estados cuyas fuerzas armadas (y, por tanto, sus posibilidades de cometer un crimen de agresión) son residuales o nulas

98 En 1998, al final de la Conferencia de Roma, China votó en contra y eligió no unirse a la CPI principalmente por ser reacia a crear un organismo internacional que pudiera sustituir o anular la jurisdicción penal nacional. Sin embargo, ha mantenido un diálogo y ha estado involucrada en el desarrollo de la CPI. Particularmente, China se opuso a dar al Fiscal poderes independientes para iniciar investigaciones, ya que consideraba que no existían los "suficientes controles y equilibrios contra los juicios frívolos", abriendo la puerta a influencias políticas que mancillasen su forma independiente y justa de actuar. Véase Zhu, D.: "China, the International Criminal Court, and global governance", *Australian Journal of International Affairs,* núm. 73 (6), 2019, pp. 587-589.

99 Estados Unidos participó en la negociación y redacción del ECPI, pero nunca lo llegó a ratificar. Su relación con la CPI siempre ha sido tensa, llegando a un punto álgido con la denegación del visado a la Fiscal Fatou Bensouda en 2019, la cual tenía por objetivo realizar un examen preliminar para presentar indicios fundados que permitieran la apertura de una investigación sobre los supuestos crímenes de guerra y contra la humanidad llevados a cabo por soldados estadounidenses en Afganistán. Formalmente, el 5 de marzo de 2020 la Sala de Apelaciones decidió por unanimidad autorizar al Fiscal el inicio de la investigación por los crímenes cometidos en Afganistán desde el 1 de mayo de 2003.

100 Reino Unido y Francia fueron dos de los países que propiciaron una lectura más restrictiva del ECPI con respecto a la competencia del crimen de agresión en la Conferencia de Nueva York. Se encuentra actualmente bajo investigación preliminar de la Fiscalía por los supuestos crímenes de guerra cometidos durante el conflicto de Irak entre 2003 y 2009.

101 Rusia firmó el ECPI el 13 de septiembre de 2000 pero no llegó a ratificarlo y, el 16 noviembre de 2016, Vladimir Putin firmó la orden para retirar su firma en una decisión más simbólica que eficaz. La retirada se produjo pocas horas después del anuncio por parte de la Fiscalía de la CPI de la posible consideración de la situación en Crimea como un conflicto armado internacional. A esto se añaden las actuaciones de las fuerzas rusas en Siria, que no hacen más que incrementar la tirantez a una relación ya compleja con la comunidad internacional y la CPI.

102 Israel no ha ratificado el ECPI, pero se encuentra actualmente en el punto de mira de la Sala de Cuestiones Preliminares, que el 28 de enero de 2020 emitió una orden con el procedimiento a seguir para la presentación de observaciones sobre el alcance de la competencia de la CPI en relación con los crímenes cometidos en los territorios ocupados de Palestina. Previamente, en 1985, Israel bombardeó el cuartel general de la Organización para la Liberación de Palestina con 67 muertos, y en 1988 mató a uno de sus oficiales y otras tres personas; ante lo cual el Consejo de Seguridad emitió una resolución condenando la "agresión" de Israel, pero no tomó otras medidas. Stein, M. S.: "The Security Council, the International Criminal Court, and the Crime of Aggression: How Exclusive Is the Security Council's Power to Determine Aggression?", *Indiana International & Comparative Law Review,* núm. 16 (1), 2005, p. 8.

103 La República de Turquía no ha ratificado el ECPI pese a haber indicado varias veces su intención de unirse y haber instado públicamente a la CPI a investigar a otros países como Israel por supuestos crímenes de guerra. Mientras, organizaciones no gubernamentales como Amnistía Internacional han denunciado a este Estado en 2019 por la perpetración en el norte de Siria de supuestos crímenes de guerra contra los kurdos.

104 Suiza mantiene la política de neutralidad militar más antigua del mundo, no habiendo participado en una guerra desde que se estableció su neutralidad en el Tratado de París en 1815. A diferencia de otros Estados neutrales, mantiene un ejército con fines de defensa, pero nunca se ha adherido a la Organización del Tratado del Atlántico Norte (OTAN), ni a la Unión Europea.

en un contexto internacional. Este grupo comprende, entre otros, a Liechtenstein, Luxemburgo, Andorra, San Marino, Malta o Macedonia del Norte. Esta situación llega al extremo con el paradigmático caso de Costa Rica, que carece de un ejército nacional[105].

Luego existen otros Estados, como es el caso de Palestina[106], que han ratificado las Enmiendas y el ECPI de manera simultánea con el objetivo de evitar ser víctimas de un crimen de agresión por parte de sus Estados vecinos[107].

Así pues, observamos cómo los Estados que la han ratificado son difícilmente candidatos para cometer un crimen de agresión, mientras que un grupo de aquéllos que no lo han hecho son los que cuentan con los medios (y potencialmente las intenciones) para realizarlo. Esta situación solo propicia una mayor desconfianza por parte de la comunidad internacional ante la verdadera posibilidad de perseguir el crimen internacional que aquí nos concierne.

X. CONSIDERACIONES FINALES.

La consagración del crimen de agresión como el crimen internacional supremo y la configuración de la competencia o jurisdicción de la CPI sobre el mismo ha sido un proceso largo. Sus hitos más relevantes han sido, sin lugar a duda, el consenso alcanzado sobre su definición en la Primera Conferencia de Revisión del ECPI y, doce años más tarde, la activación de la competencia de la CPI sobre el mismo. El consenso alcanzado en Kampala supone la renuncia expresa al *ius ad bellum*, que ha definido las relaciones internacionales durante siglos. La definición lograda es el legado de la definición del crimen contra la paz del Estatuto del TMIN y la noción de "acto de agresión" contemplada en la Resolución de la AGNU 3314 (XXIX) y, al fin y al cabo, herencia de una prolongada evolución hacia la completa prohibición del uso de la fuerza en la Comunidad Internacional.

El crimen de agresión posee una naturaleza dual, en la que la conducta individual es causa de la situación conflictiva generada. Tiene dos aspectos esenciales, por un lado, un elemento objetivo (*actus reus*) que comprende la realización de un acto de agresión, entendido éste como uno de los contemplados en el apartado segundo del art. 8 bis del ECPI. Consideramos pues este listado como un *numerus clausus,*

105 El art. 12 de su Constitución proscribe el ejército como institución permanente y en 1984 se promulgó la Ley de Neutralidad Perpetua que culmina el proceso desarme iniciado en 1949 y prohíbe su intervención en conflictos bélicos.

106 La consideración de Palestina como Estado no es pacífica. Tiene estatus de "Estado observador no miembro de la ONU" y hay más de 150 Estados de la ONU que lo reconocen como tal, pero también hay cerca de 50 Estados que no lo reconocen como Estado (entre los que se encuentra buena parte de los Estados Miembros de la Unión Europea).

107 En mayo de 2020 fue abierta una investigación preliminar cuyo objetivo es la evaluación de la competencia territorial de la CPI dentro del marco de la determinación de responsabilidad por los presuntos crímenes cometidos en el territorio palestino ocupado desde el 13 de junio de 2014.

pero desde una perspectiva vigente y conforme a la tecnología disponible, de modo que se entiendan incluidos, por ejemplo, los ataques informáticos como ataques militares cuando se cumplan el resto de las condiciones. Además, la actuación ha de suponer una violación manifiesta de la CNU basada en tres elementos: las características, la gravedad y la escala del acto, para garantizar que únicamente sea posible exigir responsabilidad por esta vía ante las "formas más graves y peligrosas del uso ilegítimo de la fuerza". No obstante, el uso de estos términos imprecisos sin un suficiente desarrollo normativo tiene como consecuencia la cesión de la obligación de definición a la CPI, forzándola a determinar los presupuestos base para ejercer su jurisdicción. Por otro lado, se advierte la necesidad de concurrencia de un elemento subjetivo *(mens rea)* entendido como la presencia de un *animus agressionis*, es decir, se requiere que el responsable actúe con consciencia y voluntad de cometer el ilícito con las consecuencias que se le presuponen.

El art. 8 bis (1) del ECPI limita la responsabilidad penal internacional a las personas que realicen actos de agresión "estando en condiciones de controlar o dirigir efectivamente la acción política o militar de un Estado" consagrándolo, pues, como un crimen de dirigentes. El control exigido ha de ser *de facto*, yendo más allá de la mera influencia y dejando, en principio, fuera a los líderes de organizaciones no estatales. Además, es perseguible en todas sus formas de participación, no limitándose a la autoría, si bien es cierto que, por las limitaciones del tipo, las otras formas de participación se plantean más complejas a la hora de formar un caso.

Por otro lado, el papel de la tentativa en la configuración del crimen de agresión se reduce a uno casi puramente simbólico ya que, a pesar de la voluntad de los Estados Parte de no eliminarlo o limitarlo durante la Conferencia de Kampala, la tipificación del crimen junto con su desarrollo en los "Elementos del Crimen" impiden la exigencia de responsabilidad por la mera preparación del injusto y limitan esta institución a la comisión de actos de agresión que no han alcanzado su potencial por causas ajenas a la voluntad del perpetrador.

Definidos los elementos esenciales del crimen de agresión, se plantean las dos vías o mecanismos para activar la competencia o jurisdicción de la CPI: bien se puede iniciar por la remisión de un supuesto crimen de agresión por un Estado Parte o de *motu proprio* por la Fiscalía, bien mediante la remisión del asunto por el Consejo de Seguridad de la ONU. En la primera de las vías se requiere autorización de la Sección de Cuestiones Preliminares, lo que supone una limitación de actuación novedosa respecto del resto de crímenes contemplados en el ECPI, ya que la Sección en pleno no tenía facultades jurisdiccionales antes y, por tanto, requiere de una regulación dado el silencio que guarda el Reglamento de la CPI sobre este procedimiento. En la segunda de las vías, cuando la remisión provenga del Consejo de Seguridad, la jurisdicción de la CPI no queda supeditada

a la nacionalidad de los autores o la vinculación territorial con los hechos, como sí ocurre mediante el primer mecanismo.

La entrada en vigor de las Enmiendas de Kampala estaba sujeta a dos condiciones: su ratificación o aceptación por parte de treinta Estados Parte (lo cual se formalizó el 26 de junio de 2016), y la adopción de una decisión de activación posterior al 1 de enero de 2017 (tomada en Nueva York el 14 de diciembre de 2017), que acordó su entrada en vigor el 17 de julio de 2018. Consecuencia de numerosos debates, finalmente la posición más restrictiva, promovida por Reino Unido y Francia especialmente, se impuso y las Enmiendas únicamente han entrado en vigor para los Estados que las han aceptado expresamente, de modo que todos aquellos Estados que bien no son Estados Parte, o bien lo son pero aún no han ratificado la competencia de la CPI respecto al crimen de agresión, quedan fuera de su competencia o jurisdicción y sus dirigentes no podrán ser perseguidos por este crimen, siempre y cuando el Consejo de Seguridad no haya remitido la situación para investigación, en cuyo caso la CPI tendrá plena competencia.

La introducción de la cláusula "*opting out*" proporciona una oportunidad de autoexclusión de la jurisdicción de la CPI para los Estados Parte que, de momento, en vez de ser utilizada por aquellos Estados que hayan ratificado las Enmiendas y posteriormente hayan decidido liberarse de la competencia, se está utilizando como una suerte de "declaración de no aceptación de la competencia", lo que parece innecesario en cuanto se acordó que únicamente serían perseguibles las ofensas que cumplan los requisitos de este crimen cuando el Estado agresor en cuestión haya aceptado su competencia en particular (cuando sea remitido por un Estado Parte o la Fiscalía), y resultaría indiferente la presentación de esta declaración en los casos remitidos por el Consejo de Seguridad.

Lo conseguido en las Conferencias de Kampala y Nueva York es uno de los mayores éxitos del Derecho Internacional Penal de las últimas décadas y es evidencia del gran paso adelante dado por parte de la comunidad internacional en su deseo de eliminar los usos de fuerza en las relaciones internacionales. Sin embargo, son muchos los motivos que hacen dudar de la efectividad de este logro, ya que más significativa que la consecución de un consenso respecto de la definición del crimen es la posibilidad de poder exigir responsabilidad penal individual a los que lo cometan. Algunas de las razones que llevan a esta conclusión son el escaso apoyo a nivel internacional conseguido, como se demuestra en el bajo número de ratificaciones de las Enmiendas de Kampala, la falta de un desarrollo normativo de algunos aspectos procedimentales fundamentales, la limitación del tipo penal y el abundante uso de conceptos indeterminados en sus elementos esenciales, el papel del Consejo de Seguridad en su persecución internacional y la incertidumbre general que rodea a este crimen.

Comenzábamos este trabajo cuestionando si es posible la persecución judicial internacional del crimen de agresión por parte de la CPI o si la entrada en vigor de su jurisdicción sobre este crimen se queda en un paso intermedio que, aunque necesario, aún requiere de un impulso para su completo desarrollo. Hemos de concluir que, por un lado, las bases legales (aunque restrictivas) están ya asentadas y, por otro lado, parece existir voluntad en la comunidad internacional (aunque no de toda) para que la activación de la competencia o jurisdicción de la CPI permita una efectiva persecución a los responsables de este crimen. El consenso alcanzado genera esperanza de que la persecución sea posible y, todo lo que resta ahora es esperar a las actuaciones de la CPI y, sobre todo, de su Fiscalía.

BIBLIOGRAFÍA

AKANDE, D.: "Prosecuting Aggression: The Consent Problem and the Role of the Security Council", *Oxford Legal Studies Research Paper*, núm. 10, 2011.

AMBOS, K.:

- *El crimen de agresión después de Kampala,* Dykinson, Madrid, 2011.

- *La Parte General del Derecho Penal Internacional. Bases para una elaboración dogmática.* E. Malarino (trad.), Konrad-Adenauer-Stiftungl, Uruguay, 2005.

- *Responsabilidad penal internacional en el ciberespacio*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2014.

BASSIOUNI, M. Ch.: *Derecho penal internacional. Proyecto de Código penal internacional*, Tecnos, Madrid, 1984.

BERMEJO, R.: "El uso de la fuerza, la Sociedad de Naciones y el Pacto Briand-Kellogg", en AA.VV.: *Los orígenes del Derecho internacional contemporáneo (*coord. por Y. GAMARRA CHOPO; C. FERNÁNDEZ LIESA, Institución Fernando el Católico, Zaragoza, 2015.

BOISTER, N.: "The Application of Collective and Comprehensive Criminal Responsibility for Aggression at the Tokyo International Military Tribunal", *Journal of International Criminal Justice,* núm. 8 (2), 2010.

BOU FRANCH, V.: "Acción e inacción del Consejo de Seguridad en el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales", en AA.VV.: *El Derecho Internacional en tiempos de globalización. Libro homenaje a D. Carlos Febres Poveda. Vol. 2* (coord. por C. E. FEBRES FAJARDO), Universidad de los Andes, Mérida (Venezuela), 2006.

CASSESE, A.: *International Criminal Law*, Oxford University Press, Oxford, 2003.

CORREDOR CARVAJAL, I. F.: *El crimen de agresión en Derecho Penal Internacional: Responsabilidad del individuo por actos de Estado,* Universidad del Rosario, Bogotá, 2012.

DÍAZ SOTO, J. M.: "Una aproximación al crimen internacional de agresión", *Revista Derecho Penal y Criminología,* núm. 35 (99), 2014.

DURANGO ÁLVAREZ, G.: "Análisis sobre el crimen de agresión en la Corte Penal Internacional a partir de la Conferencia de Revisión (Kampala). Retos y

perspectivas", *International Law Revista Colombiana de Derecho Internacional,* núm. 24, 2014.

Escudero Espinosa, J. F.: "Los poderes del Consejo de Seguridad y la Corte Penal Internacional en el Estatuto de Roma", *Anuario Español de Derecho Internacional,* núm. 19, 2003.

Gillett, M.: "The Anatomy of an International Crime: Aggression at the International Criminal Court", *International Criminal Law Review,* núm. 13, 2013.

Griffiths, R. L.: "International Law, the Crime of Aggression and the ius ad bellum", *International Criminal Law Review,* núm. 2 (4), 2002.

Heinrich Jescheck.: "The General Principles of International Criminal Law Set Out in Nuremberg, as Mirrored in the ICC Statute", *Journal of International Criminal Justice,* núm. 2 (1), 2004.

Juste Ruiz, J., Castillo Daudí, M. y Bou Franch, V.: *Lecciones de Derecho Internacional Público*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018.

Kress, C.: "On the Activation of ICC Jurisdiction over the Crime of Aggression", *Journal of International Criminal Justice,* núm. 16, 2018.

Kress, C., Holtzendorff, L. V.: "The Kampala Compromise on the Crime of Aggression", *Journal of International Criminal Justice,* núm. 8 (5), 2010.

Murphy, S.D.: "Aggression, Legitimacy and the International Criminal Court", *The European Journal of International Law,* núm. 20 (4), 2009.

Nerlich, V.: "The Crime of Aggression and Modes of Liability-Is There Room Only for Principals?", *Harvard International Law Journal,* núm. 58, 2017.

O'Connell, M. E.; Niyazmatov, M.: "What is Aggression? Comparing the *Jus ad Bellum* and the ICC Statue", *Journal of International Criminal Justice,* núm. 10, 2012.

Onyeji, I.; Bazilian, M. y Bronk, C.: "Cyber security and critical energy infrastructure", *Electrical Journal,* núm. 27 (2), 2014.

Orozco Torres, L. E.: *El crimen de agresión en derecho internacional contemporáneo,* Tirant lo Blanch, Ciudad de México, 2019.

Politi, M.: "The ICC and the Crime of Aggression. A dream that came though and the reality ahead", *Journal of International Law,* núm. 10, 2012.

RUEDA FERNÁNDEZ, C.: *Delitos de Derecho Internacional, tipificación y represión internacional,* Bosch, Barcelona, 2002.

RUYS, T.: "Justiciability, Complementarity and Immunity: Reflections on the crime of aggression", *Utrecht Law Review,* núm. 13 (1), 2017.

SÁNCHEZ SÁNCHEZ, R. E.: "La definición del crimen de agresión", *Derecho Penal Contemporáneo,* núm. 39, 2012.

SCHABAS, W. A.: "The International Criminal Court at Ten", *Criminal Law Forum,* núm. 22, 2011.

SCHEFFER, D.:

- "El significado y la activación del crimen de agresión bajo el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional", *Política Criminal,* núm.7 (13), 2012.

- "The Complex Crime of Aggression under the Rome Statute", *Leiden Journal of International Law,* núm. 23, 2010.

SOUZA DIAS, T.: "The Activation of the Crime of Aggression before the International Criminal Court: Some Overlooked Implications Arising for States Parties and Non-States Parties to the Rome Statute", *Journal of Conflict and Security Law,* núm. 24 (3), 2019.

STEIN, M. S.: "The Security Council, the International Criminal Court, and the Crime of Aggression: How Exclusive Is the Security Council's Power to Determine Aggression?", *Indiana International & Comparative Law Review,* núm. 16 (1), 2005.

STRAPATSAS N.: "Aggression", en AA.VV.: *Handbook of International Criminal Law,* 1ª ed (coord. por W. A. SCHABAS; N. BERNAZ), Routledge, Nueva York, 2011.

TORRES PÉREZ, M.: *La responsabilidad internacional del individuo por la comisión de crímenes de lesa humanidad* (Tesis doctoral), Universidad de Valencia, 2006.

VAN DER VYVER, J.: "Prosecuting the Crime of Aggression in the International Criminal Court", *University of Miami National Security & Armed Conflict Law Review,* núm. 1 (1), 2010.

ZHU, D.: "China, the International Criminal Court, and global governance", *Australian Journal of International Affairs,* núm. 73 (6), 2019.

CONTRATOS DE PERMUTA FINANCIERA ANTE EL IMPUESTO SOBRE EL VALOR AÑADIDO

SWAPS CONTRACTS FOR VALUE ADDED TAX

Rev. Boliv. de Derecho Nº 31, enero 2021, ISSN: 2070-8157, pp. 322-353

Enrique DE MIGUEL CANUTO

ARTÍCULO RECIBIDO: 9 de septiembre de 2020
ARTÍCULO APROBADO: 13 de noviembre de 2020

RESUMEN: El estudio de la tributación en el impuesto sobre el valor añadido de los contratos de permuta financiera, exige el previo conocimiento de estos derivados financieros. Para ello acudimos a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión europea y a las nociones de la Contabilidad internacional.

PALABRAS CLAVE: IVA; permutas financieras.

ABSTRACT: *The analysis of VAT taxation of financial swap contracts requires a prior inquiry into this financial derivative. For this purpose we have resorted to the CJEU case law and the concepts of International accounting.*

KEY WORDS: *VAT; swaps.*

SUMARIO.- I. INTRODUCCIÓN.- II. PREMISAS FÁCTICAS.- III. INSTRUMENTOS NO COMPLEJOS.- IV. PARTE INTEGRANTE DEL PRODUCTO.- V. SERVICIOS DE ASESORAMIENTO.- VI. RELATO FÁCTICO.- VII. CUESTIONES Y NOCIONES.- VIII. SERVICIOS DE INVERSIÓN.- IX. SERVICIOS AUXILIARES.- X. OPERACIONES A FUTURO.- XI. CONTABILIDAD INTERNACIONAL.- XII. RELACIONES DE COBERTURA.- XIII. CRITERIOS REQUERIDOS Y REQUERIMIENTOS DE EFICACIA.- XI. MODALIDADES Y "DISCONTINUACIÓN" DE LA COBERTURA.- XV. OPERACIONES FINANCIERAS.- XVI. ORO DE INVERSIÓN.

I. INTRODUCCIÓN.

En el contexto de las operaciones de inversión, relativas a instrumentos financieros, un "derivado", desde el punto de vista jurídico, cristaliza la expectativa de inversor sobre el precio de un activo, en la intuición de un cambio en su perjuicio. Desde el punto de vista económico, un derivado mira al *valor razonable,* esto es, al valor de mercado, del activo subyacente en una fecha futura, en la espera de obtener una ganancia. El escenario propio de los "derivados" siempre es dual o binario, porque juegan los movimientos del precio de activos subyacentes junto a los movimientos del precio del instrumento financiero derivado, desde la concepción de que tales movimientos sean de signo opuesto.

Una permuta financiera[1] sobre tipos de interés es un contrato consensual, de intercambio o canje, que se perfecciona por el acuerdo entre las partes y cuyos elementos son tipos de interés o tipos de referencia, un capital o importe o base nocional y un calendario de fechas o plazos de pago pactados. Los subyacentes pueden ser créditos en la misma moneda o créditos en diferentes monedas, de las partes contratantes.

1 Puede verse Mercadal Vidal, F., y Hernández Paulsen, G.: "La comercialización de swaps de tipos de interés como parte de productos financieros: comentario de la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Cuarta) de 30 de mayo de 2013", *Diario La Ley,* núm. 8138, 2.013; Ibáñez Jiménez, J. W.: "Los contratos de futuros negociados en los mercados secundarios españoles. Aproximación conceptual y consecuencias de política legislativa", *Cuadernos de Derecho y Comercio*, núm. 16, 1995, pp. 13-54; De Miguel Canuto, E.: "Derivados financieros en el Impuesto a la renta peruano", *Quincena fiscal,* núm. 11, 2018, pp. 65-88.

• Enrique de Miguel Canuto
Doctor en Derecho por la Universidad de Bolonia (Italia), en 1985, actualmente catedrático de Derecho financiero y tributario en la Facultad de Derecho de la Universitat de València (España), en la que imparte docencia de la asignatura desde hace más de treinta años, ha actuado durante veinte años como Magistrado Suplente de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana. Enrique.de-miguel@uv.es.

Existe autonomía o separación formal entre los contratos subyacentes de referencia y el contrato o instrumento derivado. En las permutas financieras sobre tipos de interés los contratos subyacentes de ordinario son dos contratos de crédito o préstamo de dos distintos deudores contratantes.

En la permuta sobre tipos de interés cada parte tiene la *obligación* de pagar los intereses pactados siendo extraña *ab initio* la noción de derecho [a comprar o vender] que está presente en las opciones financieras. En los futuros, si no es necesario entregar el activo subyacente entonces es claro que no es necesario para el contratante ser propietario del activo subyacente.

El supuesto original de swap de divisas presupone la existencia de dos préstamos en diferentes monedas de dos partes contratantes de diferentes Estados. Los contratantes acuerdan el intercambio de tipos de interés en distintas divisas y al final también el intercambio del principal a un tipo de cambio acordado. Elevando el nivel de abstracción, con el tiempo, han surgido permutas financieras sobre índices bursátiles que parten de un índice nocional y vienen a intercambiar la variación porcentual efectiva del índice con la variación porcentual prefijada de antemano.

La praxis ordinaria parte de la emisión de un pasivo financiero o instrumentos de patrimonio de empresas deficitarias de fondos dando entrada a un inversor cuya inversión es calificada como activo financiero y, en segunda línea, se construye un derivado para mitigar la fluctuación del precio del activo financiero y en la medida de lo posible obtener ganancias.

II. PREMISAS FÁCTICAS.

El caso Genil 48 SL y Grandes Vinos SL[2], resuelto por sentencia del Tribunal de la Unión de 30 de mayo de 2013, presenta dos permutas financieras suscritas por las actoras con dos entidades bancarias, con la finalidad de protegerse o cubrirse frente a variaciones en los tipos de interés (*interest rate swap*) en relación con dos productos financieros suscritos con las entidades bancarias[3].

Se desprende de la resolución de remisión la conclusión de que los contratos de permuta financiera entre Genil 48 SL y Grande Vinos SL, por una parte, y los bancos demandados, por otra parte, tenían como finalidad proteger a las empresas

2 Sentencia del TJUE de 30 de mayo de 2013, caso *Genil 48 SL y Grandes Vinos SL*, (TJCE 2013\142) causa C-604/11 (España).

3 Puede verse Mercadal Vidal, F., y Hernández Paulsen, G.: "La comercialización de swaps de tipos de interés como parte de productos financieros: comentario de la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Cuarta) de 30 de mayo de 2013", cit., y Castilla Cubillas, M.: "Permutas financieras, riesgos en los préstamos hipotecarios a interés variable y test de conveniencia", *Derecho de los negocios*, núm. 245, 2011, pp. 33-44.

frente a las variaciones en los tipos de interés revisables con el tipo de interés Euribor[4], correspondientes a los productos financieros u operaciones principales que habían suscrito con las entidades bancarias.

Mediante esos contratos, las partes se comprometen recíprocamente a abonar a la otra parte la diferencia entre las cantidades que resulten de aplicar los tipos de interés pactados en diferentes supuestos secuenciados. Si el Euribor mensual es inferior al tipo fijo pactado, el cliente debe pagar al banco la diferencia que resulta y si, por el contrario, el Euribor sobrepasa el tipo de interés fijo pactado, entonces el banco es el que debe pagar la diferencia al cliente.

El Tribunal ubica el caso en el contexto de la Directiva 2.004/39, sobre instrumentos financieros[5], que abarca, por una parte, valores negociables, instrumentos del mercado monetario y participaciones en organismos de inversión colectiva y, por otra parte, contratos de futuros, opciones, permutas, acuerdos de tipos de interés a plazo y otros contratos derivados relacionados con productos financieros o con materias primas, incluyendo derivados "exóticos"[6].

El Tribunal remitente pone de relieve que la empresa Genil 48 no fue sometida a ninguna de las evaluaciones previas sobre la inversión establecidas en el art. 19, apartados 4 y 5, de la Directiva 2.004/39, incorporada al ordenamiento interno mediante el art. 79 bis, apartados 6 y 7, de la Ley 24/1988, del Mercado de valores, como medidas de protección de los inversores, y que no consta en autos que la empresa Grandes Vinos fuera sometida a una u otra de dichas evaluaciones.

Basándose en dicha falta de evaluación que es garantía de protección de la inversión, las demandantes, mediante los recursos interpuestos ante el tribunal remitente, solicitan que se declare la nulidad de esos contratos de permuta financiera.

El Tribunal remitente considera que debe determinarse qué obligaciones tienen las entidades de crédito cuando ofrecen un instrumento financiero como un contrato de permuta sobre los tipos de interés, si dichas obligaciones fueron respetadas en este caso por las demandadas en dichos litigios y, finalmente, las consecuencias de un posible incumplimiento de tales obligaciones.

4 «Euro interbank offered rate», es el promedio de intereses de un grupo de bancos en el mercado interbancario del euro.

5 *Diario Oficial de la Unión Europea* (D.O.U.E.) L 145, 30.4.2004, pp. 1–44.

6 La presente Directiva no se aplicará " a las personas que presten servicios de inversión exclusivamente a sus empresas matrices, a sus filiales o a otras filiales de sus empresas matrices" (art. 2.1, b).

III. INSTRUMENTOS NO COMPLEJOS.

Resulta de la sistemática del art. 19 de la Directiva 2004/39 que la prestación de un servicio de inversión a un cliente, relativo a un instrumento financiero, tal como se define en esta Directiva, supone, en principio, la obligación de la empresa de inversión de llevar a cabo o bien la evaluación establecida en el apartado 4 o bien la prevista en el apartado 5 del art. 19, según se trate de asesoramiento en materia de inversión, de servicios de gestión de cartera o de otros servicios de inversión relacionados en el Anexo I, sección A, de dicha Directiva[7]. En los arts. 35 a 37 de la Directiva de aplicación 2006/73[8] estas evaluaciones se denominan, respectivamente, evaluaciones de la idoneidad y de la conveniencia del servicio que ha de prestarse.

No obstante, el art. 19 de la Directiva 2004/39 prevé dos situaciones de exoneración o excepción. La primera situación de excepción se encuentra en el art. 19, apartado 6, de la Directiva 2004/39, en virtud del cual no se impone obligación de efectuar evaluación alguna para la prestación, en ciertas circunstancias, de determinados servicios de inversión referentes a los instrumentos financieros no complejos.

Efectivamente, los Estados permitirán que, cuando las empresas de inversión presten servicios de inversión que se limiten exclusivamente a la ejecución o recepción y transmisión de órdenes de clientes, con o sin prestación de servicios auxiliares, dichas empresas presten dichos servicios de inversión a sus clientes sin necesidad de obtener la información o hacer la valoración mencionadas en el apartado 5 del art. 19 cuando los servicios se refieran a acciones admitidas a cotización en un mercado regulado o en un mercado equivalente de un tercer Estado, a instrumentos del mercado monetario, a obligaciones u otras formas de deuda titulizada[9], a participaciones en Organismos de inversión colectiva o a otros instrumentos financieros no complejos.

Sin embargo, los contratos de permuta relacionados con los tipos de interés, como los controvertidos en el litigio principal, figuran en el Anexo I, sección C, punto 4, de dicha Directiva, lo que excluye, de conformidad con el art. 38 de la Directiva de aplicación 2006/73, que tengan la consideración de instrumentos financieros no complejos. De lo que se desprende que el art. 19, apartado 6, de la Directiva 2004/39, sobre exoneración de la evaluación, no es aplicable a los hechos de los litigios principales.

7 Apartado nº 31 y ss. de la sentencia del TJUE de 30 de mayo de 2013, caso Genil 48 SL y Grandes Vinos SL, causa C-604/11.

8 *D.O.U.E.* L 241, 2.9.2006, pp.26 a 58.

9 Excluidas las obligaciones o los valores de deuda titulizada que incluyan instrumentos financieros derivados.

IV. PARTE INTEGRANTE DEL PRODUCTO.

El Tribunal remitente pregunta si el art. 19, apartado 9, de la Directiva 2004/39 debe interpretarse en el sentido de que, por una parte, un servicio de inversión se ofrece como parte de un producto financiero cuando está vinculado a este último y de que, por otra parte, lo dispuesto en la legislación de la Unión y las normas europeas comunes a las que hace referencia el precepto debe implicar exigencias similares a las obligaciones establecidas en los apartados 4 y 5 del mismo artículo[10].

En primer lugar, respecto al presupuesto para aplicar el art. 19, apartado 9, de la Directiva 2004/39, con arreglo al cual se ofrece «un servicio de inversión como parte de un producto financiero», procede señalar que, de entre las versiones lingüísticas de esta Directiva existentes en el momento de su aprobación, sólo las versiones en lenguas francesa y portuguesa utilizan la expresión «en el marco de», mientras que las versiones en lenguas española, danesa, alemana, griega, inglesa, italiana, holandesa, finesa y sueca emplean términos equivalentes a «como parte de», que sugieren un vínculo más estrecho y específico que el indicado por el concepto «en el marco de».

Según jurisprudencia reiterada, las distintas versiones lingüísticas de una norma de la Unión deben ser objeto de interpretación uniforme, por lo cual, en caso de discrepancia entre las citadas versiones, dicha disposición debe ser interpretada en función de la sistemática general y de la finalidad de la normativa de la que forma parte (véase la sentencia de 28 de junio de 2012, caso Geltl, causa C-19/11, apartado 43).

A este respecto, el precepto enunciado en el art. 19, apartado 9, de la Directiva 2004/39, supone una excepción al sistema de evaluaciones que dicho artículo prevé para la prestación de servicios de inversión por parte de las empresas de inversiones, por lo que debe ser objeto de interpretación estricta.

Esto es así con mayor razón puesto que, de conformidad con la rúbrica de la sección 2, que figura dentro del título II, capítulo II, de la Directiva, donde se encuentra ubicado su art. 19, dichas evaluaciones son medidas que pretenden garantizar la protección de los inversores, protección que, como se indica en los considerandos 2 y 31 de la misma Directiva, es uno de los objetivos de ésta (en este sentido, la sentencia de 22 de marzo de 2012, caso Nilaş, causa C-248/11, apartado 48).

Por otra parte, el art. 19, apartado 9, de la Directiva 2004/39 exige que el servicio de inversión «se ofrezca» como parte de un producto financiero. Dicho

10 Apartado nº 36 y ss. de la sentencia del TJUE de 30 de mayo de 2013, caso Genil 48 SL y Grandes Vinos SL (TJCE 2013\142), causa C-604/11.

precepto señala asimismo que, si se ofrece un servicio de inversión como parte de un producto financiero que ya esté sujeto a otras disposiciones de la legislación de la Unión o a normas como las que allí se mencionan relativas a créditos al consumo, entonces «dicho servicio no estará sujeto además a las obligaciones establecidas» en el art. 19 de la Directiva 2004/39.

Ahora bien, la utilización del término «además» da por sentado que dicho servicio ya ha estado sujeto a otras disposiciones legales o normas referentes a la evaluación de los riesgos de los clientes o a las exigencias en materia de información. Se dará este caso únicamente si el servicio formaba parte intrínseca de un producto financiero en el momento en que se realizó esa evaluación o dichas exigencias se cumplieron respecto a ese producto. En estas circunstancias, debe considerarse que un servicio de inversión sólo se propone como parte intrínseca de un producto financiero, a efectos de lo dispuesto en el art. 19, apartado 9, de la Directiva 2004/39, cuando forma parte de ese producto financiero en el momento en que éste se ofrece al cliente.

La cuestión de si en los litigios principales se trata de un servicio de inversión ofrecido como parte de un producto financiero a efectos de dicho precepto, supone una apreciación de los hechos que, en el marco del reparto de competencias entre los Tribunales de la Unión y los Tribunales nacionales, corresponde realizar al juez nacional. No obstante, el Tribunal de la Unión, al resolver sobre la cuestión prejudicial, puede aportar, en su caso, precisiones destinadas a orientar al juez nacional en su interpretación.

En primer lugar, que la duración del instrumento financiero al que se refiere dicho servicio sobrepase la del citado producto, que un mismo instrumento financiero se aplique a distintos productos financieros ofrecidos al mismo cliente o que el instrumento y el producto se ofrezcan en contratos diferentes son indicios de que ese servicio no forma parte intrínseca del producto financiero en cuestión. Si bien corresponde al juez remitente tener en cuenta todas las circunstancias del caso concreto para apreciar el vínculo entre el servicio y el producto financiero.

En segundo lugar, en cuanto a la cuestión de si las disposiciones o normas en materia de evaluación o de información, mencionadas en el art. 19, apartado 9, de la Directiva 2004/39, a las que ya está sujeto el producto financiero de que se trata deben ser similares a las obligaciones establecidas en los apartados 4 y 5 del mismo artículo, hay que señalar que dicho apartado 9 no se desprende que sea obligada tal similitud.

Hemos de partir de que la naturaleza del instrumento financiero a que se refiere el servicio de inversión puede ser muy diferente de la del producto financiero ofrecido. Por consiguiente, las evaluaciones que ha de llevar a cabo y la información

que debe obtener o facilitar el establecimiento que ofrece el producto, con objeto de proteger a su cliente, pueden no coincidir con las enunciadas en el art. 19, apartados 4 y 5, de la Directiva 2004/39.

Sin embargo, aun cuando el art. 19, apartado 9, de la Directiva 2004/39 no exige que las disposiciones o normas mencionadas en dicho precepto supongan exigencias idénticas a las obligaciones señaladas, es claro que dichas disposiciones o normas deben referirse, como se desprende del tenor del art. 19, apartado 9, de la Directiva 2004/39, a la valoración de riesgos de los clientes o a los requisitos de información.

Ahora bien, habida cuenta del objetivo del art. 19 de la Directiva 2004/39, que, es, entre otros, la protección de los inversores, las disposiciones o normas deben permitir la valoración de los riesgos de los clientes o establecer requisitos de información que asimismo incluyan el servicio de inversión que forma parte intrínseca del producto financiero, para que este servicio deje de estar sujeto a las obligaciones enunciadas en el art. 19 de la Directiva 2004/39.

En suma, el art. 19, apartado 9, de la Directiva 2004/39 debe interpretarse en el sentido de que, por una parte, un servicio de inversión sólo se ofrece como parte de un producto financiero cuando forma parte intrínseca de éste en el momento en que dicho producto financiero se ofrece al cliente y, por otra parte, lo dispuesto en la legislación de la Unión y en las normas europeas comunes a las que se refiere dicho precepto debe permitir una valoración del riesgo de los clientes o establecer requisitos de información que incluyan asimismo la dimensión de inversión a que refiere el servicio de inversión que forma parte intrínseca del producto financiero, para que este servicio deje de estar sometido a las obligaciones enunciadas en la Directiva en análisis.

V. SERVICIOS DE ASESORAMIENTO.

El Tribunal remitente también pregunta si ofrecer un contrato de permuta financiera a un cliente para cubrir el riesgo de variación del tipo de interés de un producto financiero que dicho cliente ha suscrito debe ser considerado un servicio de asesoramiento en materia de inversión, mediante instrumentos financieros, tal como se define en el art. 4, apartado 1, punto 4, de la Directiva 2004/39 [11].

Partimos de que, cuando una empresa de inversión presta asesoramiento en materia de inversión a un cliente, a través de instrumentos financieros, dicha empresa debe llevar a cabo la evaluación o valoración prevista en el art. 19, apartado 4, de dicha Directiva. Según el art. 4, apartado 1, punto 4, de la Directiva

11 Apartado nº 49 y ss de la sentencia del TJUE de 30 de mayo de 2013, caso Genil 48 SL y Grandes Vinos SL (TJCE 2013\142), causa C-604/11.

2004/39, el asesoramiento en materia de inversión consiste en la prestación de recomendaciones personalizadas a un cliente, sea a petición de éste o por iniciativa de la empresa de inversión, con respecto a una o más operaciones relativas a los instrumentos financieros.

El concepto de "recomendaciones personalizadas" que figura en ese precepto es precisado en el art. 52 de la Directiva 2006/73, según el cual se entenderá que una recomendación es «personalizada» si se dirige a una persona en su calidad de inversor o posible inversor y si se presenta como conveniente para esa persona o se basa en una consideración de sus circunstancias personales. No forman parte de este concepto las recomendaciones divulgadas exclusivamente a través de canales de distribución o destinadas al público.

Se desprende de los preceptos citados de las dos Directivas que la cuestión de si un servicio de inversión a través de un instrumento financiero, debe ser considerado un asesoramiento en materia de inversión no depende de la naturaleza del instrumento financiero en que consiste sino de la forma en que este último es ofrecido al cliente o posible cliente.

A falta de precisiones en la resolución de remisión respecto a la forma en que los contratos de permuta que fueron ofrecidos a las empresas actoras en el litigio principal, corresponde al tribunal remitente apreciar el posible carácter personalizado de las recomendaciones en relación con dichos contratos, atendiendo a los criterios enunciados en el art. 52 de la Directiva de aplicación 2006/73 y, por lo tanto, la necesidad o no de que la empresa de inversión actuante lleve a cabo la evaluación prevista en el art. 19, apartado 4, de la Directiva 2004/39.

Por lo tanto, el art. 4, apartado 1, punto 4, de la Directiva 2004/39 debe interpretarse en el sentido de que el hecho de ofrecer un contrato de permuta financiera a un cliente con objeto de cubrir el riesgo de variación del tipo de interés de un producto financiero que ha suscrito el cliente deberá ser considerado un servicio de asesoramiento en materia de inversión, siempre que la recomendación relativa a la suscripción de ese contrato de permuta se dirija a dicho cliente en su calidad de inversor, que se presente como conveniente para el cliente o se base en una consideración de sus circunstancias personales, y que no esté divulgada a través de canales de distribución o destinada al público.

VI. RELATO FÁCTICO.

El caso Banif Plus Bank-Sres. Lantos[12], resuelto por sentencia del Tribunal de la Unión de 3 de diciembre de 2015, es una cuestión prejudicial elevada por el

12 Sentencia del T.J.U.E. de 3 de diciembre de 2015, caso *Banif Plus Bank-Sres. Lantos* (TJCE 2015\435), causa C- 312/14 (Hungría).

Ráckevei járásbíróság, Tribunal de distrito de Ráckeve, Hungría, sobre la calificación como instrumento financiero de un contrato de crédito al consumo denominado en divisas, destinado a la compra de un vehículo.

En 2008, el Sr. Lantos celebró un contrato de crédito al consumo con Banif Plus Bank, destinado a la compra de un vehículo y denominado en divisas. La Sra. Lantos, en su condición de cónyuge del Sr. Lantos, resulta vinculada por este contrato. El juez remitente lo considera un contrato de préstamo en el sentido del art. 523 del Código Civil húngaro. El contrato incluye determinadas cláusulas relativas a flujos denominados «ficticios» en divisas y a flujos denominados «reales» en moneda nacional, en este caso florines húngaros.

Según el juez remitente, el mecanismo contractual de conversión de los flujos en divisas es el siguiente: en el momento de la concesión del préstamo, Banif calculó el contravalor en divisas de la cantidad que debía desembolsar en florines, conforme al tipo de cambio vigente en una fecha previamente determinada y según el art. 231 del Código Civil[13]. Después, el banco compró dichas divisas, a cargo del cliente, aplicando el tipo de cambio efectivo de compra de divisas vigente en el momento del desembolso del préstamo, esto es, efectuó una transacción al tipo de cambio actual y le entregó su contravalor en florines. Más tarde, Banif deberá vender al cliente las divisas registradas a cambio de florines, aplicando el tipo de cambio efectivo de venta de divisas vigente en el momento del reembolso del préstamo, esto es, efectuar una transacción al tipo de cambio futuro aplicable en el momento del reembolso, con el fin de que el cliente pueda satisfacer en divisas su obligación de reembolso, registrada en divisas.

Señala además el juez remitente que, el Tribunal Supremo de Hungría, en la sentencia nº 6/2013, dictada en unificación de la doctrina civil, consideró que los contratos de préstamo denominados en divisas deben considerarse «préstamos de divisas» en el sentido del art. 231 del Código Civil. Según ese Tribunal, si bien estos contratos generan una deuda expresada en divisas, a diferencia de los contratos de préstamo en virtud de los cuales se produce un desembolso efectivo de divisas, en estos contratos, la divisa considerada se emplea como mera unidad de cuenta mientras que los pagos se efectúan en la moneda nacional. En consecuencia, el flujo monetario expresado en divisas es ficticio, mientras que el flujo monetario expresado en moneda nacional es real.

Además, el juez húngaro indica que Banif afirma no haber prestado ningún servicio de inversión, ni ningún servicio auxiliar, ni ningún servicio relativo a las

13 El art. 231 del Código Civil de Hungría dice que: "1. A menos que se disponga otra cosa, las deudas pecuniarias deberán pagarse en la moneda de curso legal en el lugar de cumplimiento de la obligación 2. Las deudas expresadas en otra moneda o en oro se convertirán aplicando el tipo de cambio vigente en el lugar y fecha de pago".

Bolsas de mercancías. En su opinión, el contrato controvertido es un contrato de crédito al consumo celebrado con Banif Plus Bank en el ámbito de su actividad de préstamo, que está regulada de manera detallada por la Ley húngara de 2.013 sobre entidades de crédito y empresas financieras, de manera que su validez no puede apreciarse según las disposiciones de la Ley húngara de 2.007, sobre empresas de inversión, ni las de la Directiva 2004/39, objeto de transposición, sobre instrumentos financieros.

VII. CUESTIONES Y NOCIONES.

Ello suscitó la formulación de las dos cuestiones siguientes: 1ª ¿Procede considerar que, en virtud de lo dispuesto en el art. 4, apartado 1, punto 2, sobre servicios y actividades de inversión y punto 17, sobre instrumentos financieros, así como en el Anexo I, sección C, punto 4 (operación de divisas a futuro, instrumentos derivados), de la Directiva 2004/39, constituye un instrumento financiero la oferta al cliente de una operación de tipo de cambio que, bajo la figura jurídica de un contrato de préstamo denominado en divisas, consiste en una compraventa al contado en el momento de la entrega y a futuro en el momento de la devolución, que se ejecuta mediante la conversión a florines húngaros de una cantidad registrada en divisas y que expone el préstamo del cliente a los efectos y a los riesgos (riesgo cambiario) del mercado de capitales?

2ª ¿Procede considerar que, en virtud de lo dispuesto en el art. 4, apartado 1, punto 6 (negociación por cuenta propia), y en el Anexo I, sección A, punto 3 (negociación por cuenta propia), de la Directiva 2004/39, debe calificarse como un servicio o actividad de inversión la realización de una actividad de negociación por cuenta propia con respecto al instrumento financiero descrito en la primera cuestión?

La Ley húngara sobre empresas o entidades de inversión de 2.007 introduce nociones relevantes en relación con las cuestiones.

Contrato derivado: un contrato cuyo valor depende del valor de un instrumento financiero subyacente y que constituye el objeto de una negociación propia.

Instrumento financiero: instrumento que representa un crédito pecuniario, con exclusión de los valores mobiliarios, emitido en serie, que se negocia en el mercado monetario.

Permuta (swap): cualquier contrato complejo relativo al intercambio de un instrumento financiero que, en principio, está compuesto bien de una operación de compra al contado y de una operación de compra de futuro, bien de varias

operaciones de futuros, y que implica, en general, un intercambio de flujos monetarios.

Dovela-clave de la regulación húngara es la noción de préstamo de inversión: préstamo de inversión es el préstamo concedido para la compra de un instrumento financiero, cuando la entidad prestamista participa en la ejecución de la operación. Esta noción está en relación dialéctica con la noción de préstamo al consumo.

Es esclarecedor que el supuesto original de swap de divisas presupone la existencia de dos préstamos en diferentes monedas de dos partes contratantes de diferentes Estados. Los contratantes acuerdan el intercambio de tipos de interés en distintas divisas y al final también el intercambio del principal a un tipo de cambio acordado.

No estaba excluido en el caso Banif Plus Bank que el préstamo en divisas hubiera podido jugar a su vez el papel de contrato subyacente facilitador de tipos de referencia y capital de base para la suscripción de una permuta financiera del prestatario, acaso a un tipo fijo, con una contra-parte interesada en contratar.

En el caso de que el contrato de crédito al consumo en discusión involucre un "servicio de inversión" la entidad de crédito debería haber efectuado la evaluación de adecuación o evaluación del carácter apropiado del servicio.

VIII. SERVICIOS DE INVERSIÓN.

En el presente asunto, caso Banif Plus Bank, se plantea, en primer término, la cuestión de si las operaciones efectuadas por una entidad de crédito, que involucran la conversión en moneda nacional de importes expresados en divisas, para el cálculo de los importes de un préstamo y de sus reeembolsos, conforme a las cláusulas de un contrato de préstamo relativas a los tipos de cambio, pueden calificarse de «servicios o de actividades de inversión» en el sentido de la Directiva 2004/39, sobre instrumentos financieros[14].

Conforme a esta disposición, constituyen servicios y actividades de inversión cualquiera de los servicios y actividades enumerados en la sección A del Anexo I de la Directiva 2004/39 en relación con cualquiera de los instrumentos financieros enumerados en la sección C del mismo Anexo de la Directiva.

Pues bien, debe señalarse que, en la medida en que constituyen actividades de cambio que son puramente accesorias a la concesión y al reembolso de un préstamo al consumo denominado en divisas, las operaciones controvertidas

14 Apartado nº 53 y ss. de la sentencia de 3 de diciembre de 2015, caso Banif Plus Bank (TJCE 2015\435), causa C- 312/14.

no se encuentran comprendidas en dicha sección A del Anexo de la Directiva. Efectivamente, sin perjuicio de la comprobación que debe efectuar el juez remitente, estas operaciones se limitan a la conversión, sobre la base del tipo de cambio de compra o de venta de la divisa considerada, de los importes del préstamo y de las mensualidades expresadas en esta divisa como moneda de cuenta a la moneda nacional como moneda de pago.

Tales operaciones no tienen otra función que la de servir de modalidades de ejecución de las obligaciones esenciales de pago del contrato de préstamo, a saber, la puesta a disposición del capital por el prestamista y el reembolso del capital más los intereses por el prestatario. *La* finalidad de estas operaciones no es llevar a cabo una inversión, ya que el consumidor únicamente pretende obtener fondos para la compra de un bien de consumo o para la recepción de un servicio y no, por ejemplo, gestionar un riesgo de cambio o especular con el tipo de cambio de una divisa.

Recordemos concurre una autonomía o separación formal entre los contratos subyacentes y el contrato o instrumento derivado. En las permutas financieras, sobre tipos de interés o tipos de cambio, como muestra su genealogía, los contratos subyacentes de ordinario son dos créditos o préstamos de dos distintos contratantes, que aspiran a cubrirse mutuamente.

Además, al contrario de lo que sostienen los actores, no puede considerarse que dichas operaciones estén comprendidas en el concepto de «negociación por cuenta propia» al que se refiere la sección A, punto 3, del anexo I de la Directiva 2004/39, como supuesto comprendido en los servicios de inversión. Efectivamente, según el art. 4, apartado 1, punto 6, de dicha Directiva, el concepto "negociación por cuenta propia" designa la negociación con capital propio que da lugar a la conclusión de operaciones sobre uno o más instrumentos financieros.

Sin perjuicio de la comprobación que debe efectuar el juez remitente, en el presente caso, no parece que las operaciones de cambio que efectúa una entidad de crédito en ejecución de un contrato de préstamo como el controvertido, que es un contrato de crédito al consumo, se refieran a la negociación de uno más instrumentos financieros para concluir operaciones de inversión. En efecto, tales operaciones de cambio no parecen tener otro objeto que permitir la concesión y el reembolso del préstamo.

IX. SERVICIOS AUXILIARES.

Por otra parte, tampoco puede mantenerse que las operaciones efectuadas en el marco del contrato de préstamo controvertido, caso Banif Plus Bank,

formen parte de la categoría de «servicios auxiliares» de los servicios de inversión enunciados en la Sección B del Anexo I de la Directiva 2.004/39[15].

Hemos de partir de que, si bien conforme al punto 2, sección B, la concesión de un crédito o de un préstamo puede ser un servicio auxilia de un servicio de inversión, esto no sucede en todos los casos, sino solo si el crédito o el préstamo se concede a un inversor para la realización de una operación en uno o varios instrumentos financieros, "cuando la empresa que concede el crédito o préstamo participa en la operación". Está fuera de discusión que el préstamo controvertido no tiene como finalidad permitir que se realice una operación futura de este tipo, con participación del prestamista.

Cabe añadir que los contratos de crédito concedidos por una entidad de crédito que estén comprendidos en dicho punto 2 por tener esa finalidad quedarían excluidos del ámbito de aplicación de la Directiva 2008/48, sobre contratos de crédito al consumo[16], en virtud del art. 2, apartado 2, letra h), de esta Directiva, dándose así una relación de mutua exclusión.

Por otra parte, cabe señalar que en el punto 4 del Anexo I, sección B de la Directiva 2.004/39 se mencionan los «servicios de cambio de divisas cuando éstos estén relacionados con la prestación de servicios de inversión». De esta mención se desprende que los servicios de cambio, pueden estar en conexión o no con servicios de inversión, y que ellos, por sí mismos, no constituyen servicios de inversión de la Sección A del Anexo I de dicha Directiva.

Servicios de inversión suponen actuaciones de las entidades de inversión en relación con sus clientes, como la recepción, la transmisión y la ejecución de órdenes, la gestión de carteras y la gestión de Sistemas de Negociación multilateral, el asesoramiento, la colocación y el aseguramiento, siempre que tengan por objeto instrumentos financieros.

Si la actividad de crédito efectuada por la entidad bancaria no es una actividad de inversión entonces claro es que el servicio de cambio de divisas involucrado no puede ser considerado como servicio auxiliar a un servicio de inversión.

En suma, las operaciones de cambio controvertidas no están vinculadas a un servicio de inversión, en el sentido del art. 4, apartado 1, punto 4, de la Directiva 2004/39, sino a una operación de préstamo que no constituye en sí misma un instrumento financiero, en el sentido de esta Directiva.

15 Apartado nº 62 y ss. de la sentencia de 3 de diciembre de 2015, caso Banif Plus Bank (TJCE 2015\435), causa C- 312/14.

16 *D.O.U.E.* L 133, 22.5.2008, pp. 66-92.

X. OPERACIONES A FUTURO.

Pues bien, las operaciones de cambio en cuestión, caso Banif Plus Bank, no están vinculadas a un servicio de inversión, en el sentido del art. 4, apartado 1, punto 2, de la Directiva 2004/39, sino a una operación que no es en sí misma un contrato o instrumento financiero, en el sentido de esta Directiva[17].

En efecto, teniendo en cuenta los datos obrantes en la documentación de que dispone el Tribunal de la Unión y siempre sin perjuicio de la comprobación que debe efectuar el juez remitente, al contrario de lo que alegan los actores, no parece que las operaciones de cambio que realiza una entidad de crédito en el marco de la ejecución del contrato de préstamo se refieran a uno de los instrumentos financieros de dicha Directiva, entre ellos el contrato de futuros.

Según su acepción habitual en Derecho financiero, el contrato de futuros es un tipo de contrato de derivados mediante el cual dos partes se obligan recíprocamente la una a comprar y la otra a vender, en una fecha posterior, un activo denominado «subyacente», a un precio que se fija en el momento de la celebración del contrato.

Un contrato de préstamo al consumo como el controvertido no tiene por objeto la venta a un inversor de un activo financiero a un precio determinado en el momento de la celebración del contrato. El préstamo es un contrato unilateral mientras que un futuro es un contrato bilateral, porque produce recíprocas obligaciones, esto es, a cargo de ambas partes[18].

En efecto, por una parte, en un contrato como el controvertido no puede distinguirse entre el contrato de préstamo propiamente dicho y una operación de futuros de venta de divisas, por cuanto el objeto exclusivo de ésta sería la ejecución de las obligaciones esenciales del contrato[19], a saber, las de pago del capital y de los vencimientos de intereses, entendiéndose que una operación de este tipo no constituye en sí misma un instrumento financiero.

Por tanto, las cláusulas de tal contrato de préstamo relativas a la conversión de una divisa no siendo separables no constituyen un contrato o instrumento financiero distinto de la operación que constituye el objeto de este contrato de préstamo, sino solamente una modalidad indisociable de ejecución de éste.

17 Apartado nº 67 y ss. de la sentencia de 3 de diciembre de 2015, caso Banif Plus Bank (TJCE 2015\435), causa C- 312/14.

18 Desprendemos que el Tribunal de la Unión rechaza la construcción del juez de remisión según la cual el préstamo supone una compraventa al contado en el momento de la entrega y a futuro en el momento de la devolución.

19 La venta de divisas nunca se efectuaría *contrahendi causa* sino *solvendi causa*.

Cabe anotar que un asunto como el del litigio principal es distinto del que dio lugar a la sentencia de 30 de mayo de 2013, dl mencionado caso Genil 48 SL y Grandes Vinos SL, causa C-604/11, que se refería a un instrumento financiero de futuros, concretamente una permuta financiera o «swap», instrumento dirigido a proteger a los clientes de bancos contra las variaciones de los tipos de interés variables a las que éstos estaban expuestos por la suscripción de determinados productos financieros con estos bancos.

Por otra parte, en el marco de un contrato de préstamo como el controvertido, el valor de las divisas que debe tenerse en cuenta para el cálculo de los reembolsos no está determinado de antemano, dado que se realiza sobre la base del que sea el tipo de cambio vendedor de estas divisas en la fecha del vencimiento de cada mensualidad. Por lo que falla la presencia de un precio fijado en el momento de celebración del contrato.

Cabe añadir la ausencia de contratación de intercambio de flujos de efectivo con otra contra-parte interesada, que tomara como tipo de referencia y capital base, conceptos e importes coincidentes con los suscritos en el préstamo de la parte actora con Banif Plus Bank.

Sin perjuicio de la comprobación que debe efectuar el juez húngaro remitente, de todo ello resulta que las operaciones de cambio que realiza una entidad de crédito en el marco de la ejecución de un contrato de préstamo denominado en divisas, destinado a la compra de un vehículo, no pueden calificarse de servicios de inversión, de manera que la entidad no está sometida a las obligaciones en materia de evaluación de la adecuación o del carácter apropiado del servicio que pretende prestar previstas en el art. 19 de la Directiva 2004/39.

Cabe preguntarse si en el caso Banif Plus Bank en que el actor celebra un contrato de crédito al consumo denominado en divisas, destinado a la compra de un vehículo, podría entrar en juego al apartado 9 del art. 19 de la Directiva 2.004/39. En caso de que se ofrezca un servicio de inversión como parte de un producto financiero que ya esté sujeto a otras obligaciones de la legislación de la Unión o a normas europeas comunes para entidades de crédito y créditos al consumo relativas a la valoración de riesgos de los clientes o a los requisitos de información, dicho servicio no estará sometido además a las obligaciones establecidas en la presente Directiva. No está excluido que la concesión de crédito al consumo vaya acompañada de un servicio de inversión como parte integrante del producto financiero. Es el supuesto fronterizo entre el crédito al consumo y un préstamo de inversión, que es un préstamo concedido para la compra de un instrumento financiero, cuando el prestamista participa en la ejecución de la operación.

XI. CONTABILIDAD INTERNACIONAL.

Las empresas internacionales acuden a la Contabilidad internacional[20] para cuantificar sus movimientos y sus expectativas. Un derivado es un instrumento financiero u otro contrato comprendido dentro del ámbito de la N.I.I.F. nº 9[21] que presenta las tres características siguientes:

a) que su valor cambia en respuesta a los cambios en una variable comúnmente denominada subyacente, que puede consistir en un tipo de interés especificado, en el precio de un instrumento financiero, en el de una materia prima cotizada, en una tasa de cambio de la moneda extranjera, en un índice de precios o de tasas de interés, en una calificación o índice de carácter crediticio o en función de otra variable[22]; b) que no requiere del emisor o tenedor una inversión inicial neta, o bien exige una minúscula inversión inferior a la que se requeriría para otros tipos de contratos, en los que cabría esperar una respuesta similar ante cambios en las condiciones de mercado; c) que los pagos se liquidarán en una fecha futura.

Un instrumento derivado es un instrumento financiero, por tanto, un activo financiero, un pasivo financiero o un instrumento de patrimonio, a los efectos de la Contabilidad internacional, que será clasificado como mantenido para negociar, como regla general, salvo el derivado que haya sido designado como instrumento eficaz de cobertura de una partida a cubrir y el derivado que sea un contrato de garantía financiera.

Un activo financiero debe medirse a valor razonable con cambios en resultados, a menos que se mida a valor razonable con cambios en "otro resultado integral" o se mida a coste amortizado. Sin embargo, una entidad puede realizar una elección irrevocable en el momento del reconocimiento inicial de presentar los cambios posteriores en el valor razonable en otro resultado integral para inversiones concretas en instrumentos de patrimonio que, en otro caso, se medirían a valor razonable con cambios en resultados

Puede darse el caso de designar un activo financiero al valor razonable con cambios en resultados: aparte de lo señalado, una entidad puede, en el momento del reconocimiento inicial, designar un activo financiero de forma irrevocable como objeto de medición a valor razonable con cambios en resultados si haciéndolo así elimina o reduce significativamente una incongruencia de medición o reconocimiento, en ocasiones denominada "asimetría contable", que surgiría

20 Cuantificar exige conceptualizar lo cuantificado. De ahí que la Contabilidad internacional conceptualice los elementos que intervienen en las relaciones internacionales entre empresas.

21 Morales Díaz, J.: "Implementación de la nueva norma para instrumentos financieros: NIIF 9", *Revista contable,* núm. 51, 2017, pp. 8-29.

22 En el caso de que la variable no sea financiera, la N.I.I.F. nº 9 exige que la variable no sea específica para una de las partes del contrato.

en otro caso de la medición de los activos o pasivos o del reconocimiento de las ganancias y pérdidas de los mismos sobre bases diferentes[23].

Respecto al importe, un derivado tiene normalmente un importe nocional, que puede ser un importe en divisas, un número de acciones, un número de unidades de peso o volumen u otras unidades especificadas en el contrato[24]. Sin embargo, el instrumento derivado no requiere que el tenedor o el emisor inviertan o reciban el importe nocional al comienzo del contrato. Los ejemplos típicos de derivados son contratos de futuros, contratos a plazo, permutas financieras y contratos de opción. Estos conceptos no son definidos por la N.I.I.F. nº 9.

También encontramos el caso de un derivado que puede requerir un pago fijo o el pago de un importe que puede cambiar, pero no en proporción con un cambio en el subyacente, y ello como resultado de un suceso futuro e incierto que no está relacionado con el importe nocional. Como sería el caso de un contrato que puede requerir el pago de 1.000 u.m. si la tasa de interés MIBOR a seis meses se incrementa en 100 puntos básicos. Dicho contrato será considerado un derivado, aunque no se especifique un importe nocional.

Una de las características definitorias de un derivado es su apalancamiento financiero, porque supone una inversión neta inicial inferior a la que se requeriría para otros tipos de contrato que se espera tengan una respuesta similar a cambios en las condiciones de mercado. Un contrato de opción reúne esta característica porque la prima es un importe menor que la inversión que se requeriría para obtener el instrumento subyacente al que está vinculada la opción. Una permuta de divisas, que requiera un intercambio inicial de divisas diferentes con valores razonables iguales, también reúne esta característica porque su inversión neta inicial es nula.

Característica propia de los instrumentos financieros derivados es desenvolverse al margen del proceso productivo de las empresas. Pudiéndose encontrar una relación de parasitismo del instrumento derivado con contratos o activos subyacentes de la economía real.

XII. RELACIONES DE COBERTURA.

En el campo de las permutas financieras reviste particular protagonismo su función de cobertura. La clave en las relaciones de cobertura, en Contabilidad internacional, está en buscan conseguir una correlación negativa entre el instrumento de cobertura y la partida cubierta, esto es, que los cambios en el

23 Apartado 4.1.5 de la N.I.I.F. nº 9.

24 Apartado BA.1 de la N.I.F.F. nº 9.

valor de la partida cubierta encuentren correspondencia con cambios de signo opuesto en el valor del instrumento derivado.

La finalidad de la contabilidad de coberturas[25] es representar, en los estados contables, el efecto de las actividades de gestión de riesgos de una entidad que utiliza instrumentos financieros para gestionar las exposiciones que surgen por riesgos concretos que podrían afectar al resultado del periodo contable.

Para los propósitos de la contabilidad de coberturas, solo pueden ser designados como instrumentos de cobertura los contratos con una parte externa a la entidad que informa, es decir, externa al grupo de empresas o a la entidad individual sobre la que se está informando. Un derivado medido al valor razonable con cambios en resultados puede ser designado como un instrumento de cobertura, con excepción de algunas opciones emitidas

A efectos de la N.I.I.F. nº 9, cabe distinguir entre la estrategia de gestión de riesgos de la entidad y sus objetivos de gestión de riesgos.

La estrategia de gestión de riesgos se establece al nivel más alto en el cual la entidad determina la forma en que gestiona su riesgo[26]. Las estrategias de gestión de riesgos identifican los riesgos a los que la entidad está expuesta y establece la forma en que la entidad responde a ellos. Una estrategia de gestión de riesgos está habitualmente en vigor por un periodo largo y suele incluir mecanismos de flexibilización para reaccionar a cambios en las circunstancias que ocurran mientras la estrategia está en vigor por ejemplo, cambios en los tipos de interés o cambios en los precios de materias primas cotizadas que dan lugar a una amplitud diferente de la cobertura. Esto se plasma normalmente en un documento general que es "dejado caer" en cascada a través de la entidad mediante políticas que contienen guías más específicas.

Por otra parte, al nivel de una relación de cobertura concreta, aparece el objetivo de gestión de riesgos para una relación de cobertura. Relaciona la forma en que un instrumento de cobertura concreto que ha sido designado se utiliza para cubrir la exposición concreta que ha sido designada como partida cubierta. Por ello, una estrategia de gestión de riesgos puede involucrar numerosas relaciones de cobertura distintas cuyos objetivos de gestión de riesgos quedan envueltos en la ejecución de la estrategia global de gestión de riesgos.

Designación de partidas cubiertas: en la definición de una relación de cobertura, una entidad puede designar bien una partida en su totalidad o bien un componente

25 Sánchez, L: "Contabilidad de cobertura ¿formalidad para evitar asimetrías o principio de correlación?", *Contabilidad y Negocios*, núm. 28, 2019, pp 6-35.

26 Apartado nº B6.5.24 de la N.I.I.F. nº 9.

de la misma como partida cubierta. La totalidad de la partida comprende todos los cambios en los flujos de efectivo o en el valor razonable de dicha partida. Un componente de la partida se ve afectado por elementos puntuales del cambio en el valor razonable o de la variabilidad de los flujos de efectivo de dicha partida.

En ese caso, una entidad puede designar solo las siguientes clases de componentes, incluyendo combinaciones, como partidas cubiertas: a) los componentes de un importe nominal de una partida, es decir una parte específica del importe de una partida contable b) uno o más flujos de efectivo contractuales separados seleccionados c) solo cambios en los flujos de efectivo o en el valor razonable de una partida atribuibles a un riesgo específico (componente de riesgo), siempre que el componente de riesgo sea identificable separadamente y medible con fiabilidad. Se incluye la designación de los cambios en los flujos de efectivo o en el valor razonable de una partida cubierta que estén por encima o por debajo de un precio especificado *a priori* u otra variable (riesgo unilateral).

Transacciones intra-grupo: hemos visto que solo podrán ser designados como partidas cubiertas, los activos, los pasivos, los compromisos en firme o las transacciones previstas altamente probables que impliquen a una parte externa a la entidad que informa. La contabilidad de coberturas puede ser aplicada a transacciones entre entidades dentro del mismo grupo solo para los estados contables separados o individuales de las entidades, pero no en los estados consolidados del grupo. Si bien se da la especialidad de que para los estados consolidados de una entidad de inversión, tal como se define en la N.I.I.F. 10, las transacciones entre una entidad de inversión y sus subsidiarias medidas al valor razonable con cambios en resultados no se eliminan de los estados financieros consolidados[27].

Sin embargo, como excepción, el riesgo de tasa de cambio de la moneda extranjera de un elemento monetario intra-grupo, así una partida por cobrar o pagar entre dos subsidiarias, puede cumplir los requisitos como partida cubierta en los estados consolidados si provoca una exposición a las ganancias o pérdidas por tipo de cambio de la moneda extranjera que no son completamente eliminadas en la consolidación de acuerdo con la N.I.C. nº 21, sobre Variaciones en las Tasas de Cambio de la moneda extranjera. Según la N.I.C. nº 21, cuando la partida monetaria intra-grupo resulte de una transacción entre dos entidades del grupo que tengan monedas funcionales[28] diferentes, las ganancias o pérdidas de cambio causadas por elementos monetarios intra-grupo no quedan completamente eliminadas. Además, el riesgo de tasa de cambio en transacciones intra-grupo

27 Apartado nº 6.3.5 de la N.I.I.F. nº 9.

28 Moneda "funcional", con que se opera, se asocia con la moneda empleada como medio de pago, en ocasiones distinta de la moneda empleada por la empresa como "unidad de medida" en la transacción.

previstas que sean altamente probables, podría atraer los requisitos para ser una partida cubierta en los estados consolidados siempre que la transacción esté denominada en una moneda distinta a la moneda funcional de la entidad que la haya realizado y que el riesgo de tipo de cambio afecte al resultado consolidado.

XIII. CRITERIOS REQUERIDOS Y REQUERIMIENTOS DE EFICACIA.

Respecto a los criterios requeridos para una contabilidad de coberturas, una relación de cobertura cumple los requisitos para una contabilización de coberturas[29] si concurren las condiciones siguientes:

a) que la relación de cobertura conste de los instrumentos de cobertura y las partidas cubiertas elegibles y la razón de cobertura, y b) que la relación de cobertura cumpla los requerimientos de eficacia de la cobertura. La razón de cobertura es la relación entre la cuantía de un instrumento de cobertura y la cuantía de una partida cubierta, en términos de su ponderación relativa.

En primer lugar, al inicio de la relación de cobertura, debe realizarse una definición del objetivo y estrategia de gestión de riesgos de la entidad para emprender la cobertura y efectuarse una designación de la relación de cobertura, debidamente documentada. Esa documentación incluirá la identificación del instrumento la partida, la naturaleza del riesgo que está siendo cubierto y la forma de evaluación de los requerimientos de eficacia de la cobertura, incluyendo cómo se determinará la razón de cobertura e incluso el análisis de las fuentes de ineficacia de la cobertura.

En segundo lugar, además, deben cumplirse los requerimientos de eficacia de la cobertura, que son los tres siguientes:

1º la existencia de una relación económica[30] entre la partida cubierta y el instrumento de cobertura; 2º que el efecto del riesgo crediticio no predomine sobre los cambios de valor que proceden de esa relación económica y 3º que la razón de cobertura coincida con la relación existente entre la cuantía de la partida cubierta que la entidad realmente cubre y la cuantía del instrumento que la entidad realmente utiliza para cubrir la cuantía de la partida cubierta.

La designación de la relación de cobertura no debe reflejar un desequilibrio entre las ponderaciones de la partida cubierta y el instrumento de cobertura que originaría una ineficacia de la cobertura, independientemente de si está reconocida

29 Apartado nº 6.4.1 de la N.I.I.F. nº 9.

30 En rigor, la relación entre la partida cubierta y el instrumento de cobertura es una relación matemática, que toma como referente el precio de un activo real o un activo financiero y no es una relación económica, porque no está en conexión con los imputs ni outputs de la empresa.

o no, que podría dar lugar a un resultado de contabilización que sería incoherente con el propósito de la contabilidad de coberturas.

Reequilibrio de la relación de cobertura: si una relación de cobertura deja de cumplir el requerimiento de eficacia de la cobertura relativo a la razón de cobertura, pero el objetivo de gestión de riesgos para esa relación de cobertura designada se mantiene invariable, entonces la entidad ajustará la razón de cobertura de forma que cumpla de nuevo los criterios requeridos[31].

XIV. MODALIDADES Y "DISCONTINUACIÓN" DE LA COBERTURA.

Por razón del objeto de exposición, existen básicamente dos tipos de relaciones de cobertura: la cobertura de la exposición a cambios en el valor razonable y la cobertura a la exposición de cambios en los flujos de efectivo.

La cobertura del valor razonable es una cobertura de la exposición a los cambios en el valor razonable de activos o pasivos reconocidos o de compromisos en firme no reconocidos, o de un componente de estas partidas, que puede atribuirse a un riesgo concreto y puede afectar al resultado del periodo.

En la medida en que una cobertura del valor razonable cumple con los criterios requeridos, la relación de cobertura se contabilizará de la forma siguiente: la ganancia o pérdida sobre el instrumento de cobertura se reconocerá, como de ordinario, en el resultado del periodo, mientras que la ganancia o pérdida de la partida cubierta ajustará el importe en libros de la partida cubierta, cuando proceda, y se reconocerá en el resultado del periodo.

La cobertura de flujos de efectivo es una cobertura de la exposición a la variación de los flujos de efectivo que se atribuye a un riesgo concreto asociado con un activo o pasivo reconocido o un componente de éstos, tal como la totalidad o algunos de los *pagos futuros* de interés de una deuda a interés variable, o asociado a una transacción prevista altamente probable, y que puede afectar al resultado del periodo.

En la medida en que una cobertura de flujos de efectivo cumpla con los criterios requeridos, la relación de cobertura se contabilizará[32] de la forma siguiente:

a) La parte de la ganancia o pérdida sobre el instrumento de cobertura que se haya determinado como cobertura efectiva, es decir, la parte que se compensa por el cambio en la reserva de cobertura de flujos de efectivo calculada, se reconocerá en "otro resultado integral"; b) El componente separado de patrimonio asociado

31 Apartado nº 6.5. 5 de la N.I.I.F. nº 9.

32 Apartado nº 6.5.11 de la N.I.I.F. nº 9.

con la partida cubierta ("reserva de cobertura" de flujos de efectivo) se ajustará para que sea, en términos absolutos, el menor entre: el resultado acumulado del instrumento de cobertura desde el inicio de la cobertura y el cambio acumulado en el valor razonable de la partida cubierta desde el inicio de la cobertura[33].

Respecto a la discontinuación de la cobertura: una entidad "discontinuará" o interrumpirá, esto es, cesará en la contabilidad de coberturas de forma prospectiva solo cuando la "relación de cobertura" deje de cumplir los criterios requeridos, después de tener en cuenta cualquier posible reequilibrio de la relación de cobertura, cuando sea el caso[34]. Esto incluye casos de cuando el instrumento de cobertura expira, se vende, resuelve o ejerce. Si bien la sustitución o la renovación sucesiva de un instrumento de cobertura por otro no será considerada una expiración o resolución si dicha sustitución o renovación es parte del objetivo de gestión de riesgos documentado de la entidad y guarda coherencia con éste.

Ejemplo: Una entidad tiene una estrategia de gestionar su exposición al tipo de interés en la financiación por deuda que establece rangos para toda la entidad para la combinación entre financiación a tipo fijo y a tipo variable. La estrategia es mantener entre el 20 y el 40 por ciento de la deuda a tipo fijo. La entidad decide cada cierto tiempo, la forma en que ejecuta esta estrategia (es decir, su exacta posición entre el 20 y el 40 por ciento de exposición al interés de tipo fijo) dependiendo del nivel de tipos de interés. Si los tipos de interés son bajos la entidad fija el interés para más deuda que cuando los tipos de interés están altos. La deuda de la entidad es de 100 u.m. a tipo variable de las cuales 30 u.m. se permutan a tipo fijo.

Supongamos que la entidad toma ocasión con tipos de interés bajos para emitir 50 u.m. adicionales de deuda para financiar una inversión, mediante la emisión de bonos a tipo fijo. A la vista de los tipos de interés bajos, la entidad decide su exposición al tipo de interés fijo en el 40 por ciento de la deuda total mediante la reducción de 20 u.m. en la medida en que cubría anteriormente su exposición al tipo variable, dando lugar así a una exposición al tipo fijo de 60 u.m. Supongamos que en esta situación la estrategia de gestión de riesgos se mantiene sin cambios. Sin embargo, la ejecución por la entidad de esa estrategia había cambiado porque, para las 20 u.m. de exposición al tipo variable anteriormente cubierta, el objetivo de gestión de riesgo ha cambiado en el nivel de la relación de cobertura. Por lo que, en esta situación la contabilidad de cobertura debe "discontinuarse" para las 20 u.m. de la exposición al tipo variable cubierta con anterioridad.

33 Por tanto, el valor actual, es decir, el valor presente del cambio acumulado en los flujos de efectivo futuros esperados cubiertos.

34 Apartado nº 6.5.6 de la N.I.I.F. nº 9.

Por otra parte, aun cuando esto podría involucrar la reducción de la posición de la permuta financiera por un importe nominal de 20 u.m., dependiendo de las circunstancias, la entidad puede incluso mantener ese volumen de permuta y, utilizarlo, por ejemplo, para la cobertura de una exposición diferente o puede pasar a formar parte de una cartera de negociación. Por el contrario, si la entidad, en su lugar, permutó una parte de su deuda a tipo fijo nuevo por una exposición a tipo variable, la contabilidad de coberturas habría continuado para su exposición a tipo variable anteriormente cubierta.

XV. OPERACIONES FINANCIERAS.

La ubicación de las permutas financieras en el I.V.A.[35] debe ser contextualizada en el ámbito de las operaciones financieras[36] que gozan de exención en sede del art. 20 nº 18 de la Ley del I.V.A. en relación con préstamos y créditos, operaciones con divisas, garantías financieras y activos financieros, puestos en juego en mercados financieros nacionales e internacionales.

Entre los supuestos de exención de las operaciones financieras en sede de I.V.A. son relevantes los siguientes:

c), d) y e): La concesión de créditos y préstamos en dinero, cualquiera que sea la forma en que se instrumente, incluso mediante efectos financieros o títulos de otra naturaleza, junto a las demás operaciones, incluida la gestión, relativas a préstamos o créditos efectuadas por quienes los concedieron en todo o en parte. También goza de exención la transmisión de préstamos o créditos.

"En todo caso, estarán exentas las operaciones de permuta financiera". Hay que entender comprendidas tanto las permutas financieras con función de cobertura como las permutas financieras con función de especulación.

f) y g) : La prestación de fianzas, avales, cauciones y demás garantías tanto reales como personales, así como la emisión, aviso, confirmación y demás operaciones relativas a los créditos documentarios. La exención se extiende a la gestión de garantías de préstamos o créditos efectuadas por quienes concedieron

35 Falcón Tella, R., y Pulido Guerra, E.: *Derecho fiscal internacional*, Madrid-Barcelona-Sao Paulo-Buenos aires, 2.013; Bas Soria, J.: *El IVA en las operaciones internacionales*, Madrid, 2.015; Ramírez Gómez, S.: *El Impuesto sobre el valor añadido*, Madrid, 1.994; Cubero Truyo, A.: El Impuesto sobre el valor añadido, en Pérez Royo (dir.): *Curso de Derecho tributario*, 13 ed., Madrid, 2019; Tejerizo López, J. M.: El Impuesto sobre el valor añadido, en Cayón Galiardo, Martín Queralt y Tejerizo López (dirs.): *Manual de Derecho tributario. Parte especial*, 16ª ed., Madrid, 2.019.

36 Puede verse Vilaroig Moya, R: *Régimen fiscal de los swaps de tipos de interés y divisas*, Madrid, 2.002; Calvo Vergez, J.: "La tributación de las operaciones financieras en el I.V.A: una revisión necesaria", *Jurisprudencia tributaria,* núm. 17, 2.008, pp. 13-54; Granizo Labrandero, B.: "Tratamiento en el IVA de servicios y operaciones relativos a acciones, participaciones en sociedades, obligaciones y demás valores", *Tribuna fiscal,* núm. 180, 2005, pp. 8-11.

los préstamos o créditos garantizados o las propias garantías, pero no a la gestión realizada por terceros distintos al concedente, junto a la transmisión de garantías.

j) Las operaciones de compra, venta o cambio y servicios análogos que tengan por objeto divisas, billetes de banco y monedas que sean medios legales de pago, a excepción de las monedas y billetes de colección y de las piezas de oro, plata y platino. No se aplicará esta exención a las monedas de oro que tengan la consideración de oro de inversión, que goza de un régimen especial.

Se considerarán de colección las monedas y los billetes que no sean normalmente utilizados para su función de medio legal de pago o tengan un interés numismático, con excepción de las monedas de colección entregadas por su emisor por un importe no superior a su valor facial que estarán exentas del impuesto.

k) y l):Los servicios y operaciones, exceptuados el depósito y la gestión, relativos a acciones, participaciones en sociedades, obligaciones y demás valores mobiliarios, junto a la exención de la transmisión de los valores y los servicios relacionados con ella, incluso por causa de su emisión o amortización[37].

m) La mediación en las anteriores operaciones financieras exentas y en las operaciones de igual naturaleza no realizadas en el ejercicio de actividades empresariales. La exención se extiende a los servicios de mediación en la transmisión o en la colocación en el mercado, de préstamos en efectivo o de valores, realizados por cuenta de sus entidades emisoras, de los titulares de los mismos o de otros intermediarios, incluidos los casos en que medie el aseguramiento de dichas operaciones.

En el contexto de las prestaciones de servicios financieros están comprendidas en el ámbito de aplicación de la exención las permutas financieras, tanto las permutas sobre tipos de interés, como las permutas sobre tipos de cambio. No se detecta obstáculo para ubicar también las permutas sobre índices bursátiles.

Entre las consecuencias que se producen en relación con estos supuestos de exención cabe subrayar dos, relativas a la deducción de cuotas y a la prorrata de deducción.

37 Son señaladas tres excepciones a la exención:
1ª los servicios y las operaciones relativos a valores representativos de mercaderías (warrants)
2ª los servicios y las operaciones relativos a valores cuya posesión asegure la propiedad, el uso o el disfrute exclusivo de la totalidad o parte de un bien inmueble, que no tengan la naturaleza de acciones o participaciones en sociedades, como es el caso de la multi-propiedad
3ª los servicios y las operaciones relativos a aquellos valores no admitidos a negociación en un mercado secundario oficial, realizadas en el mercado secundario, mediante cuya transmisión se hubiera pretendido eludir el pago del impuesto correspondiente a la transmisión de los inmuebles propiedad de las entidades a las que representen dichos valores, conforme al art. 108 de la Ley del Mercado de Valores.

Derecho a deducción por servicios exteriores recibidos: los sujetos pasivos podrán deducir las cuotas soportadas o satisfechas en la medida en que los bienes o servicios adquiridos o importados, se utilicen en la realización de operaciones financieras, que estarían exentas si se hubiesen realizado en el territorio español, según el art. 20,I.18.º de esta Ley, cuando el destinatario de tales prestaciones, sea empresario, sea particular, esté establecido fuera de la Unión[38].

Prorrata de deducción: para la determinación del porcentaje de deducción[39] no se computarán [40]ni en el numerador ni en el denominador: las operaciones realizadas desde establecimientos permanentes situados fuera del territorio español y tampoco el importe de las operaciones financieras que no sean actividad empresarial habitual del sujeto pasivo. Se reputará en todos los casos actividad empresarial habitual del sujeto pasivo la de arrendamiento[41]. A estos efectos, tendrán la consideración de operaciones financieras las enunciadas en el art. 20.I,nº 18 incluidas las que no gocen de exención.

Por último, se considerarán sectores diferenciados de actividad: c') Las operaciones de arrendamiento financiero de entidades financieras a que se refiere la DA nº 3 de la Ley de ordenación, supervisión y solvencia de entidades de crédito y d') Las operaciones de cesión de créditos o préstamos, con excepción de las realizadas en el marco de un contrato de "factoring".

Las consecuencias son las siguientes. Que los sujetos pasivos que realicen operaciones financieras en sectores diferenciados deberán aplicar separadamente el régimen de deducciones respecto de cada uno de ellos. Que podrá aplicarse independientemente la regla de prorrata especial[42] respecto de cada uno de estos sectores diferenciados de actividad. Que en cuanto a los servicios recibidos para su utilización en común en varios sectores entrará en juego la regla de prorrata general, para determinar el porcentaje de deducción respecto de las cuotas soportadas, computándose a tal fin las operaciones-salida realizadas en los sectores diferenciados concurrentes[43].

Cuando los activos subyacentes se desenvuelvan en sectores diferenciados de actividad financiera y la permuta financiera realice una función de instrumento de cobertura de alguno de los activos subyacentes, habrá de esclarecerse si la

38 Art. 94.I, 3º de la ley 37/1992, de 28 de diciembre, del impuesto sobre el valor añadido.

39 Se trata del caso de un mismo empresario que realiza operaciones con derecho a deducción y también operaciones sin derecho a deducir las cuotas soportadas en las compras.

40 Art. 104.III de la Ley 37/1992.

41 En consecuencia, las operaciones de arrendamiento financiero o *leasing* integrarán el denominador de la fracción, aunque desde el punto de vista empírico no sean la actividad habitual del sujeto pasivo.

42 La regla de prorrata especial permite a un mismo empresario desglosar las cuotas íntegramente deducibles, las cuotas que no son deducibles y las cuotas parcialmente deducibles.

43 Art. 101.I de la Ley 37/1992.

permuta financiera se integra en el sector diferenciado o queda a extramuros del mismo.

XVI. ORO DE INVERSIÓN.

El régimen especial[44] del oro de inversión en el I.V.A. es un régimen de exención de la imposición que puede ser objeto de renuncia, renuncia que pone en juego la inversión del sujeto pasivo[45]. En este régimen tiene cabida una permuta financiera relativa al oro de inversión.

Exención: estarán exentas del impuesto las entregas, adquisiciones intracomunitarias e importaciones de oro de inversión. Se incluirán en el ámbito de la exención, en concepto de entregas, los préstamos y las operaciones de permuta financiera, así como las operaciones derivadas de contratos de futuro o a plazo, siempre que tengan por objeto, en todos los casos, oro de inversión y siempre que impliquen la transmisión del poder de disposición sobre dicho oro[46].

En la permuta financiera típica sobre oro de inversión una de las partes abona flujos de dinero con base en un precio fijo, mientras la otra parte abona flujos de dinero con base en un precio variable vinculado al mercado. Esta permuta, que debe ser calificada como prestación de servicio, entra en el ámbito de la exención recogida entre las operaciones financieras en el art. 20 de la Ley del I.V.A.

Sin embargo, el art. 140.II se refiere a un supuesto distinto, el de una permuta financiera que implica la transmisión del poder de disposición sobre el oro de inversión, supuesto que es asimilado a una entrega de bienes, y que goza de exención susceptible de renuncia.

Desde el punto de vista pedagógico cabe decir que esta permuta financiera con transmisión del poder de disposición sobre el oro de inversión supone un caso especial, frente al caso general de la permuta financiera del art. 20. Su especialidad, en cuanto a sus consecuencias, se centra en que la exención en el impuesto es susceptible de renuncia.

Quedan fuera del ámbito de aplicación de la exención: a) las prestaciones de servicios que tengan por objeto oro de inversión, con la salvedad de los servicios

44 La Ley del IVA, junto al régimen general recoge un abanico de regímenes especiales, como lo es el régimen especial del oro de inversión.

45 Carbajo Vasco, D.: "El régimen especial del oro de inversión", en Chico de la Cámara y Galán Ruiz (coords.): *Comentarios a la Ley y reglamento del IVA*, vol. 2, Madrid, 2012, pp. 477-506; Rodríguez-Bereijo León, M.: "La tributación en España de la compra a particulares de objetos de oro por empresarios o profesionales en el marco del régimen fiscal del oro de inversión" *Revista de Contabilidad y tributación,* núm. 391, 2015, pp. 5-42; Sánchez Ferrandis, M. A.: "Compraventa de oro: Régimen fiscal aplicable. El régimen fiscal del oro e inversión", *Revista de Información fiscal*, núm. 105, 2011, pp. 13-39.

46 Art. 140 II.1 de la Ley 37/1992.

de mediación que gocen de exención b) las adquisiciones intracomunitarias de oro de inversión en el caso de que el empresario que efectúe la entrega haya renunciado a la exención del impuesto en el régimen especial previsto para dicha entrega en el Estado de origen.

En el caso de que a una misma entrega de oro de inversión le sean de aplicación la exención regulada en el art. 140. II y la recogida en el art. 25 de la Ley del I.V.A., sobre entregas intracomunitarias, se considerará preferente la exención regulada en el régimen especial, lo que posibilita efectuar la renuncia a la misma.

Tal renuncia a la exención del régimen especial del oro de inversión traerá como consecuencia en este supuesto la aplicación de la exención general propia de la entrega intracomunitaria. Esto producirá un "efecto-dominó", en cuanto presupone que la operación "salta" del régimen especial al régimen general, con un rico conjunto de consecuencias.

Renuncia a la exención: la exención del impuesto cuando sea aplicable a las entregas de oro de inversión, podrá ser objeto de renuncia por parte del transmitente, siempre que se concurran las condiciones siguientes: 1ª que el transmitente se dedique con habitualidad a la realización de actividades de producción de oro de inversión o de transformación en oro de inversión de oro que no sea de inversión, si la entrega tiene por objeto oro de inversión resultante de las actividades mencionadas 2ª que el adquirente sea un empresario que actúe en el ejercicio de sus actividades empresariales.

La renuncia a la exención está en conexión con la inversión del sujeto pasivo[47] : en las entregas de oro de inversión que resulten gravadas por haberse efectuado la renuncia a la exención será sujeto pasivo del impuesto correspondiente a la entrega, el empresario o profesional para quien se efectúe la operación gravada[48]. En la inversión del sujeto pasivo nadie repercute el impuesto, si bien se contabilizará una cuota como devengada y se deducirá la misma cuota como satisfecha, no produciéndose en suma efectos financieros.

Respecto a los servicios de mediación: estarán exentos del impuesto los servicios de mediación prestados en nombre y por cuenta ajena en las operaciones exentas relativas al oro de inversión[49]. Si bien, la exención del impuesto aplicable a los servicios de mediación, a su vez, podrá ser objeto de renuncia, si el destinatario del servicio de mediación es un empresario que actúe en el ejercicio

47 Art. 140.V de la Ley 37/1992.

48 También se produce la inversión del sujeto pasivo en el supuesto del art. 84.I, 2º, b) de la Ley 37/1992: "cuando se trate de entregas de oro sin elaborar o de productos semielaborados de oro, de ley igual o superior a 325 milésimas".

49 Art. 140.II.Uno.2º de la Ley 37/1992.

de sus actividades empresariales, siempre que, además, concurra la renuncia a la exención en la entrega del oro de inversión objeto del servicio de mediación[50]. Deberá darse, pues, una doble renuncia.

Deducciones: como punto de partida, en el régimen especial, las cuotas del I.V.A. soportadas o satisfechas no serán deducibles en la medida en que los bienes o servicios por cuya adquisición o importación se soporten o satisfagan dichas cuotas se utilicen en la realización de las entregas exentas de oro de inversión. La exención en la entrega-salida es el origen de la exclusión de la deducción.

Como excepción, la realización de las entregas de oro de inversión generará el derecho a deducir las siguientes cuotas:

1º Las soportadas por la adquisición de ese oro cuando el proveedor haya efectuado la renuncia a la exención. También las cuotas correspondientes a las adquisiciones intracomunitarias de oro de inversión si el empresario que efectúe la entrega ha renunciado a la exención del impuesto en el régimen especial para dicha entrega en el Estado de origen.

2º Las cuotas soportadas o satisfechas por la adquisición o importación de ese oro, si en el momento de la adquisición o importación el oro no reunía los requisitos para ser considerado como de inversión, pero ha sido transformado después en oro de inversión por quien a continuación efectúa la entrega exenta o por su cuenta, junto a las cuotas soportadas por los servicios que consistan en el cambio de forma, de peso o de ley de ese oro.

También la realización de entregas de oro de inversión exentas del impuesto por parte de los empresarios que lo hayan producido directamente u obtenido mediante transformación generará el derecho a deducir las cuotas del impuesto soportadas o satisfechas por la adquisición o importación de bienes y servicios vinculados con dicha producción o transformación del oro de inversión.

Se considera sector diferenciado de actividad el conjunto de las operaciones acogidas al régimen especial del oro de inversión[51]. Los sujetos pasivos que realicen actividades en sectores diferenciados de la actividad empresarial deben aplicar separadamente el régimen de deducciones respecto de cada uno. Por ello podremos encontrar operaciones con oro en régimen general y operaciones con oro en régimen especial. Como el régimen especial es un régimen de exención, la concurrencia de los dos regímenes podrá poner en escena la regla de prorrata general.

50 Art. 140. II.1 Dos de la Ley 37/1992.

51 Art. 9.1º.c), b´) de la Ley 37/1992.

BIBLIOGRAFIA

Bas Soria, J.: *El IVA en las operaciones internacionales*, Madrid, 2.015.

Calvo Vergez, J.: "La tributación de las operaciones financieras en el I.V.A: una revisión necesaria", *Jurisprudencia tributaria,* núm. 17, 2.008.

Carbajo Vasco, D.: "El régimen especial del oro de inversión", en Chico de la Cámara y Galán Ruiz (coords.): *Comentarios a la Ley y reglamento del IVA*, vol. 2, Madrid, 2012.

Castilla Cubillas, M.: "Permutas financieras, riesgos en los préstamos hipotecarios a interés variable y test de conveniencia", *Derecho de los negocios,* núm. 245, 2011.

Cubero Truyo, A.: El Impuesto sobre el valor añadido, en Pérez Royo (dir.): *Curso de Derecho tributario*, 13 ed., Madrid, 2019.

De Miguel Canuto, E.: "Derivados financieros en el Impuesto a la renta peruano", *Quincena fiscal,* núm. 11, 2018.

Falcón Tella, R., y Pulido Guerra, E.: *Derecho fiscal internacional*, Madrid-Barcelona-Sao Paulo-Buenos aires, 2.013.

Granizo Labrandero, B.: "Tratamiento en el IVA de servicios y operaciones relativos a acciones, participaciones en sociedades, obligaciones y demás valores", *Tribuna fiscal,* núm. 180, 2005.

Ibáñez Jiménez, J. W.: "Los contratos de futuros negociados en los mercados secundarios españoles. Aproximación conceptual y consecuencias de política legislativa", *Cuadernos de Derecho y Comercio*, núm. 16, 1995.

Mercadal Vidal, F., y Hernández Paulsen, G.: "La comercialización de swaps de tipos de interés como parte de productos financieros: comentario de la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Cuarta) de 30 de mayo de 2013", *Diario La Ley,* núm. 8138, 2.013.

Morales Díaz, J.: "Implementación de la nueva norma para instrumentos financieros: NIIF 9", *Revista contable,* núm. 51, 2017.

Ramírez Gómez, S.: *El Impuesto sobre el valor añadido*, Madrid, 1.994.

Rodríguez-Bereijo León, M.: "La tributación en España de la compra a particulares de objetos de oro por empresarios o profesionales en el marco del

régimen fiscal del oro de inversión" *Revista de Contabilidad y tributación,* núm. 391, 2015.

Sánchez Ferrandis, M. A.: "Compraventa de oro: Régimen fiscal aplicable. El régimen fiscal del oro e inversión", *Revista de Información fiscal*, núm. 105, 2011.

Sánchez, L: "Contabilidad de cobertura ¿formalidad para evitar asimetrías o principio de correlación?", *Contabilidad y Negocios*, núm. 28, 2019.

Tejerizo López, J. M.: El Impuesto sobre el valor añadido, en Cayón Galiardo, Martín Queralt y Tejerizo López (dirs.): *Manual de Derecho tributario. Parte especial*, 16ª ed., Madrid, 2.019.

Vilaroig Moya, R: *Régimen fiscal de los swaps de tipos de interés y divisas*, Madrid, 2.002.

LOS PROGRAMAS DE CUMPLIMIENTO PENAL: ASPECTOS GENERALES*

CRIMINAL COMPLIANCE PROGRAMS: GENERAL FEATURES

Rev. Boliv. de Derecho Nº 31, enero 2021, ISSN: 2070-8157, pp. 354-389

* El presente trabajo se enmarca en el Proyecto de Investigación "Criminal compliance programs y elaboración de mapas de riesgo. En especial, en delitos ambientales y de corrupción", referencia: RTI2018-097572-B-100, concedido por el Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades del Gobierno de España.

José LEÓN
ALAPONT

ARTÍCULO RECIBIDO: 15 de octubre de 2020
ARTÍCULO APROBADO: 13 de noviembre de 2020

RESUMEN: En España, como en otros tantos países, la responsabilidad penal de las personas jurídicas es una realidad desde hace años, al igual que los programas de cumplimiento penal que permiten atenuar o exonerar de responsabilidad a éstas (arts. 31 bis 2 a 5 CP). En el presente artículo expondremos algunas de las principales claves a tener en cuenta para la implantación de dichos mecanismos. Se trata de una serie de consideraciones generales que pueden servir de orientación para entender el complejo sistema de prevención delictiva que brindan los modelos de organización y gestión en el entorno corporativo.

PALABRAS CLAVE: Programas de cumplimiento penal; autorregulación; responsabilidad penal de las personas jurídicas.

ABSTRACT: *In Spain, as in many other countries, corporate criminal liability has been a reality for years, as well as criminal compliance programs that allow them to be mitigated or exonerated from liability. In this article we will present some of the main keys to consider for the implementation of these mechanisms. This is a series of general considerations that can serve as a guide to understand the complex system of crime prevention provided by the organization and management models in the corporate environment.*

KEY WORDS: *Criminal compliance programs; self-regulation; corporate criminal liability.*

SUMARIO.- I. INTRODUCCIÓN.- II. EL ESTABLECIMIENTO DE PROGRAMAS DE CUMPLIMIENTO PENAL.- 1. ¿Es obligatorio dotarse de planes de prevención de delitos?.- 2. ¿Es delictivo no contar con un programa de cumplimiento penal?.- 3. Motivos por los cuales incorporar un criminal compliance.- 4. Recursos económicos.- III. COMPLIANCE COSMÉTICO.- IV. ALGUNOS OBSTÁCULOS PARA SU IMPLANTACIÓN.- V. CUMPLIMIENTO NORMATIVO: UNA VISIÓN DE CONJUNTO.- 1. La idea de compliance transversal.- 2. Algo más que compliance.- VI. LIDERAR LA POLÍTICA DE CUMPLIMIENTO NORMATIVO.- 1. Comité de compliance.- 2. Comité de gestión de crisis.- 3. Gabinete de comunicación.- VII. FORMACIÓN EN COMPLIANCE.

I. INTRODUCCIÓN.

Desde que en el año 2010 el Código Penal español contemplara la posibilidad de que las personas jurídicas vieran atenuada su responsabilidad penal al dotarse de un programa de cumplimiento tras la comisión del delito, pero, sobre todo, a raíz de la reforma operada en 2015, asistimos a una especie de *compliance fever* (de la cual somos partícipes) que de hecho hace que la profusa bibliografía existente al respecto sea prácticamente inabarcable[1]. Con todo, no se trata éste de un fenómeno exclusivamente académico, sino que, evidentemente, el mismo ha sido fagocitado por quienes revisten la condición de parte implicada: las personas jurídicas y, especialmente, las empresas.

Ya no es que hayamos descendido al nivel de que existan estándares y obras que aborden de forma exhaustiva la prevención de concretos delitos, sino que, también en los últimos años la Administración Pública ha mostrado un manifiesto interés por incorporar dichos mecanismos de control a su actividad, aun cuando

1 De nuestra autoría, León Alapont, J.: *Compliance Penal. Especial referencia a los partidos políticos*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2020. León Alapont, J.: "Los programas de cumplimiento penal como objeto de prueba", *Revista General de Derecho Procesal*, núm. 51, 2020, pp. 1-38. León Alapont, J.: "Retos jurídicos en el marco de las investigaciones internas corporativas: a propósito de los *compliances*", *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 22-04, 2020, pp. 1-34. León Alapont, J.: "*Criminal compliance*: análisis de los arts. 31 bis 2 a 5 CP y 31 quater CP", *Revista General de Derecho Penal*, núm. 31, 2019, pp. 1-36. De interés también para el lector, González Cussac, J. L.: "La eficacia eximente de los programas de prevención de delitos", *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XXXIX, 2019, pp. 593-654. González Cussac, J. L.: "Condiciones y requisitos para la eficacia eximente o atenuante de los programas de prevención de delitos", en Gómez Colomer, J. L. (Dir.): *Tratado sobre Compliance Penal. Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas y Modelos de Organización y Gestión*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2019, pp. 317-345.

• José León Alapont
Profesor Ayudante Doctor de Derecho Penal en la Universitat de València (España). Coordinador del Máster en Garantías Penales y Delitos Socioeconómicos de la Universidad de Valencia. Correo electrónico: Jose.Leon@uv.es.

-a excepción del sector público instrumental- quede excluida del régimen de responsabilidad penal de los arts. 31 bis y ss. CP[2].

Con todo, como apunta Villegas García, el nacimiento de la era *compliance* hay que situarla en los Estados Unidos cuando entre los años cincuenta y sesenta se inician varios procedimientos penales contra algunas de las grandes compañías eléctricas por contravenir las disposiciones *antitrust,* de forma que, la condena de algunas de ellas propició que las empresas comenzaran a desarrollar este tipo de programas[3]. Otro hito en la historia norteamericana del *compliance* se produce, como señala Del Rosal Blasco, a raíz del caso *Watergate*, pero no por el espionaje del Partido Republicano del presidente Nixon al Partido Demócrata, sino, porque gracias a éste se destaparon numerosas tramas de financiación a partidos por parte de empresas, las cuales evidenciaron la necesidad de adoptar mecanismos de control que trataran de evitar este tipo de prácticas[4]. Con posterioridad, se aprobarían leyes como la *Foreign Corrupt Practices Act* de 1977 (fomentando así la expansión de los programas de cumplimiento en todas las multinacionales estadounidenses) o la *Insider Trading and Securities Fraud Enforcement Act* de 1988. Pero, no es hasta la aprobación en 1991 de las *Sentencing Guidelines* cuando se prevé expresamente que el hecho de contar con un *compliance program* pueda atenuar la responsabilidad penal de la persona jurídica. Desde entonces, estas directrices han venido sufriendo sucesivas reformadas y han sido complementadas con otras disposiciones legales[5].

En este sentido, como destaca González Cussac, la lucha por el privilegio de la exclusión del Derecho penal (autorregulación) iniciada en los EE.UU ha sido extendida y acogida rápidamente en todo el mundo occidental[6]. Se trata, pues, de un ejemplo más de mcdonalización de nuestro Derecho, en este caso, penal[7]. Con todo, quisiéramos incidir en una de las justificaciones que subyacen en la exportación de estos mecanismos desde EE.UU a otros países: así, se entendía que si sólo las empresas norteamericanas cargaban con el sobre-coste de implantar programas de cumplimiento, el resto gozarían de ventajas competitivas en un

2 *Vid*., al respecto, Gutiérrez Pérez, E.: "Corrupción pública: concepto y mediciones. Hacia el *Public compliance* como herramienta de prevención de riesgos penales", *Política Criminal*, núm. 25, 2018, pp. 104 y ss.

3 Villegas garcía, M. Á.: *La responsabilidad criminal de las personas jurídicas. La experiencia de Estados Unidos*, Cizur Menor, Thomson Reuters-Aranzadi, 2016, pp. 137 y ss.

4 Del Rosal Blasco, B.: "El origen de los programas de cumplimiento normativo penal (*compliance programs*)", en Bacigalupo Sagesse, S.; Feijóo Sánchez, B. y Echano Baldasua, J. I. (Coords.): *Estudios de Derecho Penal. Homenaje al profesor Miguel Bajo*, Madrid, Editorial Universitaria Ramón Areces, 2016, pp. 537-538.

5 *Vid*., con detalle, Villegas García, M. Á.: *La responsabilidad criminal de las personas jurídicas. La experiencia de Estados Unidos*, cit., pp. 138 y ss.

6 González Cussac, J. L.: "El plano político criminal en la responsabilidad penal de las personas jurídicas", en MATALLÍN EVANGELIO (Dir.), *Compliance y prevención de delitos de corrupción*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2018, pp. 97 y 99.

7 En términos parecidos, Nieto martín alude a un proceso de "americanización" del derecho penal económico europeo. Nieto martín, A.: *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un modelo legislativo*, Madrid, Iustel, 2008, p. 216.

escenario internacional[8]. Este argumento basado en la igualdad de oportunidades resulta paradójico cuando lo trasladamos al caso de los partidos políticos españoles, dado que, cuando concurren a las elecciones al Parlamento Europeo, lo hacen en inferioridad de condiciones. Así pues, a diferencia de la mayoría de países de la Unión Europea, éstos están sujetos al régimen de responsabilidad penal de las personas jurídicas y tienen la obligación (como más adelante veremos) de adoptar estos planes de prevención de delitos[9]. Por ello, en aras de una mayor uniformidad entre Estados miembros, debiera procederse a corregir dicho déficit.

Siguiendo con nuestra exposición, la doctrina ha identificado la irrupción del *criminal compliance* como parte de un proceso de retirada del Estado en la tarea de prevención de delitos en el ámbito de las organizaciones. Así, se ha señalado que "al largo período de centralización del control por el Estado, mediante la criminalización de conductas antes insospechadamente ajenas a la legislación penal, hoy comienza un período inverso de descentralización, buscando vías alternativas a la punición (mediación, indemnización, amnistías económicas, autorregulación)"[10]. Añadiéndose que "el Estado ha entrado en crisis en sus funciones básicas de control. El propio sector privado viene a ocupar parte de sus obligaciones originarias. El compliance tiende a convertirse en un instrumento de gobernanza global o global law"[11]. Por tanto, se trata de una autorregulación regulada. De forma que, la persona jurídica adopta en su seno medidas organizativas encaminadas a la prevención de ilícitos penales, a controlar e*x post* por el Estado, como una suerte de "intervencionismo a distancia"[12]. En definitiva, puede verse el *compliance* como una forma de "gestión privada del delito"[13] o, mejor dicho, de privatización de la prevención del delito. En esta línea, Fernández Castejón apunta al cambio de paradigma que se aprecia en este ámbito: de la reacción ante la comisión de delitos en el seno de organizaciones a la prevención de los mismos[14].

En parte, como pone de manifiesto Navarro Cardoso, la autorregulación regulada no es más que otra muestra del continuo proceso de expansión del Derecho Penal. Así, "se trata de que el Estado, en el mejor de los casos, fija el marco regulatorio, y cede a los entes privados la concreción normativa vía códigos internos, reservándose, en algunos casos, la capacidad sancionadora. Las razones,

8 González Cussac, J. L.: "El plano político criminal en la responsabilidad penal de las personas jurídicas", cit., p. 100.

9 A lo que cabría añadir el hecho de que la financiación ilegal está tipificada expresamente como delito (art. 304 bis CP).

10 Balcarce, F. I y Berruezo, R.: *Criminal compliance y personas jurídicas*, Montevideo-Buenos Aires, B d F, 2016, p. 143.

11 *Ibid*., p. 144.

12 Nieto martín, A.: *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un modelo legislativo*, cit., p. 221.

13 *Vid*. sobre esta cuestión, Agustina Sanhellí, J. R.: *El delito en la empresa. Estrategias de prevención de la criminalidad intra-empresarial y deberes de control del empresario*, Barcelona, Atelier, 2010, pp. 235 y ss.

14 Fernández Castejón, E. B.: "El criminal compliance program como modelo de prevención: de la teoría a su aplicación en la práctica", *La Ley Penal*, núm. 138, 2019, p. 2.

se aduce, son la complejidad técnica de la materia, buscándose así la eficacia y la eficiencia, así como la incapacidad del Estado para hacer frente con solvencia, conforme a esos criterios, a la regulación que la moderna y sofisticada actividad empresarial precisa". Ahora bien, como acertadamente advierte este autor, "no es que se haya generado un espacio para autorregularse (en parte consustancial al Estado liberal de Derecho), sino para autoexcluirse penalmente"[15].

Como ejemplos de esa "delegación" de la función preventiva y de detección de delitos podrían citarse: la previsión contenida en el Código Penal sobre la creación de un órgano de supervisión vigilancia y control[16]; y, el establecimiento de un régimen disciplinario, "como una suerte de *subcódigo* que, a efectos prácticos, va a funcionar como un adelantamiento de la barrera punitiva que detecte riesgos rutinarios, aun mínimos, de comisión de delitos por personas físicas"[17].

Ahora bien, en la doctrina penalista el fenómeno *compliance* no ha sido acogido con agrado por todos. Así, por ejemplo, Quintero Olivares compara a los modelos de organización y gestión como si de un escudo o vacuna se tratase[18]. No compartimos con este autor quizás el diagnóstico, pero, sí la preocupación que se percibe en sus palabras, esto es, en ningún caso la exención prevista en los arts. 31 bis 2 a 5 CP puede concederse de forma automática. Es más, si se observan dichas condiciones y requisitos, somos de la opinión que conseguir la exención es una tarea más bien difícil (como se podrá comprobar a lo largo de esta obra). El citado autor se muestra también contrario a atribuir un efecto eximente a dichos programas de cumplimiento penal bajo el pretexto de que, salvo en Italia, no existe parangón en el Derecho comparado, de forma que, a lo sumo, podrían actuar como atenuante[19]. Y, por otro lado, critica que dichos planes desplieguen la misma función tanto en relación con los delitos dolosos como en los delitos imprudentes[20].

15 Navarro Cardoso, F.: "A vueltas con la vieja delimitación entre ilícito administrativo e ilícito penal, a propósito de algunos nuevos problemas", en Demetrio Crespo, E. (Dir.): *Derecho penal económico y Teoría del delito*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2020, pp. 271-272.

16 Aguilera Gordillo, R.: *Compliance Penal en España. Régimen de Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas. Fundamentación Analítica de Base Estratégica. Lógica Predictiva y Requisitos del Compliance Program Penal*, Cizur Menor, Thomson Reuters-Aranzadi, 2018, pp. 210-211.

17 Pérez González, S.: "Racionalidad penal-económica y sistemas de cumplimiento como derecho intermedio", *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 20-19, 2018, p. 9.

18 Quintero Olivares, G.: "La reforma del régimen de responsabilidad penal de las personas jurídicas", en Quintero Olivares, G. (Dir.): *Comentario a la reforma penal de 2015*, Cizur Menor, Thomson Reuters-Aranzadi, 2015, p. 88.

19 Quintero Olivares, G.: "Los programas de cumplimiento normativo y el derecho penal" en Demetrio Crespo, E. y Nieto martín, A. (Dirs.): *Derecho penal económico y Derechos Humanos*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2018, p. 155. En igual sentido, Busato, P. C.: "Lo que no se dice sobre *criminal compliance*", *Revista Electrónica de Estudios Penales y de la Seguridad*, núm. 1, 2017, p. 26.

20 Quintero Olivares, G.: "Los programas de cumplimiento normativo y el derecho penal", cit, p. 154.

Por su parte, Busato advierte que si el *compliance* es una forma de control para producir efectos de cumplimiento general de las normas (lo que representa un resultado que interesa colectivamente a la sociedad), no resulta admisible convertirlo en "un instrumento facilitador del alejamiento de la responsabilidad criminal por resultados socialmente desvalorados". Y añade, a lo anterior, la tentación que supone derivar la responsabilidad hacia los *compliances officers* (a modo de cabezas de turco)[21]. En esta línea, para González Cussac, "podría decirse que el modelo de responsabilidad criminal de las personas morales supone trasladar un buen número de deberes de control desde el Estado a la empresa. Pero una vez en la empresa, el empresario, esto es, el capital y sus representantes, a su vez trasladan estos deberes hacia los empleados. Con esta doble traslación, quien más gana y menos arriesga, son indudablemente las grandes corporaciones. Por una parte arrancan el ejercicio del control al Estado, y por otra, una vez en su esfera decisoria, transfieren la responsabilidad de su gestión a los trabajadores"[22].

En igual sentido, como pone de manifiesto Nieto Martín, resulta evidente que la persecución de personas jurídicas de mayor tamaño entraña una dificultad añadida, puesto que cuentan con una estructura organizativa más compleja que entorpece y ralentiza las investigaciones y, además, éstas pueden costear los servicios de prestigiosos despachos de abogados que les brinden la mejor de las defensas. A diferencia de lo que sucede en el caso de otras entidades de dimensiones más reducidas que incluso carecen de *compliance* dado su elevado coste de adquisición[23].

Por último, señala también Busato que el *compliance* supone una quiebra del principio de igualdad, pues, si no se da la oportunidad a las personas físicas de quedar exentas de responsabilidad penal por "organizarse bien", tampoco debería concederse este privilegio a las personas jurídicas[24]. Sin embargo, a nuestro juicio, el principio de igualdad quedaría vulnerado si a las personas jurídicas no se les permitiese quedar exentas de responsabilidad penal; y, por el momento, no se nos ocurre otra forma que a través de los *compliance*.

Pues bien, tras este breve repaso de las principales críticas que han suscitado los *compliance programs* en el ámbito penal, debemos apuntar también a algunos aspectos positivos que, en nuestra opinión, encierran estos sistemas de prevención de delitos. En este contexto, a los modelos de organización y gestión se les podrían atribuir fines de prevención general y especial (como los asignados

21 Busato, P. C.: *Tres tesis sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2019, p. 114.

22 González Cussac, J. L.: "El plano político criminal en la responsabilidad penal de las personas jurídicas", cit, p. 111.

23 Nieto martín, A.: *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un modelo legislativo*, cit., pp. 209-210.

24 Busato, P. C.: *Tres tesis sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas*, cit., pp. 139-140.

tradicionalmente a las penas)[25]. De forma que, el *compliance* tendría una finalidad intimidatoria o de amenaza (prevención negativa), así como de reforzamiento del cumplimiento de la norma (prevención positiva), dirigidas tanto a la generalidad de los miembros de una organización como sólo a algunos de ellos. Y, al igual que sucede en el caso de las penas, también cabría hablar de cierto efecto retributivo de los modelos de organización y gestión cuando éstos sancionen incumplimientos del mismo. Ahora bien, adviértase que acabamos de referirnos a los "fines" del *compliance*, y no a la "función" de éste, pues, a imagen y semejanza de lo que sucede en el caso de la pena, también podría predicarse de los programas de cumplimiento penal la función de tutela (o preservación) de bienes jurídicos[26]. En todo caso, no puede obviarse que "los sistemas de cumplimiento constituyen sistemas de control social empresarial que ayudan al Estado y al Derecho penal en su tarea de controlar la criminalidad"[27].

No obstante lo anterior, por más que se permita -o más bien- se conmine a las personas jurídicas a establecer mecanismos de control, a llevar investigaciones internas, a sancionar comportamientos indebidos, a comunicar las infracciones a las autoridades, etc., coincidimos con la reflexión que hace Ferré Olivé cuando afirma que "no pueden concederse a las normas autorregulatorias del sector privado los mismos efectos que reciben las normas que pertenecen en exclusiva a los poderes públicos. Si se produjera una cesión del *ius puniendi* estatal a las empresas se estarían conculcando estrepitosamente las bases del Estado de Derecho"[28]. Por ello, no es casualidad que los *criminal compliance programs* sean vistos como un ejemplo de *soft law*[29].

En definitiva, como refleja gráficamente la archiconocida metáfora del palo y la zanahoria (*carrot and stick*), el Estado amenaza/coacciona a las personas jurídicas con la imposición de determinadas penas, pero, a cambio, les ofrece el atractivo incentivo de quedar exoneradas o ver atenuada su responsabilidad gracias a los *compliance*.

Para finalizar este apartado, quisiéramos simplemente resaltar que, desde la propia Sala Segunda del Tribunal Supremo, a través de diversas resoluciones, se

25 En este sentido, Agustina Sanhellí, J. R.: *El delito en la empresa. Estrategias de prevención de la criminalidad intra-empresarial y deberes de control del empresario*, cit., p. 209 y ss.

26 *Vid*., sobre la distinción entre fines y función de la pena, Orts Berenguer, E. y González Cussac, J. L.: *Compendio de Derecho Penal. Parte General*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2019, pp. 440 y ss.

27 Nieto martín, A.: "Problemas fundamentales del cumplimiento normativo", en Kuhlen, L., Montiel, J. P.,Ortiz de Urbina Gimeno, I. (eds.): *Compliance y teoría del Derecho penal*, Madrid, Marcial Pons, 2013, p. 21.

28 Ferré Olivé, J. C.: "Reflexiones en torno al *compliance* penal y a la ética en la empresa", *Revista Penal*, núm. 44, 2019, p. 65.

29 De este parecer, Jimeno Bulnes, M.: "La responsabilidad penal de las personas jurídicas y los modelos de compliance: un supuesto de anticipación probatoria", *Revista General de Derecho Penal*, núm. 32, 2019, p. 13. También, Caro Coria, D. C.: "Imputación objetiva y compliance penal", *Revista General de Derecho Penal*, núm. 30, 2018, p. 25.

insta a las personas jurídicas a dotarse de estos planes de cumplimiento penal. Así, por ejemplo, en la STS 316/2018, de 28 de junio (Ponente: Vicente Magro Servet) se afirma que "(…) de haber existido un adecuado programa de cumplimiento normativo, casos como el aquí ocurrido se darían con mayor dificultad (…) de ahí, la importancia de que en las sociedades mercantiles se implanten estos programas de cumplimiento normativo (…). Por ello, una buena praxis corporativa en la empresa es la de implementar estos programas de cumplimiento normativo (…)"[30]. Por su parte, la STS 436/2018, de 28 de septiembre (Ponente: Vicente Magro Servet) destaca lo siguiente: "(…) resulta evidente que esta vigilancia de cumplimiento y control no resultaba obligada, pero si aconsejable (…)". En línea con las anteriores, la STS 192/2019, de 9 de abril (Ponente: Vicente Magro Servet) expresa que: "(…) precisamente, el compliance ad intra ajeno a esas relaciones personales y de confianza entre concedentes del poder y sus receptores evitaría, o disminuiría el riesgo de que estas situaciones se produzcan en el seno de las empresas. Con el compliance ad intra en el seno de la empresa estas situaciones que aquí se han dado resultan de un alto grado de imposibilidad de ejecución, ante los controles que en el cumplimiento normativo existen (…)".

III. EL ESTABLECIMIENTO DE PROGRAMAS DE CUMPLIMIENTO PENAL.

1. ¿Es obligatorio dotarse de planes de prevención de delitos?

La respuesta a esta pregunta debe ser que, con carácter general, no. Esto es, no existe una obligación al respecto que alcance a cualquier tipo de personas jurídicas. Si bien, y aquí radica el hecho diferenciador, en el caso de los partidos políticos, el art. 9 bis de la Ley Orgánica de Partidos Políticos dispone que estas organizaciones "deberán adoptar en sus normas internas un sistema de prevención de conductas contrarias al ordenamiento jurídico y de supervisión, a los efectos del artículo 31 bis del Código Penal"[31]. De hecho, en el propio Preámbulo de la Ley Orgánica 3/2015, de 30 de marzo, de control de la actividad económico-financiera de los Partidos Políticos, se recoge la siguiente afirmación: "como consecuencia de la consideración de los partidos como sujetos penalmente responsables, se introduce la obligación para éstos de adoptar un sistema de prevención y supervisión a los efectos previstos en el Código Penal".

Ello ha llevado a la mayoría de autores a señalar que este tipo de organizaciones tienen la obligación de dotarse de dichos *compliance programs*[32]. Sin embargo, aun

30 En igual sentido, STS 365/2018, de 18 de julio (Ponente: Vicente Magro Servet).

31 Precepto introducido por la LO 3/2015, de 30 de marzo, de control de la actividad económico-financiera de los partidos políticos.

32 *Vid.*, por todos, Maroto Calatayud, M: "Autorregulación y legitimidad corporativa: democracia interna y control social en partidos políticos y empresas", en Arroyo Jiménez, L. y Nieto martín, A. (Dirs.): *Autorregulación y Sanciones*, Cizur Menor, Thomson Reuters-Aranzadi, 2015, p. 417.

cuando cierto es que el art. 9 bis LOPP establece una clara obligación jurídica (*"deberán"*), en el momento en que dicho "mandato" no lleva aparejado una sanción en caso de incumplimiento, su carácter obligatorio se ve comprometido. Dicho de otro modo, la eficacia de dicha previsión queda cuestionada[33].

Con todo, salvo error u omisión por nuestra parte, no son las únicas personas jurídicas que deben adoptar dichos programas de cumplimiento penal. Cabría citar también el caso de los clubes de fútbol que compiten en primera y segunda división. Así, el acuerdo adoptado por la Liga Nacional de Fútbol Profesional, en Asamblea General Extraordinaria de 24 de septiembre de 2015, modificando sus Estatutos, acordó que "(…) al objeto de que se proceda a la efectiva implementación de los Programas de Prevención y Detección de Delitos por parte de los Clubes/SAD afiliados, se configura un nuevo requisito de inscripción, exigible a partir de la próxima temporada deportiva 2016/2017, mediante el cual las entidades afiliadas a la Liga deberán disponer de dichos programas"[34]. No obstante, en este caso se trata de una disposición estatutaria, no con rango de ley, y menos orgánica, como en el caso de las organizaciones políticas.

2. ¿Es delictivo no contar con un programa de cumplimiento penal?

En absoluto. El Código Penal español no tipifica como delito la no adopción de modelos de organización y gestión. Si bien, en el Proyecto de Ley Orgánica de reforma del Código Penal de 2013[35] se contemplaba introducir dentro de la nueva sección cuarta bis del capítulo XI del título XIII, un nuevo artículo 286 seis, con la siguiente redacción:

"1. Será castigado con pena de prisión de tres meses a un año o multa de doce a veinticuatro meses, e inhabilitación especial para el ejercicio de la industria o comercio por tiempo de seis meses a dos años en todo caso, el representante legal o administrador de hecho o de derecho de cualquier persona jurídica o empresa, organización o entidad que carezca de personalidad jurídica, que omita la adopción de las medidas de vigilancia o control que resultan exigibles para evitar la infracción de deberes o conductas peligrosas tipificadas como delito, cuando se dé inicio a la ejecución de una de esas conductas ilícitas que habría sido evitada o, al menos, seriamente dificultada, si se hubiera empleado la diligencia debida.

33 León Alapont, J.: "*Criminal compliance*: análisis de los arts. 31 bis 2 a 5 CP y 31 quater CP", cit., pp. 49 y ss.

34 Resulta también de interés, en este ámbito, la adopción de planes de prevención de la violencia. *Vid*., sobre esta problemática, Alzina Lozano, Á.: "Las organizaciones internacionales europeas frente a la violencia en el deporte: (Antecedentes jurídicos e instrumentos vigentes [1980-2018])", *CEFLegal: revista práctica de derecho. Comentarios y casos prácticos,* núm. 220, 2019, pp. 81-108.

35 BOCG. Congreso de los Diputados. Serie A, Núm 66-1, 4 de octubre de 2013.

Dentro de estas medidas de vigilancia y control se incluye la contratación, selección cuidadosa y responsable, y vigilancia del personal de inspección y control y, en general, las expresadas en los apartados 2 y 3 del artículo 31 bis.

2. Si el delito hubiera sido cometido por imprudencia se impondrá la pena de multa de tres a seis meses.

3. No podrá imponerse una pena más grave que la prevista para el delito que debió haber sido impedido u obstaculizado por las medidas de vigilancia y control omitidas".

Aunque finalmente este nuevo precepto no fue incorporado a nuestro Código Penal, consideramos oportuno realizar algunas breves consideraciones respecto del mismo. Para Gómez Tomillo, uno de los penalistas que con mayor detalle ha analizado este hipotético delito, resulta oportuno crear un tipo penal como el que aquí se analiza, si bien, sólo en su modalidad dolosa[36]. A juicio de este autor, se tutelaría como bien jurídico la política del Estado en materia de prevención de riesgos penales en el seno de las personas jurídicas. Pues, "constituye un objetivo político-criminalmente deseable trasladar, al menos de forma parcial, la carga de la prevención de delitos en el marco de las empresas a las propias empresas, para contrarrestar de alguna forma el enorme peso que las compañías adquieren en la vida social y económica contemporánea y las dificultades de investigación penal, especialmente en el seno de las grandes sociedades mercantiles"[37]. Si bien, el citado autor considera que la ubicación sistemática debiera ser en los delitos contra la administración de justicia (Titulo XX)[38]. En opinión de Gómez Tomillo, tampoco habrían problemas de *bis in idem* cuando sobre la persona física recayese condena por el delito concreto de que se trate y éste, al no haber identidad ni de fundamento ni de hechos[39]. Sin embargo, considera que la única pena que debiera imponerse por este delito es la de multa[40].

Por el contrario, la doctrina penalista ha rechazado mayoritariamente la incorporación de un delito de esas características. Así, por ejemplo, Nieto Martín cuestiona que el precepto cumpla con el carácter accesorio y de última ratio del Derecho penal, así como que respete el principio de determinación[41]. Señalando también que parece ir demasiado lejos sancionar vía penal la no adopción de

36 Gómez Tomillo, M.: *Compliance penal y política legislativa. El deber personal y empresarial de evitar la comisión de ilícitos en el seno de las personas jurídicas*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2016, p. 97.

37 *Ibid*., p. 43.

38 *Ibid*., p. 45

39 *Ibid*., pp. 47-48.

40 *Ibid*., p. 101.

41 Nieto martín, A.: "Cumplimiento normativo, criminología y responsabilidad penal de personas jurídicas", en Nieto martín, A. (Dir.): *Manual de cumplimiento penal en la empresa*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2015, p. 67.

planes de cumplimiento[42]. En esta línea se ha manifestado también Ferré Olivé, quien considera que "aún no existe, ni debería existir un tipo penal específico que sancione la ausencia de autorregulación, pues con ello se llegaría a un inaceptable *punitivismo extremo*"[43].

A nuestro juicio, ni incluso en aquellos supuestos en los que se pueda estar obligado a adoptar dichos mecanismos de prevención -como sería el caso de los partidos- consideramos razonable que el incumplimiento de tal exigencia constituya una conducta reprochable penalmente ni para la persona física ni para la jurídica. Tan sólo estaríamos de acuerdo en sancionar administrativamente a la persona moral en casos de contravención de disposiciones como la prevista en el art. 9 bis LOPP. Y, en todo caso, si en un futuro un precepto como el aquí criticado viera la luz, lo cual esperemos no ocurra nunca, la única pena que debiera contemplarse es la de multa, bajo ningún concepto la de privación de libertad.

Por su parte, Ayala De La Torre defiende que los supuestos de omisión en la implementación de *compliance programs* deben reconducirse a su punición por la vía de la participación en el delito, lo que podría acarrear penas más severas que las derivadas de un tipo específico como el art. 286 seis CP proyectado en 2013[44]. Con todo, no consideramos que una interpretación así sea posible.

3. Motivos por los cuales incorporar un *criminal compliance*.

Tratándose de empresas, entre las razones para convencer a la cúpula directiva sobre la necesidad de establecer estos mecanismos de control, se han citado las siguientes[45]:

1) Reducción de la vulnerabilidad de la empresa derivada de la progresiva precariedad de los círculos de confianza.

2) Reducción de la vulnerabilidad de la empresa derivada del progresivo incremento de los programas de clemencia y de recompensa a confidentes.

3) Mayor conocimiento de la empresa y de las actividades y riesgos de cada departamento.

4) Eficiencia operativa derivada de la mejora de procesos y de la menor dedicación a la reparación de incumplimientos.

42 *Ibid*., p. 68.

43 Ferré Olivé, J. C.: "Reflexiones en torno al *compliance* penal y a la ética en la empresa", cit., p. 73.

44 Ayala De La Torre, J. M.: *Compliance*, Madrid, Francis Lefebvre, 2019, p. 110.

45 Ribas, X.: "25 argumentos a favor del Compliance", en Ribas, X. (Dir.): *Practicum Compliance 2020*, Cizur Menor, Thomson Reuters-Aranzadi, 2019, pp. 34 y ss. Los argumentos esgrimidos son *mutatis mutandis* trasladables, en general, a cualquier clase de persona jurídica.

5) Ahorro de costes derivados de pleitos, sanciones, indemnizaciones, pérdida de facturación y contratos públicos.

6) Reducción de las sanciones en materia de competencia, protección de datos y otras infracciones administrativas.

7) Efecto disuasorio de la percepción del control.

8) Mayor descentralización y eficacia del control.

9) Distribución de responsabilidades coherente con el criterio de proximidad del riesgo.

10) Incremento de la coordinación entre departamentos eliminando controles solapados y esfuerzos antagónicos.

11) Ampliación del perímetro de control y mejora del control de proveedores y socios de negocio.

12) Aseguramiento de que ningún control quede sin asignar a un responsable.

13) Creación de cortafuegos que ayuden a aislar la responsabilidad en los verdaderos autores del incumplimiento.

14) Estrategia de defensa basada en pruebas preconstituidas, ordenadas, centralizadas y con sello de tiempo (*defense file*).

15) Prevención del riesgo reputacional derivado de la implicación de la empresa en tramas de corrupción y otros delitos.

16) Exigencia de inversores, accionistas y fondos activistas.

17) Continuidad del negocio y sostenibilidad basada en el incumplimiento.

18) Prevención de responsabilidad heredada en fusiones y absorciones.

19) Mejora de la posición en concursos públicos y privados.

20) Mejora de la posición en operaciones de financiación y refinanciación.

21) Reducción del riesgo de exclusión del mercado ante la progresiva vigilancia entre empresas y la exigencia recíproca de compliance.

22) Mejora de los resultados al plantear el cumplimiento como un factor diferencial frente a los competidores.

23) Incremento de la confianza del mercado en la empresa a través de los indicadores de cumplimiento.

24) Mejora de la posición negociadora al contratar o renovar un seguro de responsabilidad civil.

25) Exención o atenuación de responsabilidad penal.

Entre los beneficios que esta herramienta puede reportar a las empresas destacan también los que se enumeran a continuación[46]:

a) Enmarca la actuación de los colaboradores y orienta al empresario a actuar con imparcialidad.

b) Indica las pautas de conducta y los criterios por los cuales se regirán todos los colaboradores de la organización al realizar acciones, o tomar decisiones en el contexto de los negocios.

c) Genera lealtad y cooperación.

d) Motiva a los colaboradores.

e) Mejora la rentabilidad y reduce los costos funcionales.

f) Protección de los intereses económicos.

g) Previene conflictos.

h) Mejora la confianza de los inversionistas.

i) Atrae a personas altamente calificadas.

j) Mejora la imagen corporativa ante la sociedad.

k) Entrega un mensaje sincero a los públicos interesados fuera de la empresa.

l) Desincentiva la corrupción en las compañías competidoras.

Por todo lo aquí expuesto, no podemos compartir con Ferré Olivé la siguiente reflexión: "con agudo criterio, muchos empresarios se vienen preguntado qué sentido tiene este monumental incremento de costes que supone la implementación del «entramado compliance» dentro de sus empresas. La necesidad y utilidad de

46 Puyol Montero, J.: *Criterios prácticos para la elaboración de un código de compliance*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2016, pp. 17-19.

estas reformas no suele parecer tan evidente ni crucial. Es una construcción más científica que práctica, sobre la que se han escrito miles de páginas y dictado cientos de cursos, pero que tal vez se ha sobredimensionado y no cumpla con todas las expectativas generadas'[47].

Con todo, la estrategia de *compliance* vendrá condicionada por la situación en materia de cumplimiento normativo en la que se encuentre la persona jurídica. Por ello, cabría distinguir entre tres posibles escenarios:

1) de creación e implementación *ex novo* de modelos de organización y gestión;

2) de revisión/mejora/actualización del *compliance*; y,

3) de reconversión en materia de cumplimiento normativo ante el fracaso de la anterior política de *compliance* (por ejemplo, tras verse la persona jurídica envuelta en algún proceso penal o al ser ésta condenada).

4. Recursos económicos.

Cuando la persona jurídica desarrolle su planificación presupuestaria, deberá contemplar una partida específica para el *compliance*. Ahora bien, no es suficiente con desembolsar una generosa cantidad sólo en el instante de su confección. El plan de prevención fracasará estrepitosamente si luego no se destinan más recursos económicos para su implementación, ejecución, revisión, etc. Claro está que el gasto/inversión de adoptar un *compliance* es elevado: no sólo hay que diseñarlo; implantarlo; gestionarlo diariamente; dotar de recursos económicos, técnicos y profesionales al órgano de cumplimiento[48]; actualizarlo; sino incluso, puede que se externalicen determinados elementos (como el canal de denuncias), se encarguen auditorías o se precise de asesoramiento externo. Pero, como advierte Lledó Benito, más caro puede resultar no hacerlo[49]. En este sentido, la persona jurídica deberá analizar si le conviene o asume el riesgo (coste de oportunidad). Naturalmente, el coste de un sistema de gestión de *compliance* variará en función del tamaño de la organización, del nivel de riesgo a la que esté expuesta, del número de profesionales que intervengan en el proceso de incorporación del modelo, de la fase en la que nos encontremos, etc.

47 Ferré Olivé, J. C.: "Reflexiones en torno al *compliance* penal y a la ética en la empresa", cit., p. 76.

48 Incide especialmente en este aspecto, Ramos Barseló, F.: "Funciones del compliance officer empresarial", en Giménez Zuriaga, I. (Dir.): *Manual Práctico de Compliance*, Cizur Menor, Thomson Reuters-Aranzadi, 2017, p. 156.

49 Lledó Benito, I.: *Corporate compliance: la prevención de riesgos penales y delitos en las organizaciones penalmente responsables*, Madrid, Dykinson, 2018. p. 43.

IV. *COMPLIANCE* COSMÉTICO.

Uno de los principales errores que deben ser evitados a toda costa por cualquier persona jurídica es el de dotarse de un programa de cumplimiento de los denominados cosméticos, *make-up* (maquillaje), *window dressing* (escaparáte) o *fake compliance*. Con estos calificativos nos referimos a aquellos planes de prevención de delitos que se establecen simplemente para cumplir formalmente con los criterios que exige el Código Penal. Y, por tanto, que son "mera fachada"[50].

En este sentido, encargar un *compliance* que sólo sirva para acreditar formalmente que se dispone de él supone que la persona jurídica haya desperdiciado recursos económicos, temporales y humanos en un proyecto inerte[51]. Pero es que, además, como destaca Caamaño Domínguez, "apuntarse a la moda o encargar un programa «pro forma» es una decisión estéril, improductiva y que, en determinadas circunstancias, puede volverse contra la propia organización, causando más daño que beneficio"[52].

A este respecto, cabe poner de relieve que la condición primera del art. 31 bis 2 CP y el art. 31 bis 4 CP no sólo exigen para la validez del modelo que éste se haya adoptado, sino que se haya *ejecutado con eficacia*. De forma que, un *compliance* cosmético no cumpliría dicho parámetro. Que la ejecución sea eficaz supone que el plan de cumplimiento se haya implementado en la práctica, ponerlo en funcionamiento, en definitiva, materializarlo. Por ello, no basta con contar con un *compliance* (sobre el papel) por perfecto que sea. Hay que verificar su aplicación diaria, actualizarlo, etc. En definitiva, la ejecución implica dar cumplimiento efectivo, como mínimo, a todos los aspectos que se mencionan en los arts. 31 bis 2 a 5 CP. En consecuencia, sin la involucración, apoyo, seguimiento y compromiso por parte de la cúpula directiva de la persona jurídica, lo mejor será no adoptar esta herramienta.

En esta línea, la Fiscalía General del Estado entiende que "cualquier programa eficaz depende del inequívoco compromiso y apoyo de la alta dirección de la compañía. El comportamiento y la implicación del Consejo de Administración y de los principales ejecutivos son claves para trasladar una cultura de cumplimiento al resto de la compañía. Por el contrario, su hostilidad hacia estos programas, la ambigüedad, los mensajes equívocos o la indiferencia ante su implementación

50 Nieto martín, A.: *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un modelo legislativo*, cit., p. 208.

51 Andrés, P. y Sánchez Soler, M.: "Cómo evitar los errores más frecuentes en materia de cumplimiento normativo", en Giménez Zuriaga, I. (Dir.): *Manual práctico de compliance*, Cizur Menor, Thomson Reuters-Aranzadi, 2017, p. 241.

52 Caamaño Domínguez, F.: "Estrategias para la implantación de un programa de cumplimiento normativo", en Juanes Peces, Á. (dir.): *Compliance Penal*, Madrid, Francis Lefebvre, 2017, p. 38.

traslada a la compañía la idea de que el incumplimiento es solo un riesgo que puede valer la pena para conseguir un mayor beneficio económico"[53].

A juicio de algunos autores[54], la forma de identificar ese compromiso es realizando comprobaciones como las que a continuación se relatan:

a) Si existen políticas y procedimientos adecuados, totalmente actualizados, adecuadamente formalizados y difundidos.

b) Si la dirección destina/facilita recursos adecuados en general al funcionamiento del *compliance* y, en particular, al *compliance officer.*

c) reacción frente a incumplimientos.

d) fomento de la formación en *compliance*.

Por su parte, la Norma UNE 19601:2017 sobre sobre *"Sistemas de gestión de compliance penal. Requisitos con orientación para su uso"*, se refiere en su apartado 5.1.1 al liderazgo y compromiso del órgano de gobierno, que se traduce en:

a) establecer y defender como uno de los valores fundamentales de la organización que las actuaciones de los miembros de la organización sean siempre conformes al ordenamiento jurídico, en general, y al de naturaleza penal, en particular, promoviendo una cultura de *compliance* adecuada en el seno de la organización;

b) adoptar, implementar, mantener y mejorar continuamente un sistema de gestión de *compliance* penal idóneo para prevenir y detectar delitos o para reducir de forma significativa el riesgo de su comisión;

c) dotar al sistema de gestión de *compliance* penal y en concreto al órgano de *compliance* penal de los recursos financieros, materiales y humanos adecuados y suficientes para su funcionamiento eficaz;

d) aprobar la política de *compliance* penal de la organización;

e) examinar periódicamente la eficacia del sistema de gestión de *compliance* penal, modificándolo, si es preciso, cuando se detecten incumplimientos graves o se produzcan cambios en la organización, en la estructura de control o en la actividad desarrollada;

53 Circular de la Fiscalía General del Estado 1/2016, de 22 de enero, sobre la responsabilidad de las personas jurídicas conforme a la reforma del Código Penal efectuada por Ley Orgánica 1/2015, pp. 52-53.

54 Andrés, P. y Sánchez Soler, M.: "Cómo evitar los errores más frecuentes en materia de cumplimiento normativo", cit., p. 254.

f) establecer un órgano de *compliance* penal al que se encomiende la supervisión del funcionamiento y la ejecución del sistema de gestión de *compliance* penal, otorgándole poderes autónomos de iniciativa y control a fin de que pueda desarrollar eficazmente su deber; y,

g) asegurar que se establecen los procedimientos que concreten el proceso de formación de la voluntad de la organización, de toma de decisiones y de ejecución de las mismas promoviendo una cultura de *compliance* que garantice altos estándares éticos de comportamiento

La citada Norma alude también, en su apartado 5.1.3, al liderazgo y compromiso de la Alta dirección que debe manifestarse a través de las siguientes acciones:

a) garantizar que el sistema de gestión de *compliance* penal se implemente de forma adecuada para conseguir los objetivos de *compliance* penal establecidos en la política de *compliance* penal y afrontar de manera eficaz los riesgos penales de la organización;

b) garantizar que las exigencias derivadas del sistema de gestión de *compliance* penal se incorporan a los procesos y procedimientos opertativos de la organización;

c) garantizar la disponibilidad de recursos adecuados y suficientes para la ejecución eficaz del sistema de gestión de *compliance* penal;

d) cumplir y hacer cumplir, tanto interna como externamente, la política de *compliance* penal;

e) comunicar internamente la importancia de una gestión eficaz de *compliance* penal, coherente con los objetivos y requisitos de la política de *compliance* penal, así como del sistema de gestión de *compliance* penal de acuerdo con su rol en la organización;

f) dirigir y apoyar al personal a fin de lograr la observancia de los requisitos y la eficacia del sistema de gestión de *compliance* penal de acuerdo con su rol en la organización;

g) promover la mejora continua y apoyar los diversos roles de gestión para demostrar liderazgo en la prevención de delitos y en la detección de riesgos penales en lo concerniente a sus áreas de responsabilidad;

h) fomentar el uso de procedimientos para la puesta en conocimiento de conductas potencialmente delictivas que puedan afectar a la organización y sus actividades; y,

i) garantizar que ningún miembro de la organización es objeto de represalia, discriminación o sanción disciplinaria por comunicar de buena fe violaciones, o sospechas fundadas de violaciones, de la política de *compliance* penal, o por rehusar participar en actuaciones delictivas, incluso si ello conduce a una pérdida de negocio de la organización.

Como destaca Nieto Martín, la existencia de un compromiso inequívoco en materia de cumplimiento normativo:

1) contribuye a aumentar la eficacia del programa de cumplimiento; y,

2) tiene un importante valor simbólico: para que se perciba la trascendencia de los *compliance* "nada mejor que residenciar la responsabilidad por el correcto funcionamiento del mismo en las altas esferas"[55].

Por último, si bien en este apartado hemos advertido del riesgo que conlleva adoptar un *compliance* única y exclusivamente formal (sin llegar a ejecutarlo), también debemos poner de manifiesto que igual de peligroso es adquirir uno que sea una réplica o copia de otro (un programa de cumplimiento de "corta y pega"). En este sentido, por muchas que sean las semejanzas que existan entre la persona jurídica para la que el modelo se concibió y a la que se pretende extender, la confección de un plan de prevención de delitos es algo que precisa de un procedimiento *ad hoc* que reproduzca una imagen fidedigna de la realidad de una determinada organización.

V. ALGUNOS OBSTÁCULOS PARA SU IMPLANTACIÓN.

Naturalmente, no todo son ventajas cuando hablamos de *compliance*. Por ello, a continuación, expondremos algunos de los principales "inconvenientes" que, a nuestro juicio, se presentan a la hora de incorporar un modelo de organización y gestión:

- *El coste económico.* Es innegable que dotarse de un completo programa de cumplimiento requiere de un importante esfuerzo económico, pues, no sólo se trata de diseñarlo e implantarlo, sino que también requiere una gestión cotidiana, revisiones periódicas, modificaciones, etc. Incluso, habrá que dotar de suficientes recursos al órgano de cumplimiento (*compliance officer*) para que pueda desempeñar correctamente su cometido, a lo que cabría sumar la posibilidad de externalizar determinados elementos del modelo como podría ser el canal de denuncias, el encargo de auditorías que muestren el grado de cumplimiento de

55 Nieto martín, A.: *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un modelo legislativo*, cit., pp. 260-261.

las disposiciones del *compliance*, o la obtención de la correspondiente certificación por entidades acreditadas para ello.

Por tanto, podríamos decir que el éxito del programa de cumplimiento dependerá en buena medida de la capacidad económica de la que disponga la persona jurídica. En cualquier caso, y siendo conscientes de las enormes diferencias que se darán entre los distintos tipos de personas jurídicas (piénsese, por ejemplo, en una multinacional y una Pyme), que se destinen suficientes medios económicos para el *compliance* es una cuestión vital.

- *Reestructuración organizativa.* Si bien la incorporación de estos sistemas de gestión puede no precisar cambios en la estructura organizativa de la persona jurídica, lo habitual será que la implementación de un plan de prevención sí requiera dichas modificaciones, de forma que sea aconsejable para una mayor efectividad del *compliance* proceder a la creación de nuevos órganos, a una redistribución competencial, o que se produzcan reasignaciones a otros departamentos o áreas, etc.

- *Cambios en el funcionamiento.* El programa de cumplimiento exigirá, si se me permite la expresión, un cambio de mentalidad por parte de los integrantes de la persona jurídica. Así pues, uno de los aspectos más difíciles de corregir es la existencia de ciertas prácticas o formas de actuar consagradas en el quehacer diario que puedan contravenir las disposiciones del *compliance*. En este sentido, las iniciales reticencias que, con toda seguridad, mostrarán los miembros de la persona jurídica, deben ser salvadas cuanto antes, sin obviar el tiempo y la pedagogía que ello requiere.

- *Ambiente de trabajo hostil.* No puede obviarse que el establecimiento de un *compliance* penal generará un clima de sospecha continuo, en el sentido de que cualquier actividad estará sometida a un especial sistema de vigilancia, supervisión y control. Máxime cuando, al margen de la posible responsabilidad penal en la que se pueda incurrir, la amenaza de sanción interna de las posibles contravenciones del modelo estará siempre presente. En consecuencia, este es un aspecto que deberá atraer la atención del máximo órgano decisorio de la entidad para tratar de contrarrestar, en la medida de lo posible, dichos efectos perversos, los cuales pueden traducirse, a título de ejemplo, en una disminución de la productividad de la empresa.

VI. CUMPLIMIENTO NORMATIVO: UNA VISIÓN DE CONJUNTO.

A la hora de abordar el *criminal compliance*, resulta de especial transcendencia hacerlo abstrayéndose en cierto modo para así tener una perspectiva lo más amplia posible. Sólo así, el lector se dará cuenta de que los planes de prevención

de delitos se insertan en una estrategia más ambiciosa, de forma que los modelos de organización y gestión ni deben reducirse sólo al ámbito penal, ni sólo deben interpretarse como una herramienta más de control. Al menos, esto sería lo aconsejable.

1. La idea de *compliance* transversal.

Le asiste toda la razón a la Fiscalía General del Estado cuando subraya que "sin duda, muchas empresas se han dotado y se dotarán de completos y costosos programas con la única finalidad de eludir el reproche penal pero, más allá de su adecuación formal a los requisitos que establece el Código Penal, tales programas no pueden enfocarse a conseguir este propósito sino a reafirmar una cultura corporativa de respeto a la Ley, donde la comisión de un delito constituya un acontecimiento accidental y la exención de pena, una consecuencia natural de dicha cultura. De otra manera, se corre el riesgo de que en el seno de la entidad los programas se perciban como una suerte de seguro frente a la acción penal"[56].

En consecuencia, todo *compliance* debería estar orientado no sólo a la prevención de los delitos que se pudieran imputar a la organización, sino también a:

- prevenir conductas delictivas de las que la persona jurídica pudiera verse beneficiada, aun cuando no fuesen generadoras de responsabilidad penal por no estar incluidas en el sistema de *numerus clausus*.

- prevenir la comisión de delitos que, aun cuando no originasen la responsabilidad penal de la persona jurídica por no redundar en beneficio de ésta, sí causaren un perjuicio en otro.

Alguna voz autorizada, como la de Ragués I Vallès, ha propuesto la supresión de la cláusula *en beneficio directo o indirecto* exigida por el art. 31 bis 1 CP, alegando que la persona jurídica debería ser castigada "por aquellas infracciones más graves de los deberes de evitar que las personas físicas que actúan en su esfera de organización cometan delitos en el desempeño de sus funciones que perjudiquen gravemente los intereses de otras personas o los intereses colectivos", y no sólo cuando con tales actuaciones delictivas se pudiera ver beneficiada la persona jurídica[57].

56 Circular de la Fiscalía General del Estado 1/2016, de 22 de enero, sobre la responsabilidad de las personas jurídicas conforme a la reforma del Código Penal efectuada por Ley Orgánica 1/2015, pp. 39-40.

57 Ragués I Vallès, R.: *La actuación en beneficio de la persona jurídica como presupuesto para su responsabilidad penal*, Madrid, Marcial Pons, 2017, p. 158. Cierto es que la cláusula "en beneficio de" se trata de un elemento restrictivo que permite limitar la intervención del *ius puniendi* en este ámbito, sin embargo, si de lo que se trata es de tutelar bienes jurídicos relevantes, no se entiende porqué esa protección sólo se confiere cuando la actuación delictiva pudiera beneficiar o acabe beneficiando a la persona jurídica. Por ello, aun cuando no compartamos con dicho autor que el requisito de actuar "en beneficio de" deba ser

- prevenir delitos de los cuales pudieran verse beneficiados, a título personal, miembros de la persona jurídica (en tal condición), aun cuando éstos no generasen responsabilidad penal para aquélla.

- evitar una condena por participación a título lucrativo (art. 122 CP); o, como responsable civil subsidiario (120.4º CP).

- hacer frente a un posible decomiso *de terceros* (art. 127 quater CP). Esto es, para evitar que la persona jurídica sea "receptora" de ganancias ilícitas[58].

- evitar sanciones administrativas. En este sentido, es de suma importancia que la estrategia de *compliance* prevea una respuesta integral especialmente en aquellas materias en las que pueda haber tanto responsabilidad penal como administrativa. Piénsese, por ejemplo, en ámbitos como el de medio ambiente, urbanismo, blanqueo de capitales, protección de datos, fraude fiscal, financiación ilegal de partidos[59], etc.

- dar cumplimiento a obligaciones legales aun cuando no fueren objeto de sanción[60].

- para la evitación de un simple daño reputacional[61].

Por otro lado, algunas resoluciones de la propia Sala Segunda del Tribunal Supremo hacen hincapié en la siguiente distinción:

- *Compliance programs "ad extra":* para prevenir delitos cometidos por directivos y empleados que generen responsabilidad penal para la persona jurídica y cause perjuicio a terceros.

- *Compliance programs "ad intra":* para evitar la comisión de delitos en el seno de la persona jurídica que perjudiquen a ésta.

---

suprimido, sí consideramos que debiera añadirse el matiz propuesto por éste, de forma que se trataría de hacer responder penalmente a la persona jurídica por actuaciones llevadas a cabo tanto en su beneficio como, en su caso, en perjuicio de los intereses colectivos o de otras personas. *Vid.*, León Alapont, J.: *La responsabilidad penal de los partidos políticos*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2019, p. 321 (nota a pie número 908).

58 En esta línea, Serrano Hoyo, G.: "Programas de cumplimiento penal para la prevención del delito corporativo y decomiso de bienes y ganancias provenientes del mismo o de actividad delictiva previa propia o ajena a la persona jurídica", en Gómez Colomer, J. L. (Dir.): *Tratado sobre Compliance Penal. Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas y Modelos de Organización y Gestión*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2019, p. 1201.

59 En el caso de un partido político, en materia de financiación destacan especialmente las infracciones previstas en la LOFPP y las conductas delictivas tipificadas en el art. 304 bis CP. *Vid.*, sobre este particular, León Alapont, J.: "La reforma de los delitos de financiación ilegal de partidos políticos: un debate desenfocado", *Estudios Penales y Criminológicos*, núm. 39, 2019, pp. 541-591.

60 Tratándose de una formación política cabría destacar las previsiones contenidas en la LOREG, en materia de transparencia, así como de contratación.

61 Martí, J. y Bolívar, M.: "Mapa de riesgos legales para las empresas. ¿De qué forma me afecta como administrador esta nueva reforma penal?", en Giménez Zuriaga I. (Dir.): *Manual Práctico de Compliance*, Cizur Menor, Thomson Reuters-Aranzadi, 2017, p. 103.

Así, por ejemplo, las SSTS 316/2018, de 28 de junio y 365/2018, de 18 de julio (Ponente: Vicente Magro Servet) se pronunciaban en los siguientes términos: "(…) de ahí, la importancia de que en las sociedades mercantiles se implanten estos programas de cumplimiento normativo, no solo para evitar la derivación de la responsabilidad penal a la empresa en los casos de delitos cometidos por directivos y empleados, que serían los casos de ilícitos penales *ad extra*, que son aquellos en los que los perjudicados son terceros/acreedores que son sujetos pasivos por delitos tales como estafas, alzamientos de bienes, etc, sino, también, y en lo que afecta al supuesto ahora analizado, para evitar la comisión de los delitos de apropiación indebida y administración desleal, es decir, *ad intra*".

Por su parte, la STS 192/2019, de 9 de abril (Ponente: Vicente Magro Servet) aludía a: (…) Estos tipos penales antes citados se dan con frecuencia en el sector empresarial auspiciados, precisamente, por la ausencia de mecanismos de control ajenos y extraños a los que conforman la relación entre sujetos que se aprovechan de esas relaciones personales y aquellos que les facultan y autorizan para realizar operaciones que entrañan riesgo para la empresa por la disponibilidad económica y de gestión de quienes los llevan a cabo.

Precisamente, el compliance *ad intra* ajeno a esas relaciones personales y de confianza entre concedentes del poder y sus receptores evitaría, o disminuiría el riesgo de que estas situaciones se produzcan en el seno de las empresas. Con el compliance *ad intra* en el seno de la empresa estas situaciones que aquí se han dado resultan de un alto grado de imposibilidad de ejecución, ante los controles que en el cumplimiento normativo existen y, sobre todo, de un control externo, aunque dentro de la empresa, pero ajeno a los propios vínculos de confianza interna que existen que son los que facilitan, al final, estos ilícitos penales".

2. Algo más que *compliance*.

Como señala Casanovas Ysla, "el concepto de «programa» de *compliance*, como mera concurrencia de una serie de elementos potencialmente idóneos para alcanzar sus propósitos se ve superada por la noción de «sistema de gestión», donde la razonabilidad de cada uno de esos elementos enlaza con los restantes, operando conjuntamente de forma armónica. El diseño, operación y evaluación de sistemas de gestión de *compliance* no se limita a comprobar que se presentan una serie de componentes, precisando ahondar en clase sistémica sobre las interacciones entre ellos. Aunque tal circunstancia implica un esfuerzo, brinda también mayores garantías de funcionamiento eficaz"[62]. En términos similares se pronuncia Hernández Cuadra cuando afirma que "la visión de la

62 Casanovas Ysla, A.: "«Compliance»: de la gestión a la gobernanza" en Frago Amada, J. A.: *Actualidad Compliance 2018*, Cizur Menor, Thomson Reuters-Aranzadi, 2018, p. 89.

función de *compliance* corporativo como un mero «brazo ejecutor» de normas y procedimientos, lleva aparejado el riesgo de acabar estableciendo modelos de control interno puramente «mecánicos» y de «marcar casillas» dentro de una larga lista de requisitos normativos, desincentivando cualquier interés en profundizar en la búsqueda y aplicación de medidas que contribuyan eficazmente al logro del que debería ser su objetivo prioritario: prevenir y detectar malas conductas de directivos y empleados y adoptar medidas que contribuyan a reforzar una cultura corporativa adecuada"[63].

Empero, lo anterior no es suficiente, así pues, los sistemas de gestión de *compliance* deben interpretarse y ser evaluados bajo el prisma de la gobernanza corporativa. En este sentido, "la interpretación y aplicación práctica de sus directrices o requisitos puede decepcionar cuando operan bajo parámetros de gobernanza inadecuados. En no pocas ocasiones, las disfunciones de los modelos de *compliance* obedecen realmente a malos enfoques de gobernanza corporativa"[64]. Esto es, el entorno en el que se desenvuelve el programa de cumplimiento condiciona el éxito de los sistemas de gestión de *compliance*. Se trata de parámetros, criterios y valores que no se predican del modelo, sino que deben estar presentes en la propia organización, los cuales podrían resumirse gráficamente con la expresión "gestión ética o sostenible"[65]. Por ello, puede afirmarse que el contenido es el sistema de gestión de *compliance*, mientras que el continente es la gobernanza corporativa.

En definitiva, aunque cuando analizamos en profundidad los programas de cumplimiento veamos cada una de las partes como compartimentos estancos, no debemos perder la perspectiva de conjunto. El *compliance* es como un engranaje cuyo funcionamiento depende de la correcta sincronización de todas sus piezas. Cualquier déficit en uno de esos componentes no sólo puede comprometer la eficacia de éstos, sino que puede llegar a invalidar todo el modelo, pues, el grado de conexión existente entre todos los elementos que conforman un plan de prevención es elevado. Esto es, de la adecuada interacción de todos ellos depende su éxito.

En último lugar, haremos alusión a un aspecto que estimamos es de sumo interés. Y, por tanto, debería tenerse en cuenta a la hora de establecer un modelo de organización y gestión. Así, como apunta Hernández Cuadra, "para que exista

63 Hernández Cuadra, E.: "La importancia de adoptar un enfoque ético en el desarrollo de programas de «compliance»", en Frago Amada, J. A.: *Actualidad Compliance 2018*, Cizur Menor, Thomson Reuters-Aranzadi, 2018, p. 35.

64 Casanovas Ysla, A.: "«Compliance»: de la gestión a la gobernanza", cit., p. 77.

65 *Ibid*., p. 88. Al respecto, Hernández Cuadra pone de relieve que "diseñar y establecer un programa de *compliance* real y efectivo requiere un plan estratégico, en el que el buen gobierno y el desarrollo de una cultura de integridad son dos pilares esenciales". *Vid*., Hernández Cuadra, E.: "La importancia de adoptar un enfoque ético en el desarrollo de programas de «compliance»", cit., p. 26.

una prevención efectiva, es necesario que se desarrollen programas de *compliance* que contemplen no solo cuáles son las obligaciones de la empresa (legales y regulatorias y, las adquiridas por la propia empresa a través de sus normas y códigos internos), sino también qué elementos influyen en la conducta de los individuos que integran la organización (…). De este modo las empresas podrán establecer mecanismos que potencien aquellos factores que propicien un impacto positivo en la conducta y eliminen aquellos que ocasionen un impacto negativo'[66]. Esto es, se trata de ir más allá de la mera exigencia legal de cumplir determinados estándares de comportamiento y profundizar más en otros factores extrínsecos e intrínsecos que contribuyan a influir de forma positiva en el comportamiento de las personas.

VII. LIDERAR LA POLÍTICA DE CUMPLIMIENTO NORMATIVO.

En este apartado, nos centraremos en abordar tres aspectos que son esenciales a la hora de incorporar un plan de prevención de riesgos penales: 1) la planificación por parte de la dirección de la persona jurídica; 2) la respuesta ante fallos del sistema; y, 3) la comunicación sobre acciones de *compliance* que incumban a la organización.

1. Comité de *compliance*.

Quien toma la decisión de adoptar un programa de cumplimiento es "el órgano de administración" de la persona jurídica (art. 31 bis 2 CP) o, según el art. 31 bis 4 CP, la persona jurídica.

Nótese que, en este último caso, ya no se alude a que sea el órgano de "administración" quien adopte y ejecute con eficacia el modelo, sino la persona jurídica. Sin embargo, ello no supone ni en el plano teórico ni en el práctico una auténtica diferencia, pues, en realidad, aun cuando el concepto de persona jurídica sea más amplio, puede afirmarse que el máximo órgano decisor de una persona jurídica encarna o se identifica con ésta.

Por tanto, es al máximo órgano decisor de la entidad a quien corresponde "aprobar" que se vayan a incorporar tales mecanismos de prevención de delitos. Nada obsta, naturalmente, para que pueda ser a instancias de algún departamento, etc…

El "liderazgo", al contrario, debe abarcar no sólo la adopción, sino que debe extenderse con más motivo a la ejecución: de ahí que los arts. 31 bis 2 y 4 CP refieran a adopción y ejecución eficaz del *compliance*. Ahora bien, para que ello se

66 *Ibid*., cit., p. 31.

pueda llevar a cabo y/o resulte operativo, habrá que decidir quién será el "líder" del proyecto. Esto es, aunque la decisión de adoptar un modelo de organización y gestión corresponda al órgano de gobierno de la persona jurídica, tiene que haber una persona o grupo de personas que "lideren" ese proceso de implantación, ejecución, y revisión del *compliance*. Esta figura, aunque luego no participe en el control y gestión cotidiana del modelo (función que debiera asumir el *compliance officer*), sí puede ser visto como un "enlace" entre la cúpula de la organización y éste, principalmente, para saber de la marcha del modelo, sin que se entrometa en la labor del *compliance officer* para no comprometer su autonomía.

Así pues, la persona jurídica debería instaurar una especie de comité de *compliance*, departamento de *compliance*, comisionado de *compliance*, o como se quiera llamar, que encarne ese liderazgo del proyecto de cumplimiento normativo. Sin que quepa confundir ni asociar éste, insistimos, con el órgano de cumplimiento o vigilancia (*compliance officer*).

2. Comité de gestión de crisis.

Uno de los aspectos que más perturbación genera cuando la persona jurídica se ve envuelta en un hecho aparentemente delictivo es cómo afrontar dicha situación (*crisis management*). Para ello, lo habitual es conformar un "equipo de respuesta" que tenga la capacidad para decidir si lo conveniente sería confesar la infracción a las autoridades, colaborar, o reparar el daño (atenuantes). O si, por el contrario, se promueve un plan de choque para amortiguar el impacto negativo de una posible condena, esto es, hacer que el hecho afecte lo mínimo posible (tanto a nivel "externo" como "interno") y permita seguir la actividad de la persona jurídica.

En consecuencia, habrá que determinar quiénes forman ese grupo que, en todo caso, deberá ser reducido. Lo aconsejable sería que estuviera integrado por altos directivos de la organización, miembros del gabinete jurídico, contar con la presencia del *compliance officer*, responsables del área implicada, etc. En la decisión que se tome deberán valorarse aspectos como: la posibilidad de ser descubierto el hecho delictivo, el efecto reputacional (negativo) que ello pueda ocasionar, la capacidad económica de la persona jurídica para hacer frente a una cuantiosa multa, la afectación de la imposición de otro tipo de penas (piénsese, por ejemplo, en la suspensión de actividades o en la intervención judicial), etc.

Con todo, la respuesta puede estar previamente definida. En este sentido, como pone de relieve Gómez-Jara Díez, cabría citar tres tipos de planes de

contingencia que ofrecen diversos grados de flexibilidad y, por tanto, autonomía al equipo de respuesta[67]:

1) plan detallado con los estándares y procedimientos que deben seguirse a la hora de reaccionar frente a la detección de una infracción.

2) modelo de planificación que definen las reacciones que se presumen como correctas en respuesta a la detección de la infracción.

3) especificación de los factores que los *managers* deben considerar a la hora de adoptar una determinada acción frente al delito.

En cualquier caso, como apunta Gimeno Beviá, ante la condena de la persona moral y, por tanto, puede decirse que ante un fracaso de la gestión de *compliance*, constituye una acción inteligente designar/contratar un "monitor" que[68]:

- analice y supervise el estado de salud del modelo con la finalidad de mejorar su funcionamiento; y,

- refuerce el cumplimiento normativo: como agente que ayude a la "rehabilitación" de la organización.

3. Gabinete de comunicación.

La persona jurídica debería contar con una herramienta tan imprescindible como ésta en su estrategia de *compliance*.

Por un lado, para anunciar la adopción del programa de cumplimiento, incluso, la obtención de su certificación:

- tras verse envuelta en algún escándalo o ser condenada; o,

- simplemente para mostrar su compromiso con el actuar conforme a Derecho.

Evidentemente, lo que se pretende con este tipo de acciones es lograr un efecto reputacional que redunde en una mejora de la imagen de la entidad. En esta línea, como señala Puyol Montero, "es necesario transmitir a los ciudadanos, a la sociedad en general, a los mercados, y a los inversionistas, los compromisos éticos que está asumiendo globalmente la empresa, no solo para erradicar y prevenir la

67 Gómez-Jara Díez, C.: "La atenuación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas", en Bajo Fernández, M.; Feijóo Sánchez, B. y Gómez-Jara Díez, C.: *Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Cizur Menor, Thomson Reuters-Aranzadi, 2016, pp. 228.

68 Gimeno Beviá, J.: "La monitorización", en Frago Amada, J. A. (Dir.): *Actualidad Compliance 2019*, Cizur Menor, Thomson Reuters-Aranzadi, 2019, pp. 256-257.

comisión de cualquier clase de delito, sino para tener un comportamiento acorde con la responsabilidad social empresarial en todas sus actuaciones''[69].

Por otro lado, una acertada estrategia comunicativa puede contrarrestar (al menos en parte) el impacto reputacional -negativo- que puede generar el verse implicada en una causa penal. De forma que, debe hacerse pedagogía y explicar, entre otros, aspectos como los relativos a:

- por qué no se sostiene la imputación/acusación que pesa sobre la persona jurídica: argumentos de defensa.

- si se ha recurrido una determinada resolución judicial y porqué.

- si la conducta delictiva ha redundado sólo en un beneficio personal de alguno de sus miembros.

- si se ha llegado a conformidad y por qué.

- si se colabora con la justicia.

- si se ha adoptado alguna medida (sanción, revisión del *compliance*, etc.).

En último lugar, quisiéramos advertir que, en caso de que la persona jurídica no pueda contar con un gabinete de comunicación propio, esto no es un inconveniente, pues, pueden contratarse estos servicios de forma esporádica o darse instrucciones concretas acerca del mensaje que los responsables de la organización deban lanzar ante los medios de comunicación y la opinión pública.

VII. FORMACIÓN EN *COMPLIANCE*.

Tanto la condición primera del art. 31 bis 2 CP, como el art. 31 bis 4 CP, exigen que la *adopción* de dichos planes de prevención de delitos deba ser *eficaz*. Por tanto, no basta con haber incorporado un sistema de *compliance*: hay que formar en materia de cumplimiento normativo a los implicados. Dicho de otra forma, no puede decirse que la tarea de adoptar un modelo de organización y gestión se haya concluido si quienes tienen que aplicarlo en el día a día no tienen ninguna indicación al respecto. Ahora bien, no hay que confundir formación con difusión (que es el mero hecho de "dar a conocer", no de instruir). Por tanto, desde nuestro punto de vista, no es suficiente con comunicar por e-*mail*, carta, anuncio o cualquier otra vía, cuál es el *compliance*[70].

69 Puyol Montero, J.: *Criterios prácticos para la elaboración de un código de compliance*, cit., pp. 33-35.

70 Para Palma Herrera, la información y formación no son *conditio sine qua non* para que la adopción sea calificada de eficaz. *Cfr.* Palma Herrera, J. M.: "Presupuestos jurídico-penales de la responsabilidad penal de los entes corporativos y del sistema de «compliances»", en Palma Herrera, J. M. y Aguilera Gordillo, R.:

La formación no sólo debe proporcionarse al inicio, esto es, cuando se vaya a implementar por primera vez el sistema de cumplimiento penal; sino también, ante modificaciones del mismo. En este sentido, la clave es que la formación se imparta con carácter periódico (a modo de recordatorio). Puyol Montero habla gráficamente de "entrenamiento permanente"[71]. Y, por descontado, también habrá que valorar la idoneidad de los planes de formación que se establezcan para cambiarlos cuando proceda.

En cuanto a las modalidades, se ha señalado que la forma más correcta de impartir la formación es la presencial: a través de jornadas, cursos, seminarios, etc.[72]. Con todo, estimamos oportuno ofrecer más posibilidades como la formación *on-line* (*e-learning*), o semipresencial (se pueden proporcionar materiales/guías, a la vez que se compagina con sesiones prácticas). Eso sí, lo ideal es que sean grupos reducidos (no muy numerosos)[73].

Se ha indicado también que la misión formativa debiera corresponder al *compliance officer*[74]. Por el contrario, no consideramos que ello tenga que ser así, ni que sea lo más oportuno. Quizás, lo mejor sería contar con la presencia de quienes redactaron el programa de cumplimiento. En todo caso, quienes finalmente asuman dicha tarea, y aunque el *compliance* sea algo técnico, habrá que explicarlo de la forma más comprensible posible. De igual modo, habrá que procurar que la formación no se convierta sólo en una cuestión teórica; sino que, sobre todo, debe tener un contenido práctico. Asimismo, deberá adaptarse a la capacidad y niveles de responsabilidad de los diferentes destinatarios.

Entre los objetivos de estos planes formativos, como destaca Nieto Martín, cabría citar los siguientes[75]:

1) El más evidente y principal: explicar el funcionamiento del modelo.

2) Forma de trasmitir valores: de contrarrestar las malas prácticas que pueda haber instaladas en la entidad y reafirmar el cumplimiento con la legalidad.

Compliances y responsabilidad penal corporativa, Cizur Menor, Thomson Reuters-Aranzadi, 2017, p. 65. Por el contrario, a nuestro juicio, son los dos elementos que permitirán al juez o Tribunal estimar que la adopción del modelo fue eficaz. *Vid.* León Alapont, J.: "*Criminal compliance*: análisis de los arts. 31 bis 2 a 5 CP y 31 quater CP", cit., p. 12.

71 Puyol Montero, J.: *Criterios prácticos para la elaboración de un código de compliance*, cit., p. 28.

72 Así, por ejemplo, Martínez Puertas, L. y Pujol Capilla, P.: *Guía para prevenir la responsabilidad penal de la empresa*, Cizur Menor, Thomson Reuters-Aranzadi, 2015, p. 71.

73 *Ibid*., p. 72.

74 *Idem*.

75 Nieto Martín, A.: "Código ético, evaluación de riesgos y formación", en Nieto martín, A. (Dir.): *Manual de cumplimiento penal en la empresa*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2015, p. 162.

3) Forma de participar en la confección del programa de cumplimento y en su mejora.

Como por otro lado apunta Bajo Albarracín, se trata de que cada uno de los miembros de la organización entienda cuál es su contribución a la gestión del sistema, el cumplimiento de sus funciones y lo que representa para la organización y para él el incumplimiento[76]. En definitiva, que el conocimiento sobre el funcionamiento y las obligaciones de *compliance* se transforme en un cambio de actitud o mentalidad sobre las formas de hacer las cosas (conforme a la legalidad).

En concreto, respecto de las competencias a adquirir, la Norma UNE 19601:2017 establece, en su apartado 7.4, que la organización debe proporcionar formación a su personal en las siguientes materias:

a) la política de *compliance* penal, el resto del sistema de gestión de *compliance* penal y los procedimientos asociados con él, y de su obligación de cumplir con los requisitos asociados con todo ello.

b) el riesgo penal y el perjuicio, tanto para el personal el personal como para la organización, en el supuesto de su materialización.

c) las circunstancias en las cuales, en el desempeño de su trabajo, se puede materializar un riesgo penal, y cómo reconocer dichas circunstancias.

d) cómo pueden ayudar a prevenir y detectar riesgos penales, evitando su materialización y reconociendo los factores de riesgo principales.

e) su contribución a la eficacia del sistema de gestión de *compliance* penal, incluyendo los beneficios derivados de una mejora del *compliance* penal y de reportar posibles delitos o no conformidades.

f) las implicaciones y consecuencias potenciales de no conformidades relativas a los requisitos establecidos, tanto por la política de *compliance* penal, como por el resto del sistema de gestión de *compliance* penal.

g) cómo y a quién deben reportar sus dudas y preocupaciones en esta materia.

Por otro lado, el proceso de formación en *compliance* puede dividirse en las siguientes etapas o fases:

76 Bajo Albarracín, J. C.: *Sistemas de gestión compliance. Guía práctica para el compliance officers*, Madrid, Centro de Estudios Financieros, 2017, p. 205.

1ª. Sensibilización/concienciación: respecto del sistema de responsabilidad penal de las personas jurídicas, la repercusión de la incorporación de dichos mecanismos de prevención, la idea de cultura de cumplimiento, etc…

2ª. Explicación de las medidas/controles establecidos (*estricto sensu*).

3ª. Advertencia sobre:

a) La existencia de un *compliance officer* y su potestad de supervisión, vigilancia y control;

b) La obligación de informar de irregularidades, así como de la existencia del canal de denuncias (fomento de su uso y garantías); y,

c) Régimen sancionador: posibilidad de imposición de sanciones "disciplinarias", con independencia de la responsabilidad (civil, administrativa, penal) en que se pueda incurrir.

4ª. Adhesión expresa (firma) por parte de cada sujeto a los principios, valores y mecanismos de *compliance* que la persona jurídica haya instaurado en su seno.

5ª. Certificar la formación impartida: lo deseable sería que esto lo hiciera alguien externo a la organización.

Por último, sólo nos quedaría hacer mención a la necesidad de que la formación impartida quede debidamente registrada. En este sentido, se señala que "los programas de formación no solo van a ser útiles para los empleados y para la buena marcha de la empresa sino también serán de utilidad cuando la empresa incurra en algún ilícito. En esos casos concretos, si se llegara a juicio, será de un incalculable valor para el juez acreditar todos los medios que la empresa ha puesto con la finalidad de evitar la comisión del delito en cuestión. Es fundamental dejar constancia de todas las actividades formativas de cualquier tipo que haya organizado la empresa, especificando su objetivo, finalidad y al tipo de trabajadores que han participado y la ficha completa (con una reseña de su preparación) de los que la han impartido. También, se deberá detallar el material que se haya entregado haciendo alusión a las prácticas que se hayan realizado una vez impartida la teoría. Cuanto más detallados sean los programas formativos que a empresa ha llevado a cabo, más posibilidades existen de que el juzgador tome conciencia de la preocupación de la empresa por evitar estos temas (…)"[77].

77 Martínez Puertas, L. y Pujol Capilla, P.: *Guía para prevenir la responsabilidad penal de la empresa*, cit., p. 76.

BIBLIOGRAFÍA

AGUILERA GORDILLO, R.: *Compliance Penal en España. Régimen de Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas. Fundamentación Analítica de Base Estratégica. Lógica Predictiva y Requisitos del Compliance Program Penal*, Cizur Menor, Thomson Reuters-Aranzadi, 2018.

AGUSTINA SANHELLÍ, J. R.: *El delito en la empresa. Estrategias de prevención de la criminalidad intra-empresarial y deberes de control del empresario*, Barcelona, Atelier, 2010.

ALZINA LOZANO, Á.: "Las organizaciones internacionales europeas frente a la violencia en el deporte: (Antecedentes jurídicos e instrumentos vigentes [1980-2018])", *CEFLegal: revista práctica de derecho. Comentarios y casos prácticos,* núm. 220, 2019.

ANDRÉS, P. y SÁNCHEZ SOLER, M.: "Cómo evitar los errores más frecuentes en materia de cumplimiento normativo", en GIMÉNEZ ZURIAGA, I. (dir.): *Manual práctico de compliance*, Cizur Menor, Thomson Reuters-Aranzadi, 2017.

AYALA DE LA TORRE, J. M.: *Compliance. Claves Prácticas*, Madrid, Francis Lefebvre, 2019.

BAJO ALBARRACÍN, J. C.: *Sistemas de gestión compliance. Guía práctica para el compliance officers*, Madrid, Centro de Estudios Financieros, 2017.

BALCARCE, F. I y BERRUEZO, R.: *Criminal compliance y personas jurídicas*, Montevideo-Buenos Aires, B d F, 2016.

BUSATO, P. C.: *Tres tesis sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2019.

CAAMAÑO DOMÍNGUEZ, F.: "Estrategias para la implantación de un programa de cumplimiento normativo", en JUANES PECES, Á. (dir.): *Compliance Penal*, Madrid, Francis Lefebvre, 2017.

CARO CORIA, D. C.: "Imputación objetiva y compliance penal", *Revista General de Derecho Penal*, núm. 30, 2018.

CASANOVAS YSLA, A.: "«Compliance»: de la gestión a la gobernanza", en FRAGO AMADA, J. A.: *Actualidad Compliance 2018*, Cizur Menor, Thomson Reuters-Aranzadi, 2018.

Del Rosal Blasco, B.: "El origen de los programas de cumplimiento normativo penal (*compliance programs*)", en Bacigalupo Sagesse, S.; Feijóo Sánchez, B. y Echano Baldasua, J. I. (Coords.): *Estudios de Derecho Penal. Homenaje al profesor Miguel Bajo*, Madrid, Editorial Universitaria Ramón Areces, 2016.

Fernández Castejón, E. B.: "El criminal compliance program como modelo de prevención: de la teoría a su aplicación en la práctica", *La Ley Penal*, núm. 138, 2019.

Ferré Olivé, J. C.: "Reflexiones en torno al *compliance* penal y a la ética en la empresa", *Revista Penal*, núm. 44, 2019.

Gimeno Beviá, J.: "La monitorización", en Frago Amada, J. A. (Dir.): *Actualidad Compliance 2019*, Cizur Menor, Thomson Reuters-Aranzadi, 2019.

Gómez-Jara Díez, C.: "La atenuación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas", en Bajo Fernández, M.; Feijóo Sánchez, B. y Gómez-Jara Díez, C.: *Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Cizur Menor, Thomson Reuters-Aranzadi, 2016.

Gómez Tomillo, M.: *Compliance penal y política legislativa. El deber personal y empresarial de evitar la comisión de ilícitos en el seno de las personas jurídicas*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2016.

González Cussac, J. L.:

- "Condiciones y requisitos para la eficacia eximente o atenuante de los programas de prevención de delitos", en Gómez Colomer, J. L. (Dir.): *Tratado sobre Compliance Penal. Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas y Modelos de Organización y Gestión*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2019.

- "El plano político criminal en la responsabilidad penal de las personas jurídicas", en Matallín Evangelio (dir.), *Compliance y prevención de delitos de corrupción*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2018.

- "La eficacia eximente de los programas de prevención de delitos", *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XXXIX, 2019.

Gutiérrez Pérez, E.: "Corrupción pública: concepto y mediciones. Hacia el *Public compliance* como herramienta de prevención de riesgos penales", *Política Criminal*, núm. 25, 2018.

Hernández Cuadra, E.: "La importancia de adoptar un enfoque ético en el desarrollo de programas de «compliance»", en Frago Amada, J. A.: *Actualidad Compliance 2018*, Cizur Menor, Thomson Reuters-Aranzadi, 2018.

Jimeno Bulnes, M.: "La responsabilidad penal de las personas jurídicas y los modelos de compliance: un supuesto de anticipación probatoria", *Revista General de Derecho Penal*, núm. 32, 2019.

León Alapont, J..:

- *Compliance Penal. Especial referencia a los partidos políticos*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2020.

- "*Criminal compliance*: análisis de los arts. 31 bis 2 a 5 CP y 31 quater CP", *Revista General de Derecho Penal*, núm. 31, 2019.

- "La reforma de los delitos de financiación ilegal de partidos políticos: un debate desenfocado", *Estudios Penales y Criminológicos*, núm. 39, 2019.

- *La responsabilidad penal de los partidos políticos*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2019.

- "Los programas de cumplimiento penal como objeto de prueba", *Revista General de Derecho Procesal*, núm. 51, 2020.

- "Retos jurídicos en el marco de las investigaciones internas corporativas: a propósito de los *compliances*", *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 22-04, 2020.

Lledó Benito, I.: *Corporate compliance: la prevención de riesgos penales y delitos en las organizaciones penalmente responsables*, Madrid, Dykinson, 2018.

Maroto Calatayud, M: "Autorregulación y legitimidad corporativa: democracia interna y control social en partidos políticos y empresas", en Arroyo Jiménez, L. y Nieto Martín, A. (dirs.): *Autorregulación y Sanciones*, Cizur Menor, Thomson Reuters-Aranzadi, 2015.

Martí, J. y Bolívar, M.: "Mapa de riesgos legales para las empresas. ¿De qué forma me afecta como administrador esta nueva reforma penal?", en Giménez Zuriaga, I. (dir.): *Manual Práctico de Compliance*, Cizur Menor, Thomson Reuters-Aranzadi, 2017.

Martínez Puertas, L. y Pujol Capilla, P.: *Guía para prevenir la responsabilidad penal de la empresa*, Cizur Menor, Thomson Reuters-Aranzadi, 2015.

Navarro Cardoso, F.: "A vueltas con la vieja delimitación entre ilícito administrativo e ilícito penal, a propósito de algunos nuevos problemas", en

Demetrio Crespo, E. (Dir.): *Derecho penal económico y Teoría del delito*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2020.

Nieto Martín, A.:

- "Código ético, evaluación de riesgos y formación", en Nieto martín, A. (dir.): *Manual de cumplimiento penal en la empresa*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2015.

- "Cumplimiento normativo, criminología y responsabilidad penal de personas jurídicas", en Nieto martín, A. (dir.): *Manual de cumplimiento penal en la empresa*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2015.

- *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un modelo legislativo*, Madrid, Iustel, 2008.

- "Problemas fundamentales del cumplimiento normativo", en Kuhlen, L., Montiel, J. P., Ortiz de Urbina Gimeno, I. (eds.): *Compliance y teoría del Derecho penal*, Madrid, Marcial Pons, 2013.

Orts Berenguer, E. y González Cussac, J. L.: *Compendio de Derecho Penal. Parte General*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2019.

Palma Herrera, J. M.: "Presupuestos jurídico-penales de la responsabilidad penal de los entes corporativos y del sistema de «compliances»", en Palma Herrera, J. M. y Aguilera Gordillo, R.: *Compliances y responsabilidad penal corporativa*, Cizur Menor, Thomson Reuters-Aranzadi, 2017.

Pérez González, S.: "Racionalidad penal-económica y sistemas de cumplimiento como derecho intermedio", *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 20-19, 2018.

Puyol Montero, J.: *Criterios prácticos para la elaboración de un código de compliance*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2016.

Quintero Olivares, G.:

- "La reforma del régimen de responsabilidad penal de las personas jurídicas", en Quintero Olivares, G. (dir.): *Comentario a la reforma penal de 2015*, Cizur Menor, Thomson Reuters-Aranzadi, 2015.

- "Los programas de cumplimiento normativo y el derecho penal" en Demetrio Crespo, E. y Nieto martín, A. (dirs.): *Derecho penal económico y Derechos Humanos*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2018.

RAGUÉS I VALLÈS, R.: *La actuación en beneficio de la persona jurídica como presupuesto para su responsabilidad penal*, Madrid, Marcial Pons, 2017.

RAMOS BARSELÓ, F.: "Funciones del compliance officer empresarial", en RAMOS BARSELÓ, I. (Dir.): *Manual Práctico de Compliance*, Cizur Menor, Thomson Reuters-Aranzadi, 2017.

RIBAS, X.: "25 argumentos a favor del Compliance", en RIBAS, X. (Dir.): *Practicum Compliance 2020*, Cizur Menor, Thomson Reuters-Aranzadi, 2019.

SERRANO HOYO, G.: "Programas de cumplimiento penal para la prevención del delito corporativo y decomiso de bienes y ganancias provenientes del mismo o de actividad delictiva previa propia o ajena a la persona jurídica", en GÓMEZ COLOMER, J. L. (Dir).: *Tratado sobre Compliance Penal. Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas y Modelos de Organización y Gestión*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2019.

VILLEGAS GARCÍA, M. Á.: *La responsabilidad criminal de las personas jurídicas. La experiencia de Estados Unidos*, Cizur Menor, Thomson Reuters-Aranzadi, 2016.

CONTENIDO DE LA CARTA INDIVIDUAL DE EXTINCIÓN EN EL MARCO DEL DESPIDO COLECTIVO: INCIDENCIA SOBRE LA AFECTACIÓN DE TRABAJADORAS EMBARAZADAS

CONTENT OF THE INDIVIDUAL EXTINCTION LETTER IN COLLECTIVE DISMISSALS: IMPACT ON THE INVOLVEMENT OF PREGNANT WORKERS

Rev. Boliv. de Derecho Nº 31, enero 2021, ISSN: 2070-8157, pp. 390-421

Juan Alberto
TORMOS
PÉREZ

ARTÍCULO RECIBIDO: 19 de octubre de 2020
ARTÍCULO APROBADO: 13 de noviembre de 2020

RESUMEN: La presente obra analiza los principales pronunciamientos judiciales en relación al contenido de la carta individual de despido derivado de un despido colectivo. Se discute sobre la conveniencia de incluir la causa en la carta, así como los criterios de selección del trabajador afectado. La cuestión tiene una especial incidencia sobre un colectivo concreto: las trabajadoras embarazadas.

PALABRAS CLAVE: Carta individual de despido; despidos colectivos; criterios de selección; trabajadoras embarazadas.

ABSTRACT: *This work analyses the main judicial rulings related to the content of the individual extinction letter derived from a collective dismissal. The need of including the cause in the letter is discussed, as well as the selection criteria for the involved workers. The issue has a special impact on a specific group: pregnant workers.*

KEY WORDS: *Individual extinction letter; collective dismissals; selection criteria; pregnant workers.*

SUMARIO.- I. INTRODUCCIÓN: EL DESPIDO DERIVADO DE UN DESPIDO COLECTIVO. II. CONTENIDO DE LA CARTA DE DESPIDO: LA CAUSA. III. INCLUSIÓN DE LOS CRITERIOS DE SELECCIÓN EN LA NOTIFICACIÓN INDIVIDUAL DE DESPIDO: EVOLUCIÓN DE LA POSTURA JUDICIAL.- 1. Postura rigorista o rígida.- 2. Postura flexible.- 3. La doctrina Bankia del Tribunal Supremo.- IV. INCIDENCIA SOBRE LA AFECTACIÓN DE UN COLECTIVO ESPECÍFICO: LAS TRABAJADORAS EMBARAZADAS.- 1. Recientes pronunciamientos del TS e incidencia sobre las trabajadoras embarazadas.- 2. La doctrina Porras Guisado del TJUE.- V. CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN: EL DESPIDO DERIVADO DE UN DESPIDO COLECTIVO.

En el marco de los despidos colectivos del art. 51 del Estatuto de los Trabajadores (ET), la notificación individual del despido a los trabajadores concretamente afectados es un acto indispensable para llevar a efecto los despidos. En la fase colectiva del despido colectivo, la empresa lleva a cabo un período de consultas con los representantes de los trabajadores sobre la medida a adoptar, que puede finalizar con acuerdo o sin él. Bien se haya alcanzado un acuerdo, o no se haya alcanzado y entonces el despido se adopte por decisión unilateral del empresario, este debe efectuar los despidos de los concretos trabajadores afectados por la medida, en lo que se conoce como fase individual o de ejecución del despido colectivo[1].

Del mismo modo que, con anterioridad a la reforma laboral de 2012, la autorización administrativa previa no extinguía por sí misma los contratos, sino que tenía un carácter habilitante a fin de que el empresario procediera a ello, en la actualidad el acuerdo alcanzado en período de consultas o la decisión empresarial adoptada al final del mismo sin acuerdo tampoco extinguen por sí mismos los contratos de trabajo. En este sentido, el empresario debe ejecutar individualmente los despidos a fin de extinguir el contrato de los trabajadores concretamente afectados, y dicho despido se efectúa a través de la entrega de la carta o notificación individual de despido[2].

1 Sobre la regulación del despido en España, véase en la doctrina Cruz Villalón, J.: "La regulación del despido en España: funciones y articulación jurídica", en AA.VV.: *La regulación del despido en Europa: régimen formal y efectividad práctica* (ed. por J. Cruz Villalón), Tirant lo Blanch, València, 2012.

2 Sobre la entrega de la carta individual de despido en el despido colectivo, véase Blasco Pellicer, Á.: *La extinción del contrato de trabajo en la reforma laboral de 2012*, Tirant lo Blanch, València, 2013, p. 82.

• Juan Alberto Tormos Pérez
Profesor Ayudante Doctor de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universitat de València.

Desde un punto de vista histórico, hay que remontarse a la regulación del despido colectivo previa a la reforma laboral de 2012, en la que los despidos eran autorizados por la autoridad laboral[3]. El Reglamento de Procedimientos de Regulación de Empleo (RPRE) de 1996[4] introdujo la posibilidad de que la autorización fuera abierta, es decir, que en vez de incluir el listado nominativo de trabajadores afectados, dejase al arbitrio del empresario la concreta decisión de qué trabajadores se verían afectados[5]. Pues bien, en esos supuestos en que la autorización administrativa tenía un carácter abierto y dejaba al empresario la concreción de los trabajadores afectados, se hizo necesario que el empresario pusiera en conocimiento del trabajador las razones de su concreta afectación en el despido, y surgió la duda de qué contenido debía tener dicha comunicación[6].

Ahora bien, sin entrar en detalles relativos al régimen jurídico existente con carácter previo a la reforma laboral de 2012, el régimen actual del despido colectivo es exclusivamente de ejecución empresarial, es decir, los despidos los realiza el empresario, bien por decisión propia o según el acuerdo alcanzado con los representantes de los trabajadores. La ejecución se materializa a través de la notificación del despido mediante la entrega de la carta individual de despido, respecto de la que se genera el debate sobre cuál debe ser su contenido, en particular, sobre si debe detallar los criterios de selección y las razones de la concreta afectación del trabajador en cuestión, máxime cuando se trata de colectivos específicos de trabajadores, como pueden ser las trabajadoras embarazadas. Sobre la cuestión de la carta, además, hay que tener presente que la notificación individual del despido a los trabajadores afectados se realiza conforme a las reglas y formalidades contenidas en el art. 53.1 ET para los despidos objetivos[7].

---

3 Sobre la supresión de la autorización administrativa previa, véase Puebla Pinilla, A. de la: "Las paradojas del despido colectivo tras la supresión de la autorización administrativa", *Teoría y Derecho*, núm. 13, 2013, pp. 129-156.

4 Real Decreto 43/1996, de 19 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos de regulación de empleo y de actuación administrativa en materia de traslados colectivos (BOE 20/02/1996).

5 Sobre la autorización de carácter abierto, y no nominativa, véase, Agustí Maragall, J.: "La coordinación entre el proceso colectivo de impugnación y los procesos individuales contra los despidos derivados del despido colectivo", en AA.VV.: *Tratado de despido colectivo* (dir. por M. Godino Reyes), Tirant lo Blanch, València, 2016, p. 780.

6 Sobre la necesidad de que el empresario ponga en conocimiento del trabajador las razones de su concreta afectación, véase Azagra Solano, M.: "La comunicación del despido individual vinculado al despido colectivo", en AA.VV.: *Tratado de despido colectivo* (dir. por M. Godino Reyes), Tirant lo Blanch, València, 2016, p. 517-525.

7 Sobre la cuestión, véase Goerlich Peset, J.M.: "La extinción del contrato de trabajo en la reforma de 2012: la culminación de una larga evolución", en AA.VV.: *La regulación del Mercado Laboral. Un análisis de la Ley 3/2012 y de los aspectos laborales del Real Decreto-ley 20/2012* (dir. por I. García-Perrote Escartín, y J.R. Mercader Uguina), Lex Nova, Valladolid, 2012, p. 363; y Pérez Capitán, L.: *El despido colectivo y las medidas de suspensión y reducción de jornada*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2013, p. 172-173. Por su parte, la STS 20 octubre 2005 (rec. 4153/2004) señala: "El despido objetivo se lleva a cabo por decisión unilateral y exclusiva del empresario, sin que exista ningún control previo a ese acto extintivo sobre la concurrencia de las causas en que tal empresario basa ese despido; el control de la existencia o no de esas causas justificativas del mismo se lleva a cabo, después de que éste ha tenido lugar, mediante el proceso judicial iniciado por virtud de la demanda presentada por el trabajador cesado impugnando ese despido objetivo; de ahí que, para hacer posible la adecuada y correcta defensa jurídica de la pretensión impugnatoria del trabajador en ese proceso judicial, la Ley imponga como obligación esencial para la validez del despido

De hecho, el art. 51.4 ET señala que "alcanzado el acuerdo o comunicada la decisión a los representantes de los trabajadores, el empresario *podrá* notificar los despidos individualmente a los trabajadores afectados, lo que deberá realizar conforme a lo establecido en el artículo 53.1". El verbo en futuro "podrá", aunque expresado en modo confuso, no debe entenderse en el sentido de que la notificación individual del despido es potestativa para el empresario, sino que debe entenderse como una obligación que puede llevarse a cabo una vez alcanzado el acuerdo o comunicada por el empresario su decisión a los representantes, pero no antes[8].

Dicha notificación individual se vehicula a través de la carta de despido, que, según el art. 51.4 ET, debe realizarse conforme a las formalidades establecidas en el art. 53.1 ET para los despidos objetivos. La remisión del art. 51.4 ET al art. 53.1 ET supone una asimilación plena entre el procedimiento a seguir en la fase individual del despido colectivo y el procedimiento a seguir en los despidos objetivos individuales o plurales, por lo que habrá que seguir las formalidades allí previstas[9], aunque con alguna matización.

Los requisitos formales previstos en el art. 53.1 ET para los despidos objetivos, vienen modulados en el caso de los despidos derivados de un procedimiento de despido colectivo. Así, la jurisprudencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo ha ido atenuando y matizando de una manera paulatina dichas formalidades cuando se aplican al despido colectivo, y ello principalmente en atención a las importantes diferencias de tramitación que presenta el despido colectivo con respecto al despido objetivo. La principal diferencia se refiere a la existencia de un período de consultas con una negociación previa con los representantes de los trabajadores[10]. En este sentido, la STS 15 marzo 2016[11] señala que la carta individual del despido derivado de un despido colectivo "ha de revestir, con carácter general, las mismas formalidades que la comunicación del despido objetivo".

objetivo que el empresario le comunique por escrito ese despido con expresión de sus causas." Como aclaración, todas las sentencias del Tribunal Supremo (STS) y de Tribunales Superiores de Justicia (STSJ) que se citan en el presente trabajo, son de la Sala de lo Social.

8 Sobre esta cuestión en particular, véase Blasco Pellicer, Á., García Testal, E.: "Otros procesos por extinción de la relación laboral", en AA.VV.: *El proceso laboral: Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la Jurisdicción Social* (coord. por A. Blasco Pellicer, y M. Alegre Nueno), Vol. 1, Tirant lo Blanch, València, 2013, p. 853.

9 Así lo señala, Blasco Pellicer, Á.: *La extinción*, cit., p. 83. Sobre las formalidades del art. 53.1 ET para los despidos objetivos, véase Altés Tárrega, J.A., Blasco Pellicer, Á., Nores Torres, L.E.: *El despido objetivo*, Tirant lo Blanch, València, 2010, p. 240-257.

10 Véase Blasco Pellicer Á., Talens Visconti, E.: *La forma y el procedimiento del despido*, Tirant lo Blanch, València, 2018, p. 197.

11 STS 15 marzo 2016 (rec. 2507/2014).

Por ello, es necesario analizar el contenido que debe tener la carta en estos casos, y posteriormente la incidencia respecto de la afectación de trabajadoras embarazadas.

II. CONTENIDO DE LA CARTA DE DESPIDO: LA CAUSA.

El contenido de la carta individual de despido derivado de un procedimiento de despido colectivo constituye una cuestión en la que ha habido disparidad de criterios doctrinales y judiciales.[12] La importancia del contenido de la carta individual de despido radica en su carácter delimitador del ámbito del proceso jurisdiccional posterior y su relevancia en cuanto a evitar la indefensión del trabajador despedido. En este sentido, la carta individual de despido es el presupuesto para la impugnación judicial posterior realizada por el trabajador en vía individual. Por ello, la carta debe permitir al trabajador despedido estar en condiciones de defenderse de la medida empresarial, en pos del derecho a la tutela judicial efectiva[13]. Estas exigencias formales se aplican tanto en los despidos colectivos ejecutados por el empresario sin acuerdo, como en aquellos en que se haya alcanzado un acuerdo con los representantes, a pesar de que algún aspecto de la norma pudiera interpretarse en modo rigurosamente literal en el sentido de que sólo procede la notificación en despidos sin acuerdo[14].

Una vez establecida legalmente la obligación de notificar o comunicar la decisión de despido a los trabajadores individualmente afectados, surge la duda sobre el alcance del contenido de la conocida como carta de despido, es decir, cuándo se considera "suficiente" a efectos de garantizar al trabajador despedido la posibilidad de defender sus intereses ante los tribunales[15].

El art. 124.13 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social (LRJS)[16], que regula la impugnación individual del despido colectivo, señala que "el trabajador individualmente afectado por el despido podrá impugnar el mismo a través del procedimiento previsto en los artículos 120 a 123 de esta ley"; y a su vez el art. 122.3 LRJS señala que "la decisión extintiva se calificará como improcedente cuando no se hubieren cumplido los requisitos establecidos

12 Sobre el contenido de la carta individual de despido en procedimientos de despido colectivo, véase Azagra Solano, M.: "La comunicación", cit., p. 527-557; y Sáez Lara, C.: *Reestructuraciones empresariales y despidos colectivos*, Tirant lo Blanch, València, 2015, p. 203-208.

13 Sobre ello, véase Goerlich Peset, J.M.: "La extinción", cit., p. 363.

14 Así lo señala Goerlich Peset, J.M.: "La extinción", cit., p. 363. De hecho, la doctrina ha señalado que es precisamente en los despidos realizados con acuerdo, es decir, en los que previsiblemente no habrá una impugnación colectiva, cuando entra en juego con más intensidad la protección de las garantías del trabajador individualmente afectado. En este sentido, Blasco Pellicer, Á.: "La extinción del contrato de trabajo en el RDL 3/2012: aspectos sustantivos, procesales y de Seguridad Social", en AA.VV.: *La reforma laboral en el Real Decreto-Ley 3/2012*, Tirant lo Blanch, València, 2012, p. 180 y ss. Por lo tanto, la decisión de despido debe necesariamente notificarse individualmente al trabajador, haya o no acuerdo.

15 Véase Azagra Solano, M.: "La comunicación", cit., p. 527.

16 BOE 11/10/2011.

en el apartado 1 del artículo 53" del ET, por lo que remite a las formalidades del despido objetivo del art. 53.1 ET. Dicho precepto, en el apartado a), se refiere a la "comunicación escrita al trabajador *expresando la causa*".

De ello se deduce que en la carta de despido el empresario debe exponer y explicar en modo suficiente la causa, de modo que los trabajadores afectados, quienes no han participado directamente en el período de consultas, puedan conocer por qué se ven afectados. La doctrina considera que la carta de despido debe contener "algo más" que una mera referencia al despido colectivo tramitado[17], si bien es cierto que puede discutirse el grado de concreción que debe tener la misma.

En relación al contenido de la carta en los despidos objetivos, los tribunales han señalado que el empresario debe notificar individualmente al trabajador afectado su despido "expresando la causa", lo que implica que el contenido de la carta o comunicación debe ser "claro e inequívoco". Así lo han señalado la STS 3 noviembre 1982, y STS 7 julio 1986[18], que además se refieren al hecho de que los requisitos de la carta de despido objetivo deben equipararse a los de la carta de despido disciplinario, entendiendo la expresión "causa" como equivalente a los "hechos" a que se refiere el art. 55 ET para el despido disciplinario[19].

Por ello, los tribunales no admiten "formulaciones genéricas" o abstractas al respecto, como señala la STS 10 marzo 1987, o la STS 30 marzo 2010[20]. Tampoco se admiten meras "invocaciones de preceptos estatutarios", como señala la STS 9 diciembre 1998[21]. Ahora bien, los tribunales tampoco exigen una "descripción

17 Así lo expresa Goerlich Peset, J. M.: "La extinción", cit., p. 364, quien se muestra partidario, por prudencia, de que la empresa aproxime el contenido de la carta lo máximo posible al contenido de la comunicación inicial del procedimiento, ya que a fin de cuentas dicha documentación está a disposición del empresario, siendo posible además acompañar la carta con documentación en soporte informático, como señala Blasco Pellicer, Á.: "La extinción", cit., p. 179.

18 STS 3 noviembre 1982 (RJ 6482), y STS 7 julio 1986 (RJ 3961).

19 En la doctrina de las Salas de lo Social de los Tribunales Superiores de Justicia (TSJ), cabe citar, en el mismo sentido, las SSTSJ Castilla-La Mancha 4 junio 2007 (rec. 497/2007); Islas Canarias (Tenerife) 8 septiembre 2006 (rec. 408/2006); Castilla-La Mancha 4 julio 2006 (rec. 504/2006); y Navarra 30 septiembre 2005 (rec. 295/2005).

20 STS 10 marzo 1987 (RJ 1371), y STS 30 marzo 2010 (rec. 1068/2009). En la doctrina de las Salas de lo Social de los TSJ, cabe citar las SSTSJ Cataluña 13 diciembre 2006 (rec. 768/2005); País Vasco 30 mayo 2006 (rec. 469/2006); Islas Canarias (Las Palmas) 10 marzo 2005 (rec. 981/2004); País Vasco 8 marzo 2005 (rec. 94/2005); y 15 febrero 2005 (rec. 2992/2004). Sobre esta cuestión, vid. Bodas Martín, R.: "Modificaciones de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social, producidas por la Ley 3/2012, de 6 de julio", en AA.VV.: *Reforma laboral 2012. Análisis práctico del RDL 3/2012, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral* (dir. por I. García-Perrote Escartín y J.R. Mercader Uguina), Lex Nova, Valladolid, 2012, p. 540.

21 STS 9 diciembre 1998 (rec. 590/1997). En la doctrina de las Salas de lo Social de los TSJ, cabe citar las SSTSJ Castilla-La Mancha 4 junio 2007 (rec. 497/2007); 2 noviembre 2006 (rec. 843/2006); y Asturias 11 noviembre 2010 (rec. 1888/2010).

exhaustiva y pormenorizada" de los hechos que determinan la decisión empresarial[22].

Una carta de despido cuyo contenido no cumpliera dichos requisitos por lo que respecta a la causa, provocaría indefensión en el trabajador despedido, así que da lugar a la declaración de improcedencia del despido por incumplimiento de las formalidades del art. 53.1 ET[23].

Pronunciamientos posteriores también han reiterado la necesidad de expresar con claridad las causas del despido. La STS 30 marzo de 2010[24] exige que en la carta se precise suficientemente la causa del despido, y a este respecto, señala que "el significado de la palabra 'causa' en el contexto de la regulación de las causas del despido objetivo por necesidades de la empresa se refiere normalmente no al tipo genérico de causa de despido (por ejemplo, la reestructuración de la plantilla, el cambio de los productos o en los procesos de producción) o a la causa remota que genera las dificultades o situaciones negativas de la empresa en la que se produce el despido (por ejemplo, la crisis económica o las nuevas tecnologías) sino precisamente, como dice repetidamente el art. 51 ET, a las concretas dificultades o situaciones económicas negativas de la empresa alegadas por el empresario para justificar su decisión extintiva". Para acto seguido añadir que "son estas dificultades o situaciones económicas negativas las que constituyen, en terminología del art. 51 ET las 'causas motivadoras' que pueden justificar el acto de despido".

En síntesis, el Tribunal Supremo distingue entre la causa genérica del despido o causa remota, es decir, aquella circunstancia general que da lugar a la reestructuración y al despido; y, por otro lado, la causa específica, concreta o próxima que relaciona la causa genérica con la extinción de un contrato de trabajo. Por ello, la citada STS 30 marzo 2010 señala que "no es solamente una causa abstracta la que tiene que expresarse en la carta de despido, sino también la causa concreta y próxima motivadora de la decisión extintiva, que refleja la incidencia en la empresa de un determinado tipo de causa o de una posible causa remota".

22 Así lo señala la STSJ Cataluña 25 abril 2012 (rec. 658/2012): "Como es bien sabido, no puede reclamarse que la comunicación extintiva contenga una descripción exhaustiva y pormenorizada de los datos económicos y productivos de la demandada, pues un relato de este tipo va más allá de lo exigido en el art. 53.1 a) ET." Al respecto, hay varios pronunciamientos en sede de suplicación. Véanse las SSTSJ Islas Canarias (Tenerife) 8 septiembre 2006 (rec. 408/2006); Castilla-La Mancha 4 julio 2006 (rec. 504/2006); Navarra 30 septiembre 2005 (rec. 295/2005); y Madrid 30 septiembre 2005 (rec. 3038/2005).

23 Téngase en cuenta que, tras la reforma operada por el Real Decreto-ley 10/2010, de 16 de junio, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo (BOE 17/06/2010), y la posterior Ley 35/2010, de 17 de septiembre, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo (BOE 18/09/2010), el incumplimiento de las formalidades del art. 53.1 ET no da lugar a la nulidad del despido, sino a la improcedencia. Sobre la reforma laboral de 2010, véase Desdentado Bonete, A., Puebla Pinilla, A. de la: "La reforma del despido en la Ley 35/2010", en AA.VV.: *La reforma del mercado de trabajo. Ley 35/2010, de 17 de septiembre* (dir. por I. García-Perrote Escartín y J. Mercader Uguina), Lex Nova, Valladolid, 2010.

24 STS 30 marzo 2010 (rec. 1068/2009). Sobre esta sentencia y el contenido de la carta de despido, véase Bodas Martín, R.: "Modificaciones de", cit., p. 540.

En un sentido similar, se han pronunciado otras sentencias, como la STS 1 julio 2010, STS 30 septiembre 2010, STS 19 septiembre 2011, y STS 10 noviembre 2011[25]. En definitiva, se exige que la carta precise los hechos que conectan con la causa "concreta y próxima", es decir, la causa motivadora de la decisión extintiva.

La citada STS 1 julio 2010 estableció la definición de "causa" a estos efectos. De este modo, y como se ha señalado, cabe distinguir entre causa genérica, es decir, el motivo remoto que generó las dificultades en la empresa y el recurso al despido colectivo; y, por otro lado, la causa concreta, próxima o específica, es decir, la razón que justifica la afectación concreta del trabajador y la extinción de su contrato de trabajo. En otras palabras, la causa concreta o específica es la razón por la que la causa genérica afecta particularmente al trabajador cuyo contrato se extingue.

La Sala de lo Social del Tribunal Supremo ha establecido claramente la obligación de explicar la causa en la carta individual también en los casos de despido derivado de un procedimiento de despido colectivo. Así lo ha señalado la STS 12 mayo 2015[26] en un supuesto en el que la empresa, en la carta individual de despido, había hecho una remisión al acuerdo adoptado con los representantes de los trabajadores.[27] Dicha sentencia se refiere a "circunstancias especiales" que permitan integrar el contenido de la carta individual de despido, y ello no puede hacerse más que con referencia al eventual acuerdo suscrito durante el período de consultas.

Por su parte, la STS 2 junio 2014[28] se refiere a una carta que se remitía al acuerdo alcanzado en un procedimiento en el que las secciones sindicales informaron a los trabajadores mediante reuniones informativas y hasta se les convocó a una votación para ratificar el acuerdo. En la STS 23 septiembre 2014[29], se entendía suficiente el contenido de la carta porque se integraba con el contenido de la documentación que acompañaba a la carta, y que incluía varios informes emitidos durante el período de consultas y documentación relativa al fin del mismo[30].

Pues bien, para la citada STS 12 mayo 2015, la expresión de la causa "debe consistir en los hechos de los que ordinariamente se desprenda, según las normas

25 STS 1 julio 2010 (rec. 3439/2009), STS 30 septiembre 2010 (rec. 2268/2009), STS 19 septiembre 2011 (rec. 4056/2010), y STS 10 noviembre 2011 (rec. 394/2011).

26 STS 12 mayo 2015 (rec. 1731/2014).

27 Por el contrario, la sentencia recurrida y casada, la STSJ Castilla-La Mancha 9 enero 2014 (rec. 919/2013), aceptó la remisión al acuerdo, pues consideró que la trabajadora afectada tuvo conocimiento de la situación de la empresa y pudo plantear sus pretensiones impugnatorias sin problemas.

28 STS 2 junio 2014 (rec. 2534/2013).

29 STS 23 septiembre 2014 (rec. 231/2013).

30 En particular, la sentencia señala: "consideramos que el contenido de la carta de despido puede ser suficiente si se contextualiza".

jurídicas a ellos aplicables, el efecto jurídico correspondiente a la pretensión extintiva empresarial", y ello no sucedía en el supuesto enjuiciado, pues la carta de despido "se limitaba a remitirse al contenido del acuerdo (que ni trascribía ni acompañaba) alcanzado entre la empresa y la representación legal de los trabajadores al finalizar el período de consultas", e incluía expresiones genéricas que podían aplicarse a cualquier despido por causas objetivas[31]. En consecuencia, no basta con que el empresario haga una remisión genérica al hipotético acuerdo alcanzado con la representación de los trabajadores, sino que debe explicar la causa por la que se produce la extinción del contrato.

La doctrina también se ha referido a esta cuestión, y ha señalado que no es admisible que el empresario haga una remisión a la comunicación o documentación entregada en su momento a los representantes de los trabajadores, pues la expresión de la causa resulta "insoslayable"[32]. Del mismo modo, y más recientemente, la STS 22 marzo 2017[33] ha establecido como exigencias ineludibles de carácter formal en la ejecución individual de despidos derivados de un despido colectivo, la comunicación escrita "con indicación de la causa", la puesta a disposición del trabajador de la indemnización, y la concesión del plazo de preaviso de 15 días[34].

III. INCLUSIÓN DE LOS CRITERIOS DE SELECCIÓN EN LA NOTIFICACIÓN INDIVIDUAL DE DESPIDO: EVOLUCIÓN DE LA POSTURA JUDICIAL.

Una de las cuestiones que se ha planteado en torno al contenido de la carta individual de despido derivado de un procedimiento de despido colectivo, y que ha dado lugar a un intenso debate doctrinal y jurisprudencial, es el relativo a la inclusión o no, y con qué alcance, de los criterios de selección para designar al trabajador afectado por el despido[35]. La cuestión relativa a la indicación de la causa, junto con la matización realizada por los tribunales distinguiendo entre causa remota o genérica, y causa próxima o específica, afecta por lo general a todos los despidos fundados en causas económicas o empresariales, bien sean de carácter colectivo, o bien de carácter individual o plural. Ahora bien, la cuestión de la inclusión o no de los criterios de selección en la carta individual de despido

31 El Tribunal señala que la causa debe hacer referencia a los extremos fácticos que permitan la incardinación del despido en los presupuestos fácticos de aplicación del art. 51.1 ET: las causas económicas, técnicas, organizativas y de la producción, según las definiciones y ejemplos que incluye el precepto.

32 En estos términos, Blasco Pellicer, Á.: *La extinción*, cit., p. 83. No obstante, señala que cuestión distinta es que, junto a la notificación individual, se haga entrega al trabajador de manera simultánea de la decisión final de despido si en ella constan explicadas las causas, en cuyo caso cabría entender que dicha información integra el contenido de la carta de despido.

33 STS 22 marzo 2017 (rec. 1487/2015).

34 Precisamente para señalar que no cabe exigir formalidades del art. 53.1 ET que resulten "irrazonables" en un despido derivado de un procedimiento de despido colectivo, como es el caso de la notificación de la carta a los representantes legales de los trabajadores, la citada STS 22 marzo 2017 señala como ineludible que en la carta de despido se indique la causa del mismo.

35 Precisamente sobre los criterios de selección, destaca en la doctrina Roqueta Buj, R.: *La selección de los trabajadores afectados por los despidos colectivos*, Tirant lo Blanch, València, 2015.

afecta específicamente a los despidos derivados de un procedimiento de despido colectivo.

Las peculiaridades del procedimiento de despido colectivo, caracterizado por la negociación llevada a cabo en el período de consultas, hacen pensar que los requisitos de comunicación en este sentido deben interpretarse de un modo atenuado, o con alguna matización. También es cierto que el art. 53.1 ET, que está pensado para los despidos objetivos individuales o plurales, no se refiere a los criterios de selección. Por otro lado, la exigencia de comunicar al trabajador la causa específica de su despido debe interpretarse como una llamada a exigir la indicación de los criterios de selección en la carta de despido, así como de justificar la aplicación de los mismos al trabajador concretamente afectado. Y ello con la misma finalidad que la señalada respecto al contenido de la carta en los despidos objetivos, que no es otra que permitir al trabajador despedido su defensa en vía jurisdiccional.

Como se ha apuntado, el debate incluye dos extremos, que son la inclusión o no de los criterios de selección tenidos en cuenta por el empresario a la hora de designar a los afectados; y, por otro lado, la inclusión o no de las pautas de aplicación de dichos criterios al concreto trabajador afectado (criterios de designación), a fin de que resulte finalmente seleccionado y despedido.

La postura de los tribunales ha sido dispar sobre la eventual obligación de incluir los criterios de selección en la comunicación individual de despido, y ha ido evolucionando con el tiempo. Las dos posturas principales, en función del nivel de detalle del contenido de la carta son la postura rigorista o rígida, que exige la inclusión de los criterios de selección en la carta de despido, e incluso los criterios de designación, es decir, la aplicación de los criterios al concreto trabajador; y, por otro lado, la postura flexible, que permite obviar este tipo de información en la carta de despido[36].

1. Postura rigorista o rígida.

La postura rigorista que han adoptado varias resoluciones judiciales exige un mayor nivel de exhaustividad en la información proporcionada al trabajador afectado en la carta de despido, y en concreto, se muestra partidaria de informar al trabajador sobre los criterios que han determinado su inclusión en el despido colectivo e incluso sobre cuál ha sido su concreta aplicación.

36 En la doctrina, esta división la señala Azagra Solano, M.: "La comunicación", cit., p. 527-557.

La STSJ Castilla y León (Burgos) 16 enero 2014[37] abre esta línea de interpretación judicial más rigorista. La sentencia aborda un despido colectivo en la empresa Bankia, en el que se había pactado con la representación de los trabajadores que los afectados iban a ser seleccionados conforme a una "valoración" llevada a cabo mediante un proceso de evaluación en el que se valoraban parámetros como el "perfil competencial", los "indicadores de potencial" y el "cumplimiento de objetivos". La carta de despido informaba al trabajador afectado de que su selección se había efectuado "en aplicación de los criterios" que se han mencionado y de acuerdo con lo pactado en el acuerdo alcanzado en período de consultas, y "de conformidad con el perfil profesional, la adecuación a los puestos de trabajo y la valoración realizada" por la entidad con carácter general, pero sin ninguna ulterior explicación al respecto.

En el caso comentado, el contenido de la carta remite, con carácter general, a los criterios acordados en el marco del período de consultas, pero omite la concreción o aplicación individualizada de dichos criterios, de suerte que no es posible conocer por qué dicho trabajador en concreto se ve afectado y cómo se le aplican los mencionados criterios. En este sentido, la sentencia confirma el pronunciamiento de instancia que declaraba la improcedencia del despido, al considerar que la notificación escrita era insuficiente, al no haber especificado los parámetros de valoración de los criterios aplicados al trabajador, lo cual impedía al trabajador tener conocimiento de todos los elementos relativos a su afectación por el despido, a fin de efectuar la correspondiente impugnación.

La sentencia se refiere a la doctrina sobre el contenido de la carta de despido en los despidos objetivos, señalando que "hay que exigir un plus de información y acreditación en la carta de despido objetivo, frente a la de despido disciplinario, de tal forma que de su sola lectura pueda deducirse en su caso la razonabilidad o no de la medida" […], de suerte que "han de constar, pues, en la carta todos los hechos que justifican la decisión y que permitan verificar la conexión funcional entre la causa y los despidos, limitándose el juicio a la demostración de tales hechos".

Por lo tanto, la postura de la sentencia es que la carta de despido debiera haber incluido el detalle de los criterios de valoración y evaluación del trabajador que han determinado su afectación en el despido colectivo, la ausencia de lo cual priva al trabajador del conocimiento suficiente necesario a fin de impugnar su despido[38].

37 STSJ Castilla y León (Burgos) 16 enero 2014 (rec. 693/2013).

38 Otras sentencias de la misma Sala han confirmado esta posición: STSJ Castilla y León (Burgos) 2 julio 2014 (rec. 452/2014); y 10 julio 2014 (rec. 454/2014).

Un supuesto similar ha sido abordado en la STSJ Madrid 22 enero 2014[39], también referido a la empresa Bankia, y que señala que "la alusión genérica que se hace en la carta entregada al demandante de los motivos por los que se le ha afectado a la extinción de su contrato de trabajo es evidente que incumple las exigencias de concreción que exige la jurisprudencia para que no resulte gravemente perturbada la defensa del demandante que se ha visto colocado en situación de desigualdad al constituir esa inconcreción una posición de ventaja de la que se ha valido la empresa […]". En este punto, el Tribunal se refiere al art. 1258 del Código Civil y a la obligación de la empresa de cumplir con lo pactado y con todas las consecuencias que según su naturaleza sean conformes a la buena fe, de suerte que el acuerdo alcanzado respecto a la selección de los trabajadores conforme a un baremo obliga a la empresa a informar al trabajador con un nivel de precisión suficiente sobre la aplicación de dicho baremo.

También referida a la empresa Bankia está la STSJ Madrid 9 abril 2014[40], que aborda un supuesto en el que la carta de despido no incluía la valoración que había obtenido cada trabajador en el baremo en cuestión, ni se les había notificado los resultados, ni la nota de corte, por lo que los afectados no podían conocer su valoración ni defenderse adecuadamente. Señala la sentencia que si el acuerdo alcanzado en período de consultas incluye los criterios referidos al perfil competencial del afectado, la adecuación al puesto de trabajo y la valoración llevada a cabo por la entidad con carácter general, las extinciones sólo son válidas si se realizan conforme a dichos criterios pactados; y en ese caso, es "preciso que en las cartas de despido se indique las puntuaciones obtenidas por los demandantes para que los mismos articulen su defensa, salvo que ya las supiesen con anterioridad".

Una situación similar se plantea en la STSJ País Vasco 15 julio 2014[41], que señala que "la sola remisión al acuerdo obtenido en el despido colectivo entre la empresa y los representantes de los trabajadores […] constituye tan solo una parte de la exigencia comunicada, que debe aún y todo individualizarse respecto de la evaluación y circunstancias del trabajador afectado que permita su calificación, identificación y posibilidad suficiente de concretar sus circunstancias de selección, conocimiento del criterio y determinación en su afectación, así como el resultado final que le es sustancial y decisivo para poder amparar la posible revisión judicial y el contenido deseado de una tutela judicial efectiva".

En consecuencia, la remisión genérica al contenido del acuerdo alcanzado en el período de consultas no es admisible, pues es necesaria la individualización de

39 STSJ Madrid 22 enero 2014 (rec. 1857/2013).

40 STSJ Madrid 9 abril 2014 (rec. 1905/2013), de la que trae causa la posterior STS 15 marzo 2016 (rec. 2507/2014), asunto Bankia (Pleno).

41 STSJ País Vasco 15 julio 2014 (rec. 1189/2014).

los criterios, es decir, la concreción de su aplicación particularizada al trabajador afectado, porque sólo así puede éste conocer las razones de su afectación, y plantear una eventual impugnación[42].

La STSJ Cataluña 27 febrero 2015, y STSJ Cataluña 5 junio 2015[43], en un sentido similar, sintetizan que los términos genéricos en que se expresa la carta, es decir, sin expresión de los criterios de selección, "privan al trabajador o trabajadora de la posibilidad de desvirtuar los criterios de selección aplicados, supuestamente dimanantes del acuerdo colectivo alcanzado", resultando imposible para el trabajador afectado comprobar si la empresa se había ceñido o no a los límites fijados en el acuerdo, y en consecuencia, generándole indefensión[44].

Lo que exigen dichos pronunciamientos judiciales es que la empresa exprese en la carta datos relativos a los trabajadores afectados, como la "nota de corte" del proceso evaluador, el número de trabajadores afectados, "o cualesquiera de los que pudiera desprenderse la inclusión del mismo en la decisión empresarial". Ello cohonesta con las posiciones doctrinales que conceptúan el contenido de la carta de despido como "instrumental del derecho de defensa del trabajador"[45]. En consecuencia, esta postura exige la plasmación en la carta de despido de los criterios tenidos en cuenta para designar a los afectados, así como, lo más importante, la explicación de las "razones de la aplicación de aquellos al trabajador concretamente despedido", lo que se conoce como criterios de designación[46].

2. Postura flexible.

Otros autores mantienen posturas más matizadas, discrepando sobre la necesidad de incluir los criterios de selección en la comunicación individual de despido[47]. Esta postura se basa en la distinción entre los conceptos de "causa"

42 En el mismo sentido, otras sentencias de la misma sala: SSTSJ País Vasco 17 marzo 2014 (rec. 364/2015); y 10 junio 2015 (rec. 1021/2015). La STSJ Asturias 22 marzo 2013 (rec. 266/2013) también censura que en la carta de despido se haga una mera referencia a la comunicación extintiva.

43 SSTSJ Cataluña 27 febrero 2015 (rec. 7364/2014), y 5 junio 2015 (rec. 1348/2015).

44 Al respecto, vid. Azagra Solano, M.: "La comunicación", cit., p. 533-534. Por su parte, las ya citadas SSTSJ Madrid 22 enero 2014 (rec. 1857/2013), y 9 abril 2014 (rec. 1905/2013), confirman la improcedencia del despido del trabajador al considerar que la alusión genérica a los criterios de selección perturbaba el derecho de defensa. Esta última señala que "al no conocer los demandantes su valoración, no sólo no pueden defenderse adecuadamente, sino que se les ha privado de la posibilidad de adherirse a las bajas indemnizadas, lo que hubiesen realizado de saber que tenían una puntuación que les conduciría a una extinción".

45 Así lo señala Agustí Maragall, J.: "La comunicación individual del despido colectivo", *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 165, 2014, pp. 155-176, quien adopta una postura rigorista al señalar que la comunicación individual ex art. 51.4 ET debe realizarse "con la misma exigencia informativa" que la del art. 53.1 ET para el despido objetivo.

46 Azagra Solano, M.: "La comunicación", cit., p. 534.

47 Así, por ejemplo, Jiménez Batista, A.: "Sobre los requisitos formales de la comunicación extintiva: explicación del criterio de selección", *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 173, 2015, pp. 213-238, en p. 25, considera que la selección de los trabajadores afectados por el despido es una facultad empresarial, por lo que considera que es suficiente con explicar las causas económicas, técnicas, organizativas o productivas

y "criterios de selección", de suerte que la inclusión de los criterios de selección dentro del concepto de "causa" supone una interpretación extensiva no amparada en el tenor literal de la norma, que exige únicamente comunicar al trabajador despedido la causa de la extinción. De este modo, sería incorrecto considerar los criterios de selección como la causa específica, subjetiva o próxima, en contraposición de la causa genérica, a fin de que como "causa" (específica o próxima) sean incluidos en la comunicación individual de despido.

Numerosos pronunciamientos judiciales han asumido esta interpretación más flexible y menos exigente, de manera que no exigen la inclusión de los criterios de selección en la carta de despido, o la explicación sobre la aplicación de los mismos al trabajador.

Estas sentencias, más que un criterio flexible, lo que adoptan es una interpretación finalista, en el sentido que se centran en apreciar si la carta de despido, y el trabajador en todo el contexto del despido colectivo, contaba con información suficiente para plantear impugnación judicial frente a la decisión empresarial. Así, cabe citar la STSJ Madrid 14 febrero 2014, STSJ Madrid 9 enero 2014, y la STSJ Madrid 22 abril 2014[48], en las que el Tribunal considera que se respetaron los criterios objetivos pactados durante el período de consultas, y además destaca que los representantes de los trabajadores conocían dichos criterios, por lo que es razonable suponer que los trabajadores tenían también conocimiento de los mismos.

Ante la disparidad de pronunciamientos, la STSJ Madrid 25 junio 2014[49], dictada por el Pleno de la Sala de lo Social, trató de unificar criterios, concluyendo que no era necesaria la inclusión de los criterios de selección del trabajador afectado en su carta de despido[50]. El Tribunal incide en el hecho de que los criterios, a pesar de su complejidad y de que podían prestarse a un cierto subjetivismo, fueron acordados entre la empresa y la representación de los trabajadores, lo

en las que se fundamenta el despido, sin necesidad de explicar la razón por la que se ha seleccionado a un trabajador y no a otro.

48 SSTSJ Madrid 14 febrero 2014 (rec. 1891/2013), 9 enero 2014 (rec. 1834/2013), y 22 abril 2014 (rec. 2121/2013).

49 STSJ Madrid 25 junio 2014 (rec. 244/2014).

50 La carta de despido, en el marco de un procedimiento de despido colectivo llevado a cabo en Bankia, señalaba lo siguiente: "Como consecuencia del referido proceso de negociación, con fecha […] se ha suscrito con casi la totalidad de la representación de los trabajadores de Bankia un acuerdo para la reestructuración de Bankia que prevé la adopción de diferentes medidas, entre ellas la extinción de contratos de trabajo por causas objetivas hasta un máximo de 4.500 empleados. Asimismo, dicho acuerdo establece la aplicación de un conjunto de criterios a la hora de determinar aquellos trabajadores que resulten afectados como consecuencia del proceso de reestructuración. En este sentido, se ha establecido que, dentro del ámbito provincial o agrupación/unidad funcional, la designación por parte de Bankia se efectuará, de conformidad con el perfil profesional, la adecuación a los puestos de trabajo y la valoración llevada a cabo por la Entidad con carácter general. La designación se producirá una vez descontadas las bajas producidas por la aceptación de la Entidad de las propuestas de adhesión en dicho ámbito y la consideración de las personas que, en su caso, se vean afectadas por procesos de movilidad geográfica y cambio de puesto de trabajo. De conformidad con la aplicación de dichos criterios de afectación dentro del ámbito provincial o agrupación/

que determina que la empresa estaba "expresamente facultada" para seleccionar a los trabajadores de acuerdo con dichos criterios, por lo que no cabía alegar falta de información en la carta individual de despido. La sentencia se apoya en la ya citada STSJ Madrid 14 febrero 2014, que señala que "aunque [la carta] podría haber sido más explícita e ilustrativa de los criterios concretos que se aplicaron a la demandante para su inclusión en la relación de afectados, lo cierto es que se siguieron los criterios objetivos previstos en el acuerdo, que esos criterios eran conocidos por los representantes de los trabajadores y que es razonable suponer [...] que el personal conocía los términos del acuerdo", y vuelve a incidir en el hecho de que el trabajador afectado no ha discutido la aplicación de los criterios de selección previstos en el acuerdo. Por su parte, y con referencia a la también STSJ Madrid 22 abril 2014, señala que "no existe precepto alguno que imponga la obligación a la empresa de expresar qué concretas razones han determinado la elección del trabajador afectado".

En definitiva, la posición de la STSJ Madrid 25 junio 2014, en línea con la STSJ Madrid 14 febrero 2014, y STSJ Madrid 22 abril 2014, es que "la empresa debe realizar la explicitación del criterio de selección en orden a evitar la tacha de arbitrariedad o desviación, pero basta una determinación de sus criterios generales siempre que posibiliten su identificación, máxime cuando se está en condiciones de conocerlos al ser consecuencia de un ERE que los detalla".

A pesar de todo, la STSJ Madrid 25 junio 2014 cuenta con un voto particular suscrito por dos magistrados y al que se adhieren cinco más, que rechaza dicha interpretación y considera que "aunque no sea precisa una pormenorización exhaustiva [de los criterios de selección en la carta], sí es necesario un relato suficientemente claro y expresivo que impida la indefensión del demandante, indicando, con base en el Acuerdo, cuáles son las razones por las que se ha elegido a aquél, sin que sea suficiente reflejar el criterio general de valoración que ya debe conocer el trabajador".

En el mismo sentido flexibilizador que la STSJ Madrid 25 junio 2014 se ha expresado la STSJ Madrid 22 enero 2015[51], que incide de nuevo en el hecho de que no existe ningún precepto legal que imponga a la empresa la obligación de informar sobre las concretas razones que la han llevado a seleccionar a un trabajador y no a otro, cuando lo cierto es que el art. 53 ET sólo exige la expresión

unidad funcional en la que Vd. presta servicios y como consecuencia de las razones expuestas, le comunico que se ha decidido proceder a la extinción de su contrato de trabajo con efectos del día [...]."
En definitiva, el Tribunal admite que el escrito podría haber sido "más completo", pearo se centra en el hecho de que los trabajadores demandantes no alegaron la arbitrariedad en la selección, la vulneración de derechos fundamentales, o el incumplimiento de las reglas de prioridad de permanencia, sino que su denuncia se centraba únicamente en la falta de información relativa a la puntuación obtenida en la correspondiente evaluación, de modo que consideraban que ello les generaba indefensión de cara a una eventual impugnación individual.

51 STSJ Madrid 22 enero 2015 (rec. 527/2014).

de la "causa"[52]. En definitiva, la postura flexible sobre el contenido de la carta de despido sólo admite que el trabajador afectado alegue la posible inaplicación de los criterios acordados, o la aplicación incorrecta de los mismos, así como otras infracciones como pueden ser la vulneración de derechos fundamentales o la existencia de indicios de discriminación, el incumplimiento de las reglas sobre prioridad de permanencia, etc., pero no la insuficiencia de la carta de despido por no detallar los criterios y su aplicación.

Por su parte, la STSJ Illes Balears 11 febrero 2015[53] señala que los criterios de selección no forman parte del "contenido mínimo" de la carta individual de despido derivado de un procedimiento de despido colectivo, sino que dichos criterios deben incluirse en el eventual acuerdo alcanzado tras el período de consultas o, en su ausencia, en la decisión final empresarial, por lo que basta que en la carta de despido se haga una "remisión" al mismo[54]. Ahora bien, el Tribunal matiza que ello será siempre que en el acuerdo alcanzado en período de consultas o en la decisión de despido colectivo se incluyan dichos criterios con un adecuado nivel de objetividad y suficiencia.

Una síntesis de dicha postura flexible se encuentra en la STSJ Andalucía (Granada) 17 septiembre 2015[55], que viene a señalar que la "expresión de la causa" en la carta de despido derivado de un procedimiento de despido colectivo incluye los criterios de selección, pero no exige una "comunicación exhaustiva de la ficha de evaluación personal" del trabajador afectado, sino que "basta con que provea de elementos suficientes para que el trabajador tenga un conocimiento claro, suficiente e inequívoco de los criterios por los que ha sido seleccionado". En definitiva, la sentencia señala que no es necesaria la concreción de los criterios de selección del trabajador ni explicar las razones de la designación del mismo. A este respecto, sólo añade como excepción el hecho de que se afecten las reglas de prioridad de permanencia, como la prevista en el art. 51.5 ET, en relación con el art. 68 b) ET para los representantes legales de los trabajadores, o en el art. 10.3 de la Ley Orgánica 11/1985, de 2 de agosto, de Libertad Sindical[56] para los delegados sindicales, en cuyo caso sí que es necesario explicar las razones de la afectación.

Algunos pronunciamientos de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo también han sostenido la interpretación flexible sobre el contenido de la carta

52 En el mismo sentido se han pronunciado, entre otras, las SSTSJ Navarra 8 octubre 2014 (rec. 396/2014); Comunitat Valenciana 9 septiembre 2015 (rec. 1816/2015); y Cataluña 30 noviembre 2015 (rec. 5191/2015).

53 STSJ Illes Balears 11 febrero 2015 (rec. 430/2014).

54 En el mismo sentido se han pronunciado las SSTSJ Islas Canarias 29 junio 2015 (rec. 436/2015); y 10 marzo 2015 (rec. 426/2014).

55 STSJ Andalucía (Granada) 17 septiembre 2015 (rec. 1581/2015).

56 BOE 08/08/1985.

de despido. En este sentido, la STS 2 junio 2014, asunto Capgemini[57], consideró suficiente que en la carta de despido se hiciese una mera remisión al acuerdo alcanzado en período de consultas, en el que se habían pactado los criterios[58]. A diferencia de otros supuestos comentados, en el asunto Capgemini la carta de despido ni siquiera hacía mención de los criterios, sino que se remitía al ("de conformidad con") acuerdo que se había alcanzado en el período de consultas. El Tribunal considera que la plantilla había sido debidamente informada del contenido del acuerdo a través de sucesivas reuniones con sus representantes a lo largo del proceso negociador, incluso convocándoles a una votación para ratificar el acuerdo, por lo que estima que el contenido de la carta era suficiente[59].

Esta postura ha sido objeto de una importante aclaración a través de la STS 23 septiembre 2014, asunto Agencia Pedro Laín Entralgo[60], en la que se hace referencia a la necesidad de que el contenido de la carta de despido se integre con la documentación que la acompañe. Adopta, pues, una postura favorable a la suficiencia contextualizada de la carta. Así, la sentencia señala que "el contenido de la carta de despido puede ser suficiente si se contextualiza", por lo que su contenido debe ser integrado con la documentación que se acompaña a la carta, que en el asunto tratado era la práctica totalidad de la documentación e informes del procedimiento de despido colectivo, en formato electrónico[61]. Sobre ello, cabe señalar que resulta discutible la utilidad de dicha información, debido a su enorme complejidad y volumen, de suerte que hacen al trabajador prácticamente imposible extraer conclusiones sobre su afectación en el despido.

Es destacable citar la STS 12 mayo 2015[62], que consideró que el contenido de la carta de despido no era suficiente, pues hacía una remisión al contenido del acuerdo alcanzado en período de consultas, pero no transcribía el contenido de dicho acuerdo ni adjuntaba la documentación relativa al mismo[63]. La carta

57 STS 2 junio 2014 (rec. 2534/2013).

58 La carta de despido rezaba lo siguiente: "Por medio de la presente, esta Dirección le comunica la extinción de su contrato de trabajo con fecha de efectos del próximo 9 de abril de 2012, de conformidad con el Acuerdo alcanzado con las Secciones Sindicales dentro del Expediente de Regulación de Empleo presentado ante la Dirección General de Empleo del Ministerio de Empleo y Seguridad Social." Puede verse una posición crítica con la STS 2 junio 2014 en Roqueta Buj, R.: *La selección*, cit., p. 179-180.

59 Azagra Solano, M.: "La comunicación", cit., p. 545, señala que con esta sentencia, el Tribunal Supremo asume una postura flexible en relación al contenido de la carta de despido, y no sólo con respecto a la expresión de los criterios de selección, sino también con respecto al resto de datos de la carta, en particular la causa del despido, ya que, como se ha podido observar, la carta se remitía únicamente al acuerdo alcanzado en período de consultas, sin mayor concreción.

60 STS 23 septiembre 2014 (rec. 231/2013).

61 Dicha documentación se refería a la relación definitiva de trabajadores afectados, el informe de los órganos administrativos correspondientes al caso, las medidas sociales de acompañamiento, el plan de recolocación externa, e incluso las copias de las actas de las reuniones mantenidas durante el período de consultas, así como la llamada "documentación fin del período de consultas".

62 STS 12 mayo 2015 (rec. 1731/2014).

63 En la ya citada STS 2 junio 2014, el Tribunal apreció suficiente el contenido de la carta de despido que meramente hacía una remisión al acuerdo alcanzado durante el período de consultas, pero considera que concurrían "especiales circunstancias que permiten integrar el contenido de la carta de despido", ya

tenía un contenido absolutamente genérico, por lo que no era posible apreciar la suficiencia del mismo, ya que en la carta de despido faltaban "los datos mínimos exigibles en la descripción de 'la causa' que lo motiva"[64]. Por lo tanto, la mera remisión al acuerdo suscrito sólo puede ser válida si se dan especiales circunstancias (reuniones informativas con los trabajadores) o si la remisión puede ser debidamente integrada mediante documentación aportada al efecto.

Ahora bien, el Tribunal Supremo también ha tenido ocasión de pronunciarse sobre el contenido de la carta de despido en relación con los criterios de selección del trabajador afectado en aquellos despidos objetivos de carácter individual o plural del art. 52 c) ET. Tal ha sido el caso de la STS 24 noviembre 2015[65], que viene a señalar que, ya que es facultad del empresario decidir, ante una pluralidad de trabajadores potencialmente afectados, cuál de ellos será efectivamente despedido, dicha facultad no puede ser objeto de control judicial, y en definitiva, no cabe exigir a la empresa más allá que los requisitos que para la carta de despido exige el art. 53.1 ET, es decir, principalmente la expresión de la causa. En consecuencia, considera que no es necesario incluir en la carta las razones por las que el trabajador despedido se ha visto afectado en lugar de otros. Dicha sentencia cuenta, no obstante, con dos votos particulares, uno de los cuales[66] defiende que la carta de despido debe incluir los criterios de selección, también en despidos objetivos individuales o plurales, a fin de que los trabajadores afectados los conozcan y el juzgador los pueda someter a control.

3. La doctrina Bankia del Tribunal Supremo.

El Tribunal Supremo ha unificado la doctrina respecto al contenido de la carta individual de despido derivado de un procedimiento de despido colectivo a través de la conocida doctrina Bankia, contenida en la STS 8 marzo 2016, asunto Bankia, y en la STS 15 marzo de 2016, asunto Bankia (Pleno)[67], esta última dictada por el Pleno de la Sala Cuarta. Dicha sentencia ha supuesto el "espaldarazo definitivo"[68]

---

que los representantes habían celebrado numerosas reuniones con los trabajadores para informarles del contenido del acuerdo.

64 La carta señalaba: "de acuerdo con lo expuesto en el acta de la reunión final con acuerdo entre la representación de la empresa y los trabajadores realizada el pasado día […]", y "estudiado el expediente por los representantes de los trabajadores y analizadas las causas expuestas por la empresa causantes del mismo […]".

65 STS 24 noviembre 2015 (rec. 1681/2014).

66 Formulado conjuntamente por los Excmos/as. Sres/as. Magistrados/as Don Fernando Salinas Molina, Doña María Luisa Segoviano Astaburuaga, Doña Rosa María Viroles Piñol y Don Jordi Agustí Julià.

67 STS 8 marzo 2016 (rec. 832/2015), y STS 15 marzo de 2016 (rec. 2507/2014).

68 En estos términos, Azagra Solano, M.: "La comunicación", cit., p. 550-552. Puede leerse un comentario crítico a la sentencia en Rojo Torrecilla, E.: "¿Conoce cada trabajador despedido de Bankia, tras un procedimiento de despido colectivo pactado, la razón concreta, la motivación, el criterio de selección, de su despido, aunque no aparezca en la carta de despido? Sí para el TS (y nuevamente con voto particular radicalmente discrepante de cuatro magistrados). Notas a la sentencia de 15 de marzo de 2016", entrada en medio digital: *El Blog de Eduardo Rojo: el nuevo y cambiante mundo del trabajo. Una mirada abierta y crítica*

a la interpretación flexible en torno al contenido de la carta de despido, en el sentido que no es necesario reproducir en la carta de despido los criterios de selección para determinar la afectación del trabajador finalmente despedido[69].

El Tribunal Supremo comienza su argumentación recordando que con carácter previo a la Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral[70], la regulación del despido colectivo no exigía la notificación individual a los trabajadores afectados, por lo que la doctrina no entendía aplicable al despido colectivo las exigencias que el art. 53.1 ET contempla para los despidos objetivos, pues se trataba de medidas distintas. Ahora bien, con la aprobación de la Ley 3/2012, de 6 de julio, el art. 51.4 ET señala expresamente que el empresario podrá notificar a los afectados la decisión, de conformidad con lo previsto en el art. 53.1 ET, que exige que al trabajador se le comunique la "causa" del despido. Pues bien, en la citada STS 15 marzo 2016 se señala que "causa" debe entenderse en el sentido de causa económica, técnica, organizativa o de producción que da lugar al despido.

Por su parte, el Tribunal Supremo incide en la diferencia procedimental entre el despido colectivo y el despido objetivo. Así, destaca la importancia del procedimiento negociador en el despido colectivo, de suerte que dicha negociación va a condicionar necesariamente las formalidades en cuanto a la comunicación del cese. Si en el despido objetivo, derivado de una decisión unilateral del empresario, se hace necesaria la comunicación y expresión de la causa, en el despido colectivo, en cambio, "aquella necesidad de formal comunicación de la causa al trabajador afectado queda atemperada precisamente por la existencia de la propia negociación", por lo que es necesario "conectar" lo acontecido durante el período de consultas con el contenido de la carta de despido. En consecuencia, considera que no cabe hacer el "injustificado extremo interpretativo de entender que el despido colectivo pase a tener aún mayor formalidad que el despido objetivo".

---

*a las nuevas realidades laborale*s, publicado 02/04/2016. Disponible en: http://www.eduardorojotorrecilla.es/2016/04/conoce-cada-trabajador-despedido-de.html (última consulta 20/08/2020).

69 Las cartas de despido en el asunto Bankia eran todas del siguiente tenor literal: "Como consecuencia del referido proceso de negociación con fecha 8 de febrero de 2013 se ha suscrito con casi la totalidad de la representación de los trabajadores de Bankia un acuerdo para la reestructuración de Bankia, que prevé la adopción de diferentes medidas, entre ellas la extinción de contratos de trabajo por causas objetivas hasta un máximo de 4.500 empleados.- Asimismo, dicho acuerdo establece la aplicación de un conjunto de criterios a la hora de determinar aquellos trabajadores que resulten afectados como consecuencia del proceso de reestructuración. En este sentido, se ha establecido que, dentro del ámbito provincial o agrupación/unidad funcional, la designación por parte de Bankia se efectuará, de conformidad con el perfil profesional, la adecuación a los puestos de trabajo y la valoración llevada a cabo por la Entidad con carácter general. La designación se producirá una vez descontadas las bajas producidas por la aceptación de la Entidad de las propuestas de adhesión en dicho ámbito y la consideración de las personas que, en su caso, se vean afectadas por procesos de movilidad geográfica y cambio de puesto de trabajo.- De conformidad con la aplicación de dichos criterios de afectación dentro del ámbito provincial o agrupación/unidad funcional en la que Vd. presta servicios y como consecuencia de las razones expuestas, le comunico que se ha decidido proceder a la extinción de su contrato de trabajo con efectos del día 11 de mayo de 2013."

70 BOE 07/07/2012.

En definitiva, para el Tribunal Supremo resulta innecesario la inclusión o reproducción en la carta de despido de los criterios de selección pactados durante el período de consultas, así como la aplicación de los mismos a los trabajadores afectados. Es decir, el TS distingue entre la inclusión o reproducción de los criterios de selección en sí mismos, y por otro lado la aplicación concreta (o explicación) de los mismos a los concretos trabajadores afectados, para concluir en ambos casos que no son necesarios.

En primer lugar, por lo que respecta a la innecesaria inclusión o reproducción de los criterios de selección, el Tribunal acude a un argumento estrictamente legal, según el cual, del tenor literal de los preceptos en cuestión no se deduce la obligación de incluir los criterios de selección en la carta de despido. Así, ni el art. 53.1 ET ni el art. 51.4 ET hacen ninguna referencia que vaya más allá de la causa, y el propio art. 122.1 LRJS se refiere a la necesidad por parte de la empresa de acreditar la "causa legal". Por otro lado, el Tribunal se refiere, desde una óptica finalista, al formalismo innecesario que supondría incluir los criterios de selección en la carta de despido, cuando lo cierto es que los representantes de los trabajadores los han negociado en el período de consultas y cabe entender que los trabajadores los conocen en virtud del principio de mandato representativo. Finalmente, el Tribunal alega razones de carácter práctico que hacen irrazonable hacer constar la "prolija" relación de criterios de selección propios de un despido colectivo en grandes empresas, lo que podría hacer la extensión de la carta desmesurada.

Por otro lado, en relación a la no concreción de la aplicación de los criterios a los trabajadores afectados, se refiere a los argumentos ya esgrimidos, pero también a otros, como que incluir dicho extremo "supondría no sólo relatar la valoración individual del concreto trabajador notificado, sino también la de sus restantes compañeros con los que precisamente habría de realizarse el juicio de comparación", lo que lleva de nuevo al argumento de la extensión desmesurada de la carta. Finalmente, el Tribunal se refiere a la hipotética indefensión del trabajador, respecto de lo que señala que, si el mismo considera que los criterios de selección no son acordes a lo que establece la ley o no han sido debidamente aplicados, entonces puede acudir a los actos previos y diligencias preliminares de los arts. 76 y 77 LRJS, y art. 256 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil[71], así como la solicitud de aportación documental.

En definitiva, para el Tribunal Supremo, la carta de despido debe expresar la "causa motivadora" del mismo, entendida como causa económica, técnica, organizativa o de producción, siendo además posible su contextualización con lo acontecido en el período de consultas. En consecuencia, los criterios de selección

71 BOE 08/01/2000.

y la aplicación de los mismos al trabajador en cuestión no deben constar en la carta de despido, y sólo cobrarán protagonismo en el supuesto de que un trabajador impugne mediante demanda los propios criterios o su aplicación, para lo cual puede servirse de los actos preparatorios, las diligencias previas, o la solicitud de aportación documental.

Otra cuestión que se plantea es la de la innecesaria inclusión en la carta de los baremos, evaluaciones, nota de corte, puntuación o parámetros similares, obtenidos por cada trabajador en aquellos procedimientos de despido colectivo en los que se recurra a criterios basados en la evaluación de distintos aspectos como el rendimiento o desempeño, las competencias, etc. La citada STS 15 marzo 2016 reitera el carácter innecesario de dichos extremos, ya que pueden obtenerse procesalmente mediante los mecanismos que prevé la LRJS y que se han señalado, además de no resultar creíble que los trabajadores no los conociesen, máxime cuando se trataba de un despido con una importante repercusión social[72].

En suma, la STS 15 marzo 2016 considera innecesaria en la carta individual de despido "la reproducción de los criterios de selección fijados o acordados durante las negociaciones", así como "que en la referida comunicación se lleve a cabo la justificación individualizada del cese que se comunica, con detallada referencia a la singular aplicación de los criterios de selección utilizados".

La STS 15 marzo 2016 cuenta con un voto particular discrepante[73] en el que se sostiene que el órgano juzgador no va a poder controlar la elección del concreto trabajador despedido si los criterios de selección no constan en la carta de despido. Entienden los Magistrados discrepantes que no es posible considerar cumplidas las obligaciones formales de la carta de despido cuando la misma ha sido enviada con exactamente el mismo texto a todos los trabajadores afectados, por lo que es imposible que conozcan cuál es el motivo por el que han sido despedidos, caso en el que la carta de despido pierde cualquier utilidad[74].

72 La STS 15 marzo 2016 (rec. 2507/2014) trae causa de la STSJ Madrid 9 abril 2014 (rec. 1905/2013), que anula.

73 Suscrito por los Excmos/as. Sres/as. Magistrados/as Don Fernando Salinas Molina, Doña María Luisa Segoviano Astaburuaga, Doña Rosa María Virolés Piñol y Don Jordi Agustí Julià.

74 Azagra Solano, M.: "La comunicación", cit., p. 552, señala que el voto particular considera la postura sostenida por la STS 15 marzo 2016 (rec. 2507/2014) como un "importante retroceso en las facultades de control judicial". Los Magistrados discrepantes discuten cada uno de los argumentos planteados por la mayoría de la Sala. En cualquier caso, como señala Azagra Solano, M.: "La comunicación", cit., p. 553, el marco normativo existente ha dado lugar a "situaciones ciertamente anómalas", como aquellas en las que, pese a existir un acuerdo entre la empresa y la representación de los trabajadores sobre el despido colectivo, las extinciones individuales pueden declararse improcedentes por incumplimiento de los requisitos formales en la notificación individual de despido. El mismo autor, en p. 556, considera que "no parece descabellado" que la notificación individual de despido incluya los "datos y circunstancias que, en aplicación de los criterios de selección acordados", permiten la afectación del concreto trabajador despedido, y no se limite únicamente a expresar la causa económica, técnica, organizativa o de la producción determinante del despido colectivo, ya que esa es la única forma de conocer si la empresa ha aplicado convenientemente los criterios de selección acordados con los representantes.

IV. INCIDENCIA SOBRE LA AFECTACIÓN DE UN COLECTIVO ESPECÍFICO: LAS TRABAJADORAS EMBARAZADAS.

La cuestión del contenido de la carta individual de despido derivado de un procedimiento de despido colectivo, en particular por lo que respecta a la inclusión de los criterios de selección, tiene especial incidencia en la afectación de colectivos específicos que pueden ser objeto de discriminación. En particular, son de destacar las matizaciones que el Tribunal Supremo, a raíz del pronunciamiento del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) en la conocida sentencia Porras Guisado[75], ha realizado en la doctrina sobre la inclusión de los criterios de selección en la carta de despido.

1. Recientes pronunciamientos del TS e incidencia sobre las trabajadoras embarazadas.

Tras la STS 15 marzo 2016, asunto Bankia, se han sucedido varios pronunciamientos relativos al contenido de la carta de despido derivado de un procedimiento de despido colectivo. Así, cabe citar las SSTS 12 septiembre 2017; 24 enero 2018; 8 febrero 2018; 27 febrero 2018; 8 marzo 2018; 4 abril 2018; 16 abril 2018; 18 mayo 2018; 11 julio 2018; y 12 julio 2018[76]. Todas ellas mantienen la doctrina sentada en el caso Bankia, en la que se efectúa una interpretación finalista de las exigencias formales de la comunicación individual, por lo que no se exige expresar en la carta de despido ni los criterios de selección ni la razón de la concreta afectación del trabajador en cuestión[77]. Por ello, la omisión de tales extremos en la carta de despido no da lugar a la declaración de improcedencia del despido[78].

La reflexión que puede plantearse sobre esta cuestión es que la capacidad del trabajador de conocer su concreta afectación dependerá del nivel de objetividad y precisión del criterio o criterios empleados, así como de si existen uno o varios criterios a aplicar que hagan la selección de afectados medianamente compleja. Como consecuencia de todo ello, la doctrina descrita merece una moderada crítica, ya que negar la expresión de los criterios de selección en la carta de despido impide al trabajador en concreto conocer las razones de su afectación. Piénsese por ejemplo en criterios evaluables a través de una baremación, lo que

75 STJUE 22 febrero 2018 [ECLI:EU:C:2018:99].

76 SSTS 12 septiembre 2017 (rec. 3683/2015); 24 enero 2018 (rec. 413/2016); 8 febrero 2018 (rec. 760/2016); 27 febrero 2018 (rec. 3220/2015) y (rec. 3936/2015); 8 marzo 2018 (rec. 360/2016); 4 abril 2018 (rec. 1354/2016); 16 abril 2018 (rec. 1796/2016); 18 mayo 2018 (rec. 2843/2016); 11 julio 2018 (rec. 1758/2016); y 12 julio 2018 (rec. 3611/2016).

77 Véase Blasco Pellicer Á., Taléns Visconti, E.: *La forma*, cit., p. 213-214.

78 Así lo han señalado Sempere Navarro, A.V.: "El proceso de impugnación del despido colectivo: la calificación del despido colectivo en la sentencia", en AA.VV.: *Tratado de despido colectivo* (dir. por M. Godino Reyes), Tirant lo Blanch, València, 2016, p. 683; y Cervera Soto, T., Cid Babarro, C.: *El despido colectivo: claves prácticas y análisis jurisprudencial*, Lex Nova, Valladolid, 2016, p. 157.

implica que, con independencia de la libre facultad del empresario de escoger a los afectados, el trabajador tiene derecho a conocer los resultados de la misma, ni que sea someramente. Argumentos relativos a la labor de comunicación que deben realizar los representantes con sus representados en virtud de su mandato, o acudir a los actos previos y diligencias preliminares, no parecen ser suficientemente convincentes, al menos para un sector doctrinal y para los magistrados que formularon voto particular discrepante en el asunto Bankia.

En este sentido, cabe plantear un debate sobre la inadecuación del art. 53 ET, que está pensado para los despidos objetivos, con respecto a los despidos derivados de un procedimiento colectivo, por lo que sería interesante debatir sobre la necesidad de aprobar un precepto específico sobre notificación del despido derivado de procedimiento colectivo. Además, dicha propuesta no puede desmarcarse de la reflexión en torno al significado de "causa", que evidentemente debe incluir la causa remota y también la causa inmediata o próxima del despido, que en este caso la constituyen los criterios de selección.

De hecho, la doctrina Bankia se muestra inapropiada cuando entre los afectados se encuentran determinados colectivos de trabajadores especialmente vulnerables, o que puedan ser objeto de discriminaciones. En particular es de destacar el colectivo de trabajadoras embarazadas, que hayan dado a luz o en período de lactancia, que pueden encontrarse en una situación de indefensión al desconocer la aplicación de los criterios realizada por el empresario, lo cual puede implicar la existencia de discriminaciones.

De hecho, la eventual discriminación hacia la mujer trabajadora como consecuencia de su embarazo es uno de los supuestos típicos de discriminación. Los tribunales aprecian discriminación en la afectación de la trabajadora embarazada, salvo que se acredite la concurrencia de la causa y su afectación objetiva con respecto a la trabajadora en particular. Sucede así cuando la afectación resulta de la estricta aplicación de los criterios de selección, igual que sucede con otras causas de discriminación, como la relativa a la afiliación sindical. En este sentido, por tomar un ejemplo, la STSJ Madrid 2 marzo 2015[79] descarta la discriminación en la afectación de la trabajadora embarazada, pues su afectación resultaba de la aplicación objetiva de los criterios de selección. Además, se destacaba que la reestructuración tuvo lugar en un contexto de plantilla mayoritariamente femenina.

79 STSJ Madrid 2 marzo 2015 (rec. 767/2014).

2. La doctrina Porras Guisado del TJUE.

Precisamente en materia de afectación de trabajadoras embarazadas, es de destacar la importante STJUE 22 febrero 2018, asunto Porras Guisado[80], que interpreta la Directiva 92/85/CEE sobre la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia[81], y que en el art. 10 contempla una prohibición de despido respecto de las trabajadoras embarazadas, salvo en "casos excepcionales" no inherentes a su estado.

El TJUE señala, en el párrafo 48 de la sentencia, que el despido de la trabajadora embarazada podrá admitirse, siempre que no se deba a motivos relacionados con su estado, pero matiza que en esos casos, tal y como señala la Directiva 92/85/CEE, el empresario debe proporcionar motivos sobre ello a la afectada por escrito, obviamente a través de la carta individual de despido.

Todo ello conecta, necesariamente, con la comentada doctrina Bankia y la no obligatoriedad de incluir los criterios de selección en la carta de despido. Cabe señalar que la STSJ Cataluña 26 abril 2018[82] resolvió el asunto que motivó el planteamiento de la cuestión prejudicial al TJUE, y confirmó la procedencia del despido de una trabajadora embarazada en una reestructuración llevada a cabo precisamente en la empresa Bankia. El Tribunal confirma que las trabajadoras embarazadas no gozan de ninguna regla de prioridad de permanencia en la legislación española actualmente vigente, salvo que se prevea lo contrario en la negociación colectiva; y además, y lo que resulta más relevante, valida plenamente el despido de la trabajadora, pues señala que la "carta de despido contiene información suficiente sobre el despido, las causas y el criterio de selección, basado en una puntuación derivada de una valoración válida y utilizada para todos los trabajadores afectados por el despido colectivo".

De hecho, la STJUE 22 febrero 2018 lo expresa con claridad: "corresponde al empresario indicar a la trabajadora embarazada los criterios objetivos que se han seguido para la designación de los trabajadores afectados por el despido", y ello porque sólo así podrá el empresario enervar la declaración de nulidad, mediante la aportación de unos criterios claros y objetivos que han afectado a la trabajadora embarazada por razones ajenas a su estado. En esa línea se manifestó también el tribunal de origen de la cuestión prejudicial, que, como se ha indicado, validó la procedencia del despido por considerar la carta suficiente[83].

80 STJUE 22 febrero 2018 [ECLI:EU:C:2018:99].

81 DOUE 28/11/1992.

82 STSJ Cataluña 26 abril 2018 (rec. 3002/2015).

83 El contenido de la carta de despido rezaba como sigue: "En este sentido como resultado del proceso de valoración realizado en la entidad, que fue tratado en el período de consultas, siendo un elemento

Pues bien, como consecuencia del pronunciamiento del TJUE, el Tribunal Supremo ha terminado "matizando" la doctrina Bankia, a través de la STS 20 julio 2018[84]. Dicha sentencia, en línea con la doctrina Porras Guisado, exige que en la carta de despido de la trabajadora embarazada se explique el criterio seguido (obviamente objetivo y no atinente al estado de la trabajadora) para su afectación, a fin de que conozca las razones que han determinado el despido por una causa (económica, técnica, organizativa o de producción) ajena a su embarazo[85].

En definitiva, el Tribunal Supremo mantiene, en general, la doctrina Bankia sobre la no necesidad de incluir en la carta de despido los criterios de selección del trabajador y los motivos de su concreta afectación, pero lo matiza con la doctrina Porras Guisado aplicada al colectivo de las trabajadoras embarazadas, a fin de evitar la nulidad.

De hecho, dicha doctrina más garantista debería aplicarse también en supuestos de afectación de otros trabajadores cuyo despido pueda ser determinante de nulidad por alguna causa de discriminación o nulidad objetiva, a fin de que el empresario acredite las razones objetivas y ajenas a la situación del trabajador que motivan la extinción de su contrato.

Esta cuestión, por lo que se refiere a las trabajadoras embarazadas, viene reforzada además por la reforma del art. 53.4 ET a través del 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[86]; el cual, además de extender la protección post embarazo de los 9 a los 12 meses, incorpora con mayor énfasis la previsión relativa a que "para considerarse [la extinción] procedente deberá acreditarse suficientemente que la causa objetiva que sustenta el despido requiere *concretamente* la extinción del contrato de la persona referida". No cabe duda, por tanto, de que dicho requisito sólo puede cumplirse

relevante para la adopción del Acuerdo de 08/02/13, del que fue incorporado como parte del mismo, su valoración es de 6 puntos, que se encuentra entre las valoraciones de menor puntuación de la provincia de Barcelona, en la que Ud. presta servicios. Por todo ello, en aplicación de los criterios de afectación expuestos y como consecuencia de las razones expuestas, le comunico que se ha decidido proceder a la extinción de su contrato de trabajo con efectos del día 10/12/13."

84 STS 20 julio 2018 (rec. 2708/2016). Véase un comentario en Rojo Torrecilla, E.: "Trabajadora embarazada que es despedida tras acuerdo en período de consultas en despido colectivo. Requisitos de la carta de despido. Nulidad por falta de concreción de la causa de despido. Notas a la sentencia del TS de 20 de julio de 2018. ¿Retoca la doctrina Bankia?", entrada en medio digital: *El Blog de Eduardo Rojo: el nuevo y cambiante mundo del trabajo. Una mirada abierta y crítica a las nuevas realidades laborales*, publicado 07/10/2018. Disponible en: http://www.eduardorojotorrecilla.es/2018/10/trabajadora-embarazada-que-es-despedida.html (última consulta 20/08/2020), quien señala que, a su modo de ver, dicha sentencia retoca la doctrina Bankia, pues "mantiene la protección reforzada para la trabajadora embarazada en punto a la obligación de justificar la empresa las razones que justifican la extinción".

85 En el caso en cuestión, se declaró la nulidad del despido, pues la carta hacía referencia a que su afectación se debía "a las nuevas responsabilidades de acuerdo con la nueva estructura necesaria en la fábrica", una información claramente insuficiente.

86 BOE 07/03/2019.

mediante la incorporación en la carta de despido de los criterios de selección y un razonamiento de la concreta afectación de la trabajadora embarazada.

V. CONCLUSIONES.

El contenido de la carta individual de despido derivado de un procedimiento de despido colectivo reviste una especial importancia, y como se ha podido estudiar, ha sido objeto de debate doctrinal y judicial por lo que respecta al alcance del mismo. Una cuestión ha sido clave en este debate, y es la relativa a la inclusión en la carta individual de los conocidos criterios de selección de los trabajadores afectados por la medida, así como de los criterios de designación, o aplicación concreta de los criterios a la persona afectada. Si bien los distintos pronunciamientos de los TSJ han sido dispares, el Tribunal Supremo parece –al menos por el momento– haber sentado su posición tras el conocido asunto Bankia, en el que adopta una postura flexible y finalista que ha sido objeto de críticas doctrinales.

Si bien, a modo de ver de quien suscribe, la postura del Tribunal Supremo merecería una moderada crítica, lo cierto es que la crítica en el presente caso habría que dirigirla más bien al legislador. Efectivamente, la remisión a las formalidades del art. 53 ET ha supuesto no pocos problemas interpretativos, debido a que se trata de un precepto aplicable a los despidos objetivos de carácter individual o plural. Es por ello necesario que el legislador incluya un nuevo precepto específico, regulando el contenido formal de la comunicación individual de despido en aquellos supuestos en que la extinción se deriva de un procedimiento de despido colectivo del art. 51 ET.

Alcanzada la conclusión de que no es necesaria la inclusión de los criterios de selección en la carta de despido, ello podría provocar desprotección en determinados colectivos de trabajadores, como las trabajadoras embarazadas, que pueden ser objeto de medidas adoptadas con una motivación discriminatoria. Este riesgo viene paliado por la doctrina Porras Guisado del TJUE, asumida por el TS, así como por la redacción actual del art. 53.4 ET, que exige la indicación de los motivos concretos por los que se extingue el contrato a estas personas.

La obligación de incluir los criterios de selección en despidos que afecten a trabajadoras embarazadas conduce a otro debate, y es el relativo a si sería conveniente regular una regla de prioridad de permanencia para este colectivo de trabajadoras. De hecho, el art. 10 de la Directiva 92/85/CEE, además de exigir que el empresario comunique los motivos del despido en estos supuestos, prevé la prohibición de despido de estas trabajadoras, indicando que "los Estados miembros tomarán las medidas necesarias para prohibir el despido de las

trabajadoras" embarazadas[87]. En consecuencia, no parece descabellado plantear que, en aplicación de dicha previsión, se debata la aprobación de normas más garantistas para evitar el despido de las trabajadoras embarazadas en supuestos de reestructuración empresarial.

87 La propia STJUE Porras Guisado señala que "el artículo 10, punto 1, de la Directiva 92/85 debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa nacional que no prohíbe, en principio, con carácter preventivo el despido de una trabajadora embarazada", como destaca García-Perrote Escartín, I.: "La aplicación por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea de la Directiva sobre despidos colectivos y su repercusión en el Derecho español", *Actualidad jurídica Uría Menéndez*, núm. 49, 2018, pp. 169-188, en p. 186.

BIBLIOGRAFÍA

AGUSTÍ MARAGALL, J.: "La comunicación individual del despido colectivo", *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 165, 2014.

AGUSTÍ MARAGALL, J.: "La coordinación entre el proceso colectivo de impugnación y los procesos individuales contra los despidos derivados del despido colectivo", en AA.VV.: *Tratado de despido colectivo* (dir. por M. GODINO REYES), Tirant lo Blanch, València, 2016.

ALTÉS TÁRREGA, J.A., BLASCO PELLICER, Á., NORES TORRES, L.E.: *El despido objetivo*, Tirant lo Blanch, València, 2010.

AZAGRA SOLANO, M.: "La comunicación del despido individual vinculado al despido colectivo", en AA.VV.: *Tratado de despido colectivo* (dir. por M. GODINO REYES), Tirant lo Blanch, València, 2016.

BLASCO PELLICER, Á.: "La extinción del contrato de trabajo en el RDL 3/2012: aspectos sustantivos, procesales y de Seguridad Social", en AA.VV.: *La reforma laboral en el Real Decreto-Ley 3/2012*, Tirant lo Blanch, València, 2012.

BLASCO PELLICER, Á.: *La extinción del contrato de trabajo en la reforma laboral de 2012*, Tirant lo Blanch, València, 2013.

BLASCO PELLICER, Á., GARCÍA TESTAL, E.: "Otros procesos por extinción de la relación laboral", en AA.VV.: *El proceso laboral: Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la Jurisdicción Social* (coord. por A. BLASCO PELLICER, y M. ALEGRE NUENO), Vol. I, Tirant lo Blanch, València, 2013.

BLASCO PELLICER, Á., TALÉNS VISCONTI, E.: *La forma y el procedimiento del despido*, Tirant lo Blanch, València, 2018.

BODAS MARTÍN, R.: "Modificaciones de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social, producidas por la Ley 3/2012, de 6 de julio", en AA.VV.: *Reforma laboral 2012. Análisis práctico del RDL 3/2012, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral* (dir. por I. GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN y J.R. MERCADER UGUINA), Lex Nova, Valladolid, 2012.

CERVERA SOTO, T., CID BABARRO, C.: *El despido colectivo: claves prácticas y análisis jurisprudencial*, Lex Nova, Valladolid, 2016.

CRUZ VILLALÓN, J.: "La regulación del despido en España: funciones y articulación jurídica", en AA.VV.: *La regulación del despido en Europa: régimen formal y efectividad práctica* (ed. por J. CRUZ VILLALÓN), Tirant lo Blanch, València, 2012.

Desdentado Bonete, A., Puebla Pinilla, A. de la: "La reforma del despido en la Ley 35/2010", en AA.VV.: *La reforma del mercado de trabajo. Ley 35/2010, de 17 de septiembre* (dir. por I. García-Perrote Escartín y J. Mercader Uguina), Lex Nova, Valladolid, 2010.

García-Perrote Escartín, I.: "La aplicación por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea de la Directiva sobre despidos colectivos y su repercusión en el Derecho español", *Actualidad jurídica Uría Menéndez*, 2018, núm. 49, 2018.

Goerlich Peset, J.M.: "La extinción del contrato de trabajo en la reforma de 2012: la culminación de una larga evolución", en AA.VV.: *La regulación del Mercado Laboral. Un análisis de la Ley 3/2012 y de los aspectos laborales del Real Decreto-ley 20/2012* (dir. por I. García-Perrote Escartín, y J.R. Mercader Uguina), Lex Nova, Valladolid, 2012

Jiménez Batista, A.: "Sobre los requisitos formales de la comunicación extintiva: explicación del criterio de selección", *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 173, 2015.

Pérez Capitán, L.: *El despido colectivo y las medidas de suspensión y reducción de jornada*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2013

Puebla Pinilla, A.: "Las paradojas del despido colectivo tras la supresión de la autorización administrativa", *Teoría y Derecho*, núm. 13, 2013.

Rojo Torrecilla, E.: "¿Conoce cada trabajador despedido de Bankia, tras un procedimiento de despido colectivo pactado, la razón concreta, la motivación, el criterio de selección, de su despido, aunque no aparezca en la carta de despido? Sí para el TS (y nuevamente con voto particular radicalmente discrepante de cuatro magistrados). Notas a la sentencia de 15 de marzo de 2016", entrada en medio digital: *El Blog de Eduardo Rojo: el nuevo y cambiante mundo del trabajo. Una mirada abierta y crítica a las nuevas realidades laborales*, publicado 02/04/2016. Disponible en: http://www.eduardorojotorrecilla.es/2016/04/conoce-cada-trabajador-despedido-de.html (última consulta 20/08/2020).

Rojo Torrecilla, E.: "Trabajadora embarazada que es despedida tras acuerdo en período de consultas en despido colectivo. Requisitos de la carta de despido. Nulidad por falta de concreción de la causa de despido. Notas a la sentencia del TS de 20 de julio de 2018. ¿Retoca la doctrina Bankia?", entrada en medio digital: *El Blog de Eduardo Rojo: el nuevo y cambiante mundo del trabajo. Una mirada abierta y crítica a las nuevas realidades laborales*, publicado 07/10/2018. Disponible en: http://www.eduardorojotorrecilla.es/2018/10/trabajadora-embarazada-que-es-despedida.html (última consulta 20/08/2020)

ROQUETA BUJ, R.: *La selección de los trabajadores afectados por los despidos colectivos*, Tirant lo Blanch, València, 2015.

SÁEZ LARA, C.: *Reestructuraciones empresariales y despidos colectivos*, Tirant lo Blanch, València, 2015.

SEMPERE NAVARRO, A.V.: "El proceso de impugnación del despido colectivo: la calificación del despido colectivo en la sentencia", en AA.VV.: *Tratado de despido colectivo* (dir. por M. GODINO REYES), Tirant lo Blanch, València, 2016.

UN CUENTO DE ROBOTS: LA HIJA CIBERNÉTICA DE DESCARTES

A ROBOTS TALE: DESCARTES CIBERNETIC DAUGHTER

Rev. Boliv. de Derecho Nº 31, enero 2021, ISSN: 2070-8157, pp. 422-441

Miguel L.
LACRUZ
MANTECÓN

ARTÍCULO RECIBIDO: 1 de noviembre de 2020
ARTÍCULO APROBADO: 13 de noviembre de 2020

RESUMEN: El filósofo francés René Descartes es valorado hoy en día como científico y precursor de los estudios de la mente humana en relación con la inteligencia artificial y los sistemas robóticos. A lo largo de su obra se detectan numerosas referencias a los autómatas y a la posibilidad de vida artificial, así como una valoración de las diferencias entre el comportamiento racional del ser humano y el meramente mecánico de los animales y los autómatas. Además de estas referencias, existe una fábula acerca de la creación por el filósofo de un autómata que replicase a su fallecida hija Francine, historia esta que es bien conocida entre la intelectualidad francesa y la anglosajona, pero no tanto en la española, lo que intenta remediar este breve trabajo.

PALABRAS CLAVE: René Descartes; Francine Descartes; inteligencia artificial; autómatas; robots.

ABSTRACT: *French philosopher René Descartes is today valued as a forerunner of the studies of human mind, artificial intelligence and robotic systems. Throughout his work there are large references to automata and the possibility of artificial life, as well as an assessment of the differences between rational behavior of human beings and the purely mechanical of animals and automata. In addition to these references, there is a fable about the creation by the philosopher of an automaton that replicated his deceased daughter Francine, a story that is well known among the French and Anglo-Saxon specialists, but not so much in the Spanish ones, which is what settles this short work.*

KEY WORDS: *René Descartes; Francine Descartes; artificial intelligence; automata; robots.*

SUMARIO.- I. EL TEST DE TURING Y EL TEST DE DESCARTES.- II. UNA FÁBULA DE ROBOTS EN EL SIGLO XVII, QUE LLEGA HASTA HOY.- III. LA FÁBULA EN LA LITERATURA CIENTÍFICA.- IV. TODO ESTÁ EN DESCARTES.

I. EL TEST DE TURING Y EL TEST DE DESCARTES.

En la investigación son pocas las sorpresas auténticas con las que se topa el jurista: Siendo su ciencia de carácter social, los descubrimientos se intuyen de antemano. Sin embargo, a veces hay excepciones, y encontramos cosas realmente sorprendentes. Esto fue lo que me ocurrió cuando investigaba sobre inteligencia artificial para una contribución en tema de personalidad robótica, tema en el que, como critica ROGEL VIDE[1], hoy se trata a los robots como personas, "como sujetos de derechos y hasta de obligaciones, responsables incluso de hipotéticos daños causados por ellos, y tal paso, más o menos tímidamente, tiende a darse, se ha dado no solo por científicos tan apasionados por la robótica como legos en Derecho, sino también, lo que es más preocupante, por legisladores expertos", citándose en este mismo sentido la Resolución del Parlamento Europeo de 16 de febrero de 2017.

Metido en la cuestión de la inteligencia artificial, inevitablemente tuve que exponer el famoso "Test de Turing". Esta prueba (más bien demostración) intenta validar si la inteligencia humana puede ser replicada en un ordenador, habiendo sido expuesta por el matemático inglés TURING[2] en la revista *Mind* en el año 1950. El test, llamado por su autor "El juego de la imitación", es el siguiente: Se encierra en habitaciones distintas a dos personas, hombre y mujer, A y B, y un interrogador tiene que averiguar mediante preguntas que se contestan por escrito cuál de ellas es la mujer y cuál el hombre. En esta tesitura, el autor sustituye a una de las personas por un ordenador, y entonces el juego consiste en averiguar cuál de los dos interrogados es el humano y cuál la máquina, juego en el que la programación de la máquina no puede denotar gran ventaja en aritmética o en otra tarea propia del ordenador, sino que tiene que imitar la falibilidad humana. Si no podemos

1 ROGEL VIDE, C.: "Robots y personas", *Revista general de legislación y jurisprudencia*, núm. 1, 2018, p. 88.

2 TURING, A. M.: "Computing Machinery and Intelligence", *Mind,* vol. 59, núm. 236 (Oct., 1950), p. 433.

• Miguel L. Lacruz Mantecón
Profesor Titular de Derecho civil en la Universidad de Zaragoza. Es miembro de la Asociacion de autoralistas ASEDA, y secretario de la Revista General de Legislación y Jurisprudencia. Ha publicado numerosos artículos en revistas científicas, libros y manuales universitarios, así como diversas monografías en tema de Derechos reales, Familia, (Convivencia de padres e hijos mayores de edad, Reus, 2016), Sucesiones, (La sucesión legal del Estado, Reus, 2017). Recientemente ha incidido en tema de inteligencia artificial: Robots y personas, Reus, 2020.

averiguar cuál de los dos es el humano y cuál la máquina, no podemos negar inteligencia a ninguno de los dos, y entonces la máquina también piensa.

Con estos mimbres, y leyendo más tarde el *Discurso del método* del filósofo (y jurista, se licenció en Derecho en Poitiers en el año 1616) René Descartes, quedé asombrado al encontrar exactamente el anterior razonamiento, igualmente referido a la replicabilidad del pensamiento humano y también por una máquina: "…si hubiese unas máquinas tales que poseyeran los órganos y la figura exterior de un mono o de cualquier otro animal irracional, no dispondríamos de ningún medio para reconocer que no eran totalmente de la misma naturaleza de estos animales; en cambio, si hubiese otras que tuvieran la apariencia exterior de nuestro cuerpo e imitasen nuestras acciones tanto como fuera moralmente posible, siempre tendríamos dos medios muy seguros para reconocer que no por eso eran verdaderos hombres. El primero de ellos es que nunca podrían usar de la palabra ni de otros signos equivalentes, como hacemos nosotros para declarar a los demás nuestros pensamientos"[3].

Este argumento desaparece con la actual tecnología robótica, que reproduce el lenguaje humano, escrito y oral. Pero el segundo argumento sigue valiendo, como se verá más adelante: "El segundo medio es que, aunque las citadas máquinas hiciesen muchas cosas tan bien o quizá mejor que ninguno de nosotros, fallarían indefectiblemente en algunas otras, por las cuales se descubriría que no obran por conocimiento, sino solamente por la disposición de sus órganos, porque, mientras que la razón es un instrumento universal que puede servir en toda clase de eventos, esos órganos tienen necesidad de alguna disposición particular para cada acción particular; de donde se sigue que es moralmente imposible que una máquina las tenga en número suficiente para permitirle obrar en todas las ocurrencias de la vida de la misma manera que nuestra razón nos lo permite…"[4].

Si cambiamos la "disposición de los órganos" por la programación, estamos ante el "Test de Descartes", expuesto unos trescientos años antes del famoso artículo de Turing de 1950, en *Mind*, y además mejorado, pues nos indica que, aunque en algunos campos el comportamiento humano es reproducible, no lo es en todos, y por tanto no cabe imitar dicho comportamiento en conjunto, no cabe replicar lo humano. Este obstáculo que la máquina no puede superar constituye el llamado "mal de la limitación de dominio", como nos advierte Carabantes López[5], y es el dato determinante para diferenciar al ser humano de la máquina.

3 Descartes, R.: *Discurso del método*, Ediciones Orbis, Barcelona, 1983, pp. 92-93

4 Descartes, R.: *Discurso del método*, cit., pp. 92-93

5 Carabantes López, M.: "El pronóstico de Descartes sobre los problemas de la inteligencia artificial", *SCIO. Revista de Filosofía*, núm. 12, 2016, p. 203.

Pero es que además las máquinas reproductoras de comportamientos humanos, los androides, aparecen en otros lugares de la obra de Descartes. Así, en sus *Meditaciones,* leemos: "Mas he aquí que, desde la ventana, veo pasar unos hombres por la calle: y digo que veo hombres, como cuando digo que veo cera; sin embargo, lo que en realidad veo son sombreros y capas, que muy bien podrían ocultar meros autómatas, movidos por resortes. Sin embargo, pienso que son hombres, y de este modo comprendo mediante la facultad de juzgar, que reside en mi espíritu, lo que creía ver con los ojos"[6].

Con lo que nos advierte además el autor sobre la falibilidad de los datos que obtenemos por los sentidos y la existencia de una operación intelectual de interpretación que es lo que nos hace *ver* con sentido.

También aparecen mencionados los autómatas en *Las pasiones del alma*, cuando se trata de considerar qué es la vida, y su independencia de la posesión de un "alma", diferenciando entre cuerpos vivos y muertos: "Para evitar este error consideraremos que la muerte nunca llega por defecto del alma, sino porque alguna de las principales partes del cuerpo se corrompe; juzguemos así que el cuerpo de un hombre muerto difiere del de un hombre vivo tanto como un reloj o un autómata (es decir, una máquina que se mueve por sí misma) cuando se le ha dado cuerda y tiene en sí el principio corporal de los movimientos para los que ha sido creada, con todo lo que se requiere para su funcionamiento, y el mismo reloj u otra máquina cuando está rota y cesa de actuar el principio de su funcionamiento"[7].

Por tanto, el alma no es lo que anima al cuerpo, y de ahí que los seres humanos compartan con los animales la vida y las características propias de un cuerpo animado, pero no el alma.

La comparación del funcionamiento humano también se hace con mecanismos más simples, como relojes, así en las *Meditaciones* leemos: "Y así como un reloj, compuesto de ruedas y pesas, observa igualmente las leyes de la naturaleza cuando está mal hecho y no señala bien la hora, y cuando satisface por entero el designio del artífice, así también, si considero el cuerpo humano como una máquina fabricada y compuesta de huesos, nervios, músculos, venas, sangre y piel, y ello de modo tal que, aun cuando no hubiera en él espíritu alguno, se movería igual que ahora lo hace cuando su movimiento no procede de la voluntad, ni por ende del espíritu, y sí sólo de la disposición de sus órganos"[8].

6 Descartes, R.: *Meditaciones Metafisicas con Objeciones y Respuestas*, Introducción, Traducción y Notas, Vidal Pena, Alfaguara, 1977, p. 29. En esta misma obra, Descartes nos habla en varios momentos de la máquina del cuerpo humano (*la machine de nostre corps*).

7 Descartes, R.: *Les passions de l´âme*, Amsterdam, chez Louys Elzevier, MDCL, p. 7.

8 Descartes, R.: *Meditaciones,* cit., p. 70.

En otros momentos, Descartes equipara a los animales con meras máquinas, desprovistas de alma (aunque no de inteligencia), como piedra de toque de la excepcionalidad del alma y pensamiento humanos. Podemos ver esto, de nuevo en las *Meditaciones,* en la contestación a una de las Objeciones que rechazaba el argumento de la comparación entre el comportamiento humano y el animal: "…si es cierto que los monos, los perros y los elefantes obran así en todas sus operaciones, no faltará quien diga que también las acciones del hombre son semejantes a las de las máquinas, sin admitir en él ni sentimientos ni entendimiento, dado que, si la débil razón de los brutos difiere de la del hombre, ello será sólo cuestión de grado, sin mutación de esencia"[9].

Pero, por supuesto, una cosa es admitir una cierta inteligencia en los animales y otra distinta reconocerles naturaleza humana, alma, contestando Descartes más adelante: "…que no faltará quien diga que también las acciones del hombre son semejantes a las de las máquinas, sin admitir en él sentimiento ni entendimiento, si es cierto que los monos, los perros y los elefantes obran también como máquinas en todas sus operaciones".

Frente a esta idea, aporta Descartes un argumento que podemos valorar también hoy en día, el de la realidad de nuestra experiencia subjetiva: "Pues, en verdad, es imposible que dejemos de experimentar a diario, en nosotros mismos, que pensamos; y, por tanto, aunque nos demuestren que todas las operaciones de los brutos pueden efectuarse sin pensamiento, nadie podrá inferir de ello, razonablemente, que él no piensa, excepto aquel que, habiendo supuesto siempre que las bestias piensan como nosotros, y estando persuadido de que él obra del mismo modo que ellas, se obstine en mantener la proposición de que el hombre y el bruto obran de la misma manera, hasta el punto de que, cuando le demuestren que los brutos no piensan, preferirá renunciar a su propio pensamiento (del que tiene noticia en su interior mediante una experiencia continuada e infalible), más bien que cambiar su opinión, según la cual él obra del mismo modo que los brutos"[10].

El trato de Descartes con los androides, como término de comparación tanto con los humanos como con los animales, para la demostración de sus tesis, es frecuente. Sin embargo, hay una particular relación entre Descartes y un concreto androide, que se dijo que había fabricado él mismo, para replicar a su fallecida hija Francine. Este rumor da lugar a una de las más curiosas fábulas de androides que recorren la literatura europea desde el siglo XVII, y que recientemente suscita nuevo interés. Es bien conocida en el ámbito cultural francés y en el anglosajón, y ha sido glosada en muchas ocasiones. Sin embargo, resulta más desconocida en

9 Descartes, R.: *Meditaciones,* cit., pp. 326 y 327.

10 Descartes, R.: *Meditaciones,* cit., p. 327.

el ámbito español, por lo que creo que vale la pena detenerse un momento en la historia. Veámosla.

II. UNA FÁBULA DE ROBOTS EN EL SIGLO XVII, QUE LLEGA HASTA HOY.

Descartes, establecido en Amsterdam desde hacía años, tuvo una hija con la sirvienta de la casa en la que se hospedaba, Helena Jans van der Strom, que por cierto es la única relación femenina que se le conoce. La hija, llamada Francine, nació el 19 de octubre de 1635 en el pueblo de Deventer, al que se había trasladado con Helena, con la que nunca se casó. Allí llevaba vida familiar, desempeñando Helena el papel de ama de llaves y haciendo pasar a Francine por sobrina del filósofo: era evidente que Descartes quería ocultar la relación que unía a las tres personas. Sin embargo, sentía un tierno cariño hacia Francine, e incluso planeaba trasladarse o enviarla a Francia para su educación en lengua y cultura francesas. No pudo llevar a cabo este plan, pues Francine murió de escarlatina en septiembre de 1640, contando con cinco años de edad. Su muerte sumió al filósofo en una inmensa tristeza, según confirman autores de la época como Baillet: "La reconoció públicamente como su hija, aunque no tenemos noticia sobre la madre ni sobre si hubo matrimonio. La lloró con tanta ternura que ello le hizo saber que la verdadera Filosofía no está reñida con la naturaleza humana. El dolor que sentía nos hace conjeturar que la hija era única"[11].

Esta existencia de Francine es un hecho, y el mismo Baillet nos cuenta que el propio Descartes reconoció su paternidad en una carta manuscrita a modo de confesión, tanto de su paternidad como de su dolor, que escribió sobre las hojas iniciales de un libro que luego dejó leer a sus amigos. Lo que ya no es en modo alguno cierto es la historia que, a partir de la muerte de Francine, se creó; existen varias versiones[12], pero una ecléctica es ésta: Para mitigar su dolor, Descartes fabricó un autómata con el aspecto de su propia hija, y se hacía acompañar por él en sus viajes, si bien permanecía guardada en un cofre fuera de la vista de todos. En uno de estos viajes que tuvo lugar por mar, según algunas versiones en su último viaje en 1649, a Suecia llamado por la reina Cristina, se desencadenó una tormenta. El capitán, alertado por algún marinero de la existencia de una presencia extraña en la nave, inspeccionó el camarote de Descartes y halló el autómata, que se puso en movimiento. Creyendo que estaba ante una obra del Diablo, el capitán arrojó la muñeca por la borda, hundiéndose en las profundidades.

11 Baillet, A.: *La vie de Mr Des-Cartes. Réduite en abregé*, A Paris, chez Guillaume de Luynes, libraire juré, dans la salle des Merciers, au Palais, à l'enseigne de la Justice. La veuve de P. Boüillerot, à l'entrée de la ruë S. André des Arcs, au bout du pont S. Michel, au Bon protecteur. Et Claude Cellier, ruë S. Jacques, au Grand navire. M. DC. XCII, p. 201.

12 Una recientísima versión poética, con citas muy bien traídas que ilustran las ideas de filósofo, es la de Lynda Saxson: "Descartes, His Daughter, and Her Dog", *The Massachusetts Review*, Volume 57, Number 1, Spring 2016, pp. 143-148.

Curiosamente, el recorrido de esta historia ha sido mucho más largo de lo que cabía esperar, lo que vamos a ver a continuación.

El origen de la fábula es bastante temprano, está en una colección de relatos e historias de 1699, los *Mélanges d'Histoire et de Litterature, Recueillis par M. De Vigneul-Marville*, seudónimo, este, del monje cartujo y crítico francés dom Bonaventure D'ARGONNE, que recogió rumores de origen incierto que señalaban, en cuanto al relato de Baillet sobre la paternidad de Descartes, que: "Un celoso cartesiano me ha hecho saber que toda esta historia (de Francine) era un cuento inventado por los enemigos de Descartes, inspirados en una máquina autómata que había realizado con mucha industria, para probar demostrativamente que los animales no tienen alma, y que no son sino máquinas muy complejas, que se mueven por causa de los cuerpos extraños que las tocan y les comunican una parte de su movimiento. Este cartesiano añadía que el señor Descartes llevaba dicha máquina en un navío, y que el capitán tuvo la curiosidad de abrir la caja en la que se hallaba encerrada, y que sorprendido por los movimientos de la máquina, que se removía como si estuviera viva, la tiró al mar, creyendo que se trataba del Diablo"[13].

Es decir, la fábula de la hija mecánica de Descartes se la inventa posiblemente el propio D´Argonne, él mismo acérrimo partidario del filósofo (y no el "celoso cartesiano" al que se alude) para tapar tanto la paternidad ilegítima de Francine como la convivencia more uxorio que llevó Descartes con Helena Jans van der Strom, sin matrimonio. En definitiva, con la Francine mecánica se intentaba tapar a la de carne y hueso, y la relación que la engendró.

Esta fábula tiene un éxito inmediato: la recoge ANCILLON en sus *Memoires concernant les vies et les ouvrages de plusieurs modernes célébres dans la Republique des Lettres*[14], y también EMERY, en sus *Pensées de Descartes sur la Religion et la Morale*[15]. Nos indica Minsoo KANG[16] que una versión de la fábula llegó a ser escrita por Isaac DISRAELI, padre del futuro primer ministro Benjamín, y publicada en el

13 DE VIGNEUL-MARVILLE: *Mélanges d'Histoire et de Litterature*, Nouvelle Edition, revûe, corrigée, & augmentée. Second Volume. A Paris, Chez Claude Prudhomme, au Palais, au Sixiéme Pilier de la Grand'Salle, vis-à-vis l'Escalier de la Cour des Aides, à la Bonne-Foy couronnée. MDCCXIII, p. 137: "…un Cartesien fort zélé m'a mandé, que cette Histoire étoit un conte fait à plaisir par les ennemis de Décartes , à l'occasion d'une machine Automate qu'il avoit faite avec beaucoup d'industrie , pour prouver démonstrativement que les bêtes n'ont point d'ame, & que ce ne sont que des machines fort composées, qui se remuent à l'occasion des corps étrangers qui les frapent & leur communiquent une partie de leur mouvement. Ce Cartesien ajoûtoit que M. Décartes aïant mis cette machine sur un Vaisseau , le Capitaine eut la curiosité d'ouvrir la caisse dans laquelle elle étoit enfermée ; & que surpris des mouvemens qu'il remarqua dans cette machine qui se remuoit comme si elle eût été animée, il la jetta dans la Mer, croïant que ce fût un Diable".

14 ANCILLON, Ch.: *Memoires concernant les vies et les ouvrages de plusieurs modernes célébres dans la Republique des Lettres*, Amsterdam, Chez les Wetsteins, 1709.

15 EMERY, J.-A.: *Pensées de Descartes sur la Religion et la Morale*, Paris, Adrien Le Clerc, Imprimeur de l´Archevêché, 1811.

16 KANG, M.: "The Mechanical Daughter of Rene Descartes: The Origin and History of an Intellectual Fable", *Modern Intellectual History,* 14, 2017, p. 647.

Lady´s Magazine en 1795 bajo el título *The wooden daughter of Descarte*s. Asimismo, la trata Louis-Gabriel MICHAUD en su *Biographie universelle, ancienne et moderne*, de 1814, donde al ocuparse de Descartes, mediante nota al pie se comenta la historia como un modo de negar la existencia de la hija ilegítima. Se refiere de nuevo, ya a finales del siglo, en la novela de Anatole FRANCE *La rôtisserie de la reine Pédauque* (1893), sólo que aquí se sustituye el autómata por una salamandra mágica.

Por otra parte, contribuyó a la creación de la fábula la recurrencia al tema de los autómatas en la obra del filósofo, como hemos visto, así como la fama que tuvo de constructor de máquinas. La construcción de autómatas por Descartes fue una idea introducida, como añade KANG[17], por el editor de sus obras selectas, Nicolas-Joseph POISSON, en su *Commentaire ou remarques sur la methode de René Descarte*s, en 1670: "Poisson afirma haber leído en los trabajos del filósofo cómo hizo diversos autómatas, incluyendo una figura de un acróbata en la cuerda floja movido por imanes, una paloma voladora, y un faisán siendo perseguido por un perro". Sin embargo, estas anotaciones en los trabajos iniciales del filósofo parecen más bien descripciones de algo que ha contemplado, y trae a colación KANG la descripción que hace Descartes, en su obra *Le Monde*, hacia 1620, de una serie de autómatas cuyo funcionamiento él mismo habría contemplado: "Puede observarse en las grutas y las fuentes de los jardines reales que la fuerza del agua saliendo de su fuente es todo lo que se necesita para mover diversas máquinas … diversas baldosas han sido preparadas para, al ser pisadas, hacer que Diana, que se está bañando, se esconda entre las cañas, y si se sigue adelante, esto causa que aparezca Neptuno y nos amenace con su tridente"[18].

Se trataba, nos cuenta KANG, de los jardines y grutas del castillo real de Saint-Germain-en-Lay, cuyos mecanismos fueron construidos por los italianos Tomasso y Alessandro Francini. Ya en el siglo XX, añade el autor[19], esta imaginaria pericia de Descartes para la construcción de androides inspira a Gaston LEROUX, en una temprana novela de ciencia ficción (1923) titulada *La machine à assassiner*, en la que repite la idea de la construcción por Descartes de un autómata con forma de niña al que llamaba "mi hija Francine". Y en 1980 John SLADEK publica la novela de ciencia ficción *Roderick, or the Education of a Young Machine*, donde el protagonista considera la destrucción de androides y entre ellos la del inventado autómata de Descartes (*ma fille Francine*), arrojada al mar por estimarlo diabólico.

El recorrido de la fábula en la novela, o incluso en el cine, llega hasta el siglo XXI: En el ámbito francés recoge la fábula Jean-Claude HEUDIN en su *Les Créatures artificielles. Des automates aux mondes virtuels,* Odile Jacob, 2008. Otros trabajos

17 KANG, M.: "The Mechanical Daughter", cit. p. 644.

18 Transcrito en KANG, M.: "The Mechanical Daughter", cit. p. 644.

19 KANG, M.: "The Mechanical Daughter", cit. p. 651.

aparecen centrados en la hija de carne y hueso de Descartes, como el ensayo novelado de Jean-Luc Quoy-Bodin, *Un amour de Descartes*, Gallimard, 2013, o la biografía de Geneviève Rodis-Lewis, *Descartes*, CNRS-éditions, 2010, que tiene muy en cuenta a Francine como uno de los hitos en la vida del filósofo. Francine aparece mencionada en la película de ciencia ficción *Ghost in the Shell 2: Innocence,* estrenada en 2004. Y la convivencia de Helena Jans van der Strom con Descartes es el tema de la novela *Les mots entre mes mains*, de Guinevere Glasfurd (2016). Más recientemente, en España José Ignacio Latorre refiere la historia de Francine en su Ética para Máquinas (2019)[20].

III. LA FÁBULA EN LA LITERATURA CIENTÍFICA.

Indica Kang[21] que la fábula aparece, bastante deformada, entre los estudiosos de los mecanismos automáticos de comienzos de la época actual. En 1964, el historiador de la ciencia y tecnología Derek J. De Solla Price publica su artículo sobre la historia de los autómatas "Automata and the Origins of Mechanism and Mechanistic Philosophy", como se ve enlazando la creación de mecanismos con el surgimiento de la filosofía materialista. En 1966 el psicólogo John Cohen publica su libro *Human Robots in Myth and Science*, y en 1968 lo hace Leonora Cohen Rosenfield, por título *From Beast-Machine to Man-Machine;* ambos recogen la leyenda aportando su particular interpretación.

Sin embargo, es a partir de los años 90 y comienzos del siglo XXI cuando se asiste a una utilización masiva de la historia en trabajos científicos de diversos autores en el ámbito de la filosofía, pero también la psicología, la ciencia cognitiva, las matemáticas, la sociología, la informática y la ciencia computacional, citando Kang a muchos autores anglosajones como Stephen Gaukroger, *Descartes: An Intellectual Biography* (Clarendon Press, Oxford, 1995), David Berlinski, *Infinite Ascent: A Short History of Mathematics* (Nueva York, 2005); Sidney Perkowitz, *Digital People: From Bionic Humans to Androids,* (Washington, DC, 2004); Gaby Wood, *Living Dolls: A Magical History of the Quest for Mechanical Life* (Londres, 2002)[22].

Las versiones se acomodan a las distintas interpretaciones que se pretenden del cuento, mezclando detalles biográficos de Descartes con invenciones y adornos.

20 Latorre Sentís, J. I.: Ética para máquinas, Ariel, Barcelona, 2019, p. 148.

21 Kang, "The Mechanical Daughter", cit. p. 653.

22 La cita de autores es mucho más larga, añado algunos pero remito al citado artículo para una relación exhaustiva: Susan Brodo, "Introduction", in Brodo, ed., *Feminist Interpretations of René Descartes* (University Park, PA, 1999); Cohen, *How to Love: Wise (and Not-so-Wise) Advice from the Great Philosophers* (Lewes, 2014); Yujin Nagasawa, *The Existence of God: A Philosophical Introduction* (London, 2011); Jason Wallin, "Constructions of Childhood," en Benjamin Frymer, Matthew Carlin, and John Broughton, eds., *Cultural Studies, Education, and Youth* (Lanham, MD, 2011); Kara Reilly, *Automata and the Mimesis on the Stage of Theatre History* (Basingstoke, 2011); Eric G. Wilson, *The Melancholy Android: On the Psychology of Sacred Machines* (Albany, 2006); John Mack, *The art of small things*, Harvard University Press, 2007.

Es el caso de la versión que hace Gaby Wood, en su *Living Dolls: A Magical History of the Quest for Mechanical Life,* con un aire fatalista: "Este sería su último viaje. El filósofo René Descartes había sido reclamado por la Reina Cristina de Suecia que quería conocer sus puntos de vista sobre el amor, el odio y las pasiones del alma; pero, aunque se sentía feliz escribiéndose con la reina, Descartes se hallaba poco dispuesto a formar parte de su corte. Según dijo, sentía que los pensamientos, como el agua, se helarían en Suecia y, puesto que el invierno era particularmente crudo, que no sobreviviría a la estación. Incluso temía, como escribió a un amigo, *un naufragio que me costará la vida*… Viajaba, como dijo a sus compañeros, con su joven hija Francine, pero los marineros no la habían visto nunca, por lo que, inquietados por ello, un día, en medio de una terrible tormenta, decidieron buscarla… Muertos de curiosidad, se deslizaron en el camarote de Descartes. No había nadie allí, pero al irse tropezaron con una extraña caja. En cuanto la abrieron, saltaron de espanto: dentro de la caja había una muñeca –una muñeca viva, que se movía y actuaba exactamente como un ser humano. Descartes había construido el androide él mismo… era ciertamente su criatura, pero no de la especie que los marineros habían imaginado: Francine era una máquina. Cuando le enseñaron al capitán del barco esa maravilla animada, se convenció en su conmoción de que era un producto de la magia negra, responsable del temporal que les azotaba, y bajo sus órdenes, la hija de Descartes fue arrojada por la borda"[23].

Incluso llega a plantearse la citada autora la verosimilitud de la historia: No por cierto, ya hemos visto que se trató de una fantasía interesada en proteger la figura del filósofo.

Pese a que todo parte de una invención para tapar las vergüenzas del filósofo, lo llamativo de la historieta es el poder de la imagen que ha dado lugar a versiones desorbitadas del cuento. Las razones de esta enorme difusión de la fábula pueden rastrearse, primero, en el atractivo de los mitos como el de Prometeo, la desgracia que trae el vulnerar los límites impuestos por los dioses. El invadir ámbitos reservados a la deidad provoca el inmediato castigo y la destrucción del ser sacrílego: es lo mismo que sucede con el Golem, o con el monstruo de Frankenstein.

También tenemos como explicación de la popularidad inmediata de la fábula la enorme capacidad evocadora de los autómatas, que en los siglos XVII y XVIII eran los exponentes máximos de la tecnología, aparte de que su aspecto humano planteaba la cuestión de la naturaleza humana. Como nos dice Heudin, para algunos filósofos, "…el autómata era una máquina que no podía tener alma y tampoco podía en ningún caso ser considerado un ser vivo. Para otros el autómata representaba la negación de la función del alma misma. Finalmente, de la mecánica

23 Wood, G.: *Living Dolls: A Magical History of the Quest for Mechanical Life,* Faber & Faber, London, 2002.

relojera que animaba los movimientos de los autómatas devino la metáfora de la vida, la concepción dominante del funcionamiento de la naturaleza. A la visión medieval de un orden jerárquico de seres vivos creados y gobernados por Dios, el pensamiento del siglo XVII opuso la de un mundo máquina, desnudo de finalidad y de voluntad, en el que todos los componentes, animales y humanos incluidos, se hallaban dirigidos por las leyes de la física"[24].

Sin embargo, esta reducción a lo material no es en realidad propia de Descartes, sino de La Mettrie, Descartes lo que se limita es a diferenciar entre las funciones propias del cuerpo y las del alma, y a distinguir ambos conceptos que se hallaban entremezclados: A partir de entonces va a primar la visión dualista del ser humano como un conjunto formado de dos sustancias radicalmente distintas, el cuerpo y el alma. Este dualismo es precisamente lo que hace actual a Descartes y el motivo por el que tanto el autor como la fábula *casan* perfectamente con el actual estado de la técnica. Me refiero por supuesto a los autómatas que tenemos hoy en día, a los robots. Y al renacimiento del problema de concretar la esencia de la humanidad, la nota diferencial entre el comportamiento humano y el imitado, que está en la conciencia, el "yo", o el "alma", como ya planteó Descartes.

IV. TODO ESTÁ EN DESCARTES.

No, en Descartes no están todas las respuestas, pero sí están planteadas todas las preguntas, o al menos la principal, que no es la de si las máquinas pueden pensar, sino la de si las máquinas pueden imitar la conciencia humana (si tienen alma, en realidad, aunque esta palabra molesta).

Efectivamente, la cuestión que planteaban los autómatas era la de si las máquinas estaban *vivas*, en el sentido de *animadas*, es decir, si tenían ánima, alma entendida como el principio de la vida. Pero como vimos anteriormente, en *Las pasiones del alma* nos decía Descartes que no es el alma lo que anima al cuerpo, y que los seres humanos comparten con los animales (y con los autómatas) la vida, pero no el alma: "…el cuerpo de un hombre muerto difiere del de un hombre vivo tanto como un reloj o un autómata (es decir, una máquina que se mueve por sí misma) cuando se le ha dado cuerda y tiene en sí el principio corporal de los movimientos para los que ha sido creada, con todo lo que se requiere para su funcionamiento, y el mismo reloj u otra máquina cuando está rota y cesa de actuar el principio de su funcionamiento".

Si el alma no es lo que da vida a los seres humanos (ni a los autómatas), sino que la vida, la animación, procede de un mecanismo enteramente físico, entonces el alma es, necesariamente, "otra cosa".

24 Heudin, J.-C.: *Les Créatures artificielles. Des automates aux mondes virtuels,* Odile Jacob, 2008, p. 50.

Desde este punto de partida es posible establecer una partición entre la vida, entendida como el conjunto de funciones biológicas en el ser humano y en el animal, o mecánicas en el autómata (funciones que actúan en un nivel material o físico), y el alma o, para emplear un término con menos connotaciones religiosas, el "espíritu" (que se mueve, naturalmente, en un nivel espiritual o no-físico): el dualismo cartesiano está servido.

En esta diferenciación el papel del autómata como término de comparación, ejemplo y metáfora del ámbito físico del ser humano, de la vida, resulta evidente. Dirá Heudin que para Descartes "…el carácter mecánico de los seres vivos era una verdad incontestable, no solamente para los animales, sino también para el cuerpo humano que no debía sus movimientos al alma, sino a su principio de autómata, ciertamente complejo, pero autómata en cualquier caso. Si el ser vivo no tenía necesidad de acudir a ningún principio de trascendencia, la única diferencia que entonces subsistía entre los animales-máquina y el hombre era la facultad de pensar, desarrollada gracias al lenguaje [25]".

La diferencia entre el hombre y el animal y también el autómata está, nos dice el autor, no en la diferencia de complejidad entre un sujeto y otro, sino en una diferencia de naturaleza consistente en que el hombre es libre, si bien su funcionamiento corporal es tan material como el de la máquina.

Es esta diferencia la que se pone de relieve en el "Test de Descartes" que he expuesto al comienzo de este artículo, y que Heudin estima que va dirigido no tanto a fundamentar el carácter espiritual del pensamiento humano como a señalar la posibilidad del hallazgo de la verdad mediante el pensamiento, a pesar de la información defectuosa obtenida mediante los sentidos, afirmando el sesgo materialista del razonamiento. Sin embargo, creo que la afirmación cartesiana de la diferencia cualitativa entre la actividad espiritual y la orgánica es incontestable, incluso acudiendo al famoso párrafo del "Test de Descartes", donde muestra dos medios para diferenciar al ser humano del autómata. El primero es el uso del lenguaje, argumento que no nos vale pues la actual tecnología robótica reproduce el lenguaje humano, pero el segundo argumento, que consiste en la imposibilidad de una programación global que imite a *la razón* humana sigue valiendo y establece una esencial diferencia entre lo orgánico y lo espiritual (lo *racional*)[26]. Por supuesto

25 Heudin: *Les Créatures artificielles,* cit., p. 51.

26 Descartes, R.: *Discurso del método*, Ediciones Orbis, Barcelona, 1983, p. 93: "El segundo medio es que, aunque las citadas máquinas hiciesen muchas cosas tan bien o quizá mejor que ninguno de nosotros, fallarían indefectiblemente en algunas otras, por las cuales se descubriría que no obran por conocimiento, sino solamente por la disposición de sus órganos, porque, mientras que la razón es un instrumento universal que puede servir en toda clase de eventos, esos órganos tienen necesidad de alguna disposición particular para cada acción particular; de donde se sigue que es moralmente imposible que una máquina las tenga en número suficiente para permitirle obrar en todas las ocurrencias de la vida de la misma manera que nuestra razón nos lo permite…".

el problema sigue siendo ubicar dicha actividad espiritual en el mundo, pero esto es otra cuestión.

Lo que sí admite Descartes es la apreciación de una cierta actividad intelectual de bajo nivel en los animales; lo vemos en las *Meditaciones*: "Serán más, según creo, los que sostengan (y, desde luego, con mayor razón), si se les concede que el pensamiento no se distingue del movimiento corpóreo, que hay pensamiento en los brutos tanto como en los hombres, pues advertirán en ellos los mismos movimientos corpóreos que en nosotros; y, al añadir a esto que la diferencia, siendo sólo cuestión de grado, no muda la esencia de las cosas, aunque acaso no juzguen a las bestias tan racionales como a los hombres, tendrán al menos ocasión de creer que en ellas hay espíritus de especie semejante a los nuestros"[27].

Frente a esta idea, Descartes únicamente opone el argumento de la conciencia subjetiva del pensamiento humano como experiencia distinta y única, diferenciada de la actividad del animal, pues el pensamiento humano es libre y permite la búsqueda de la verdad más allá de la información de los sentidos. Como señala en la misma obra, "Pues, en verdad, es imposible que dejemos de experimentar a diario, en nosotros mismos, que pensamos; y, por tanto, aunque nos demuestren que todas las operaciones de los brutos pueden efectuarse sin pensamiento, nadie podrá inferir de ello, razonablemente, que él no piensa, excepto aquel que, habiendo supuesto siempre que las bestias piensan como nosotros, y estando persuadido de que él obra del mismo modo que ellas, se obstine en mantener la proposición de que el hombre y el bruto obran de la misma manera, hasta el punto de que… preferirá renunciar a su propio pensamiento (del que tiene noticia en su interior mediante una experiencia continuada e infalible), más bien que cambiar su opinión"[28].

Este argumento subjetivo es hoy mayoritariamente rechazado, pese a que el filósofo lo considera definitivo.

La especificidad del pensamiento humano, núcleo y definidor del sujeto, del "yo", "cogito ergo sum", es por tanto el principio del conocimiento, la primera verdad, lo que comporta la existencia y operatividad de esta actividad pensante y del sujeto pensante, por consecuencia. La idea del Discurso del método se reproduce en otras obras del filósofo, así en sus *Meditaciones*: "Así, pues, supongo que todo lo que veo es falso; estoy persuadido de que nada de cuanto mi mendaz memoria me representa ha existido jamás; pienso que carezco de sentidos; creo que cuerpo, figura, extensión, movimiento, lugar, no son sino quimeras de mi espíritu. ¿Qué podré, entonces, tener por verdadero? Acaso esto solo: que nada

27 Descartes, R.: *Meditaciones,* cit., p. 327.

28 Descartes, R.: *Meditaciones,* cit., p. 327.

cierto hay en el mundo… Ya estoy persuadido de que nada hay en el mundo; ni cielo, ni tierra, ni espíritus, ni cuerpos, ¿y no estoy asimismo persuadido de que yo tampoco existo? Pues no: si yo estoy persuadido de algo, o meramente si pienso algo, es porque yo soy''[29].

Uno de los mayores gurús de la Inteligencia artificial, Ray KURZWEIL, considera que con el principio del *cogito ergo sum*, Descartes "…no pretendía ensalzar las virtudes del pensamiento racional. Estaba preocupado por lo que se conoce como el problema de la mente y el cuerpo, la paradoja de cómo la mente puede surgir de la no mente, cómo los pensamientos y sentimientos pueden surgir hasta sus límites, de la materia ordinaria del cerebro. Empujando al escepticismo racional, su declaración realmente significa: «Creo que es un fenómeno mental innegable, que se produce cierta conciencia, por lo tanto, todo lo que sabemos con certeza es que algo, llamémoslo *yo*, existe»''[30].

Lo que no es sino lo mismo que afirmó el filósofo, expresado con otras palabras, nada nuevo, salvo la actualidad del filósofo cuyas palabras se repiten. En definitiva, y como dice KANG, podemos apreciar una revalorización del pensamiento cartesiano como consecuencia del actual desarrollo de la tecnología robótica, así como "…la popularización del discurso cibernético que siguió a la revolución de la computadora personal de los años ochenta. En el contexto de los espectaculares logros tecnológicos de la época, las cuestiones científicas y filosóficas planteadas por las posibilidades de la inteligencia artificial, la realidad virtual, la robótica avanzada y la convergencia bio-digital apuntaron a preguntas en las que Descartes ya estaba interesado. Como un importante pensador moderno que abordó con antelación el problema mente-cuerpo, describió los cuerpos orgánicos como autómatas hechos de materia muerta, y expuso una visión global del mundo mecanicista, muchos estudiosos encontraron fructífero volver a su filosofía'' [31].

Incluso el *Discurso del método* es pensable como una metodología de estudio de las ciencias puras, teniendo en cuenta que sus prolegómenos tienen lugar al comienzo de una carrera científica, no filosófica, de hecho, esta obra se publica en 1637 como prólogo a tres ensayos: la *Dióptrica*, los *Meteoros* y la *Geometría*. Claro que el estudio que lleva a cabo se halla más cerca de las ciencias puras que de la

29 DESCARTES, R.: *Meditaciones,* cit., p. 23.

30 KURZWEIL, R.: *The age of spiritual machines. When computers exceed human intelligence,* First Published in 1999 by Viking Penguin, p. 52. Luego pasa a afirmar: "Antes de 2030, tendremos máquinas que proclamarán el principio de Descartes. Y no parecerá una respuesta programada. Las máquinas serán fervientes y convincentes. ¿Debemos creerles cuando dicen ser entidades conscientes con su propia voluntad?". Pero no se da ninguna razón para esto.

31 KANG, M.: "The Mechanical Daughter", cit. p. 639.

filosofía, su objeto de estudio es la naturaleza de lo humano, como antes lo ha sido el cuerpo humano[32].

En realidad, el dualismo que el autor preconiza responde perfectamente a este esquema, así en la *Meditacion Sexta*, que lleva por rúbrica *De la existencia de las cosas materiales, y de la distinción real entre el alma y el cuerpo*: "…concluyo rectamente que mi esencia consiste sólo en ser una cosa que piensa, o una substancia cuya esencia o naturaleza toda consiste sólo en pensar. Y aunque acaso (o mejor, con toda seguridad, como diré en seguida) tengo un cuerpo al que estoy estrechamente unido, con todo, puesto que, por una parte, tengo una idea clara y distinta de mí mismo, en cuanto que yo soy sólo una cosa que piensa -y no extensa-, y, por otra parte, tengo una idea distinta del cuerpo, en cuanto que él es sólo una cosa extensa -y no pensante-, es cierto entonces que, ese yo (es decir, mi alma, por la cual soy lo que soy), es enteramente distinto de mi cuerpo, y que puede existir sin él"[33].

Estaríamos ante un visionario, un pensador proto-cibernético que anticipó cuestiones en las que se insiste actualmente. Las elaboraciones de Descartes, hoy en día, se hallan mucho más cerca del ámbito de la ciencia que del de la metafísica o el de la religión. Como señala Vidal Pena, las construcciones de Descartes en torno a la existencia de Dios pertenecen más a la ciencia que a la metafísica, en concreto a la base matemática: "Lo que hay, en nuestra opinión, es un valioso exponente histórico de razonamiento trascendental: esa manera de razonar que irá convirtiéndose, y más cada vez con el paso del tiempo, en el recurso último (ultima ratio) de la «racionalidad» cuando intentamos aplicar la idea de «razón» al conjunto de la realidad, a sus «últimos fundamentos»"[34].

Sin embargo, opina Carabantes López que las ideas de Descartes obedecen a un estadio poco evolucionado de las ciencias, y partiendo de una base exclusivamente material afirma que hoy los ordenadores pueden simular el comportamiento humano porque pueden copiar el funcionamiento del cerebro, "… incluyendo el lenguaje y la flexibilidad del intelecto. A esta tarea se dedica la corriente de investigación de la inteligencia artificial denominada IA subsimbólica o conexionismo" [35].

Sin embargo, el argumento de la limitación del sistema inteligente a la tarea para la que ha sido diseñada, y su falta de capacidad para enfrentarse al mundo

32 En Poitiers estudió tanto Derecho como Medicina, y escribió obras sobre anatomía y fisiología humana como el *Tratado del hombre* y el *Traité de la formation du foetus*, de 1664.

33 Descartes, R.: *Meditaciones,* cit., p. 66.

34 Vidal Pena: "Introducción", en las *Meditaciones Metafisicas con Objeciones y Respuestas*,Alfaguara, 1977, Introducción, Traducción y Notas, Alfaguara, 1977, p. XXXV.

35 Carabantes López, M.: "El pronóstico de Descartes", cit., p. 218.

con sentido, sigue siendo en realidad una de las premisas de la construcción de sistemas inteligentes, o cibernética. Considerando la cibernética como "la ciencia de la comunicación y control en los seres vivos y en las máquinas" (WIENER, 1950) o como concreta el psicólogo Neville MORAY[36], la ciencia del control mediante la cual intentamos obtener una máquina que produzca determinado resultado cada vez que reciba un estímulo dado, de ello resulta que estamos ante una ciencia de la programación de seres animados. A partir de aquí, el control y decisión de la conducta de la máquina se produce a partir de un algoritmo decisional, y los algoritmos se crean para el desempeño de tareas concretas: No existe un algoritmo que defina la operación de *llevar una vida humana con sentido*. La visión de Descartes sobre los autómatas reproduce esta idea de control y de falta de libertad, libertad que es patrimonio del ser humano e inaccesible a la máquina. La máquina está "pilotada", desde fuera por las órdenes humanas o desde dentro por su programa (por la disposición de sus mecanismos, diría Descartes), no olvidemos que cibernética viene del griego "kubernetes", que se refiere al timón y al piloto que lo gobierna.

En cambio, el ser humano es, a la vez, el piloto y la nave, la máquina y su programa: el programa que anima al ser humano es "él". Lo vemos de nuevo en Descartes: "Me enseña también la naturaleza, mediante esas sensaciones de dolor, hambre, sed, etcétera, que yo no sólo estoy en mi cuerpo como un piloto en su navío, sino que estoy tan íntimamente unido y como mezclado con él, que es como si formásemos una sola cosa. Pues si ello no fuera así, no sentiría yo dolor cuando mi cuerpo está herido, pues no soy sino una cosa que piensa, y percibiría esa herida con el solo entendimiento, como un piloto percibe, por medio de la vista, que algo se rompe en su nave" [37].

No cabe decir más.

36 MORAY, N.: *Cibernética*, Herder, Barcelona, 1967, p. 16: "Es decir, queremos construir sistemas que hagan cosas, y para ello necesitamos entender cómo han de ser organizadas las partes al efecto de que se gobiernen unas a otras… Y es la ciencia de la comunicación en dos sentidos. Primeramente… para actuar de modo que un fin particular se cumpla, debe haber una comunicación entre el sistema y el espacio que lo rodea… En segundo lugar, las diferentes partes del sistema deben comunicarse entre sí dentro de él".

37 DESCARTES, *Meditaciones,* cit., p. 68.

BIBLIOGRAFÍA

ANCILLON, C.: *Memoires concernant les vies et les ouvrages de plusieurs modernes célébres dans la Republique des Lettres*, Amsterdam, Chez les Wetsteins, 1709.

BAILLET, A.: *La vie de Mr Des-Cartes. Réduite en abregé*, A Paris, chez Guillaume de Luynes, libraire juré, dans la salle des Merciers, au Palais, à l'enseigne de la Justice. La veuve de P. Boüillerot, à l'entrée de la ruë S. André des Arcs, au bout du pont S. Michel, au Bon protecteur. Et Claude Cellier, ruë S. Jacques, au Grand navire. M.DC. XCII.

CARABANTES LÓPEZ, M.: "El pronóstico de Descartes sobre los problemas de la inteligencia artificial", *SCIO. Revista de Filosofía*, núm. 12, 2016.

DE VIGNEUL-MARVILLE: *Mélanges d'Histoire et de Litterature*, Nouvelle Edition, revûe, corrigée, & augmentée. Second Volume. A Paris, Chez Claude Prudhomme, au Palais, au Sixiéme Pilier de la Grand'Salle, vis-à-vis l'Escalier de la Cour des Aides, à la Bonne-Foy couronnée. MDCCXIII.

DESCARTES, R.:

- *Discurso del método*, Ediciones Orbis, Barcelona, 1983.

- *Les passions de l´âme*, Amsterdam, chez Louys Elzevier, MDCL.

- *Meditaciones Metafisicas con Objeciones y Respuestas*, Introducción, Traducción y Notas, Vidal Pena, Alfaguara, 1977.

EMERY, J.-A.: *Pensées de Descartes sur la Religion et la Morale*, Paris, Adrien Le Clerc, Imprimeur de l´Archevêché, 1811.

HEUDIN, J.-C.: *Les Créatures artificielles. Des automates aux mondes virtuels,* Odile Jacob, 2008.

KANG, M.: "The Mechanical Daughter of Rene Descartes: The Origin and History of an Intellectual Fable," *Modern Intellectual History,* 14, 2017.

KURZWEIL, R.: *The age of spiritual machines. When computers exceed human intelligence,* First Published in 1999 by Viking Penguin, New York, 1999.

LATORRE SENTÍS, J. I.: Ética para máquinas, Ariel, Barcelona, 2019.

MORAY, N.: *Cibernética*, Herder, Barcelona, 1967.

ROGEL VIDE, C.: "Robots y personas", *Revista general de legislación y jurisprudencia*, núm. 1, 2018.

SEXSON, L.: "Descartes, His Daughter, and Her Dog", *The Massachusetts Review*, Volume 57, Number 1, Spring 2016.

TURING, A. M.: "Computing Machinery and Intelligence", *Mind,* vol. 59, núm. 236 (Oct., 1950).

VIDAL PENA: "Introducción", en las *Meditaciones Metafísicas con Objeciones y Respuestas*, Introducción, Traducción y Notas, Alfaguara, 1977.

WOOD, G.: *Living Dolls: A Magical History of the Quest for Mechanical Life,* Faber & Faber, London, 2002.

REFLEXIONES A PROPÓSITO DE LA PROTECCIÓN DE DATOS EN EL ESCENARIO GLOBAL DIGITAL: EL DERECHO DE DAÑOS EN LA LITIGIOSIDAD INTERNACIONAL*

REFLECTIONS ABOUT THE DATA PROTECTION IN THE GLOBAL DIGITAL STAGE: THE LAW OF DAMAGES IN INTERNATIONAL LITIGATION

Rev. Boliv. de Derecho Nº 31, enero 2021, ISSN: 2070-8157, pp. 442-475

* Este trabajo se ha realizado en el marco del proyecto de investigación emergente I+D+i financiado por la Generalitat Valenciana (con referencia GV/2019/118) titulado "La tutela de los derechos en el entorno digital: nuevos retos, desafíos y oportunidades", Investigador Principal José Juan Castelló Pastor del que el autor es miembro del grupo de investigación.

David
CARRIZO
AGUADO

ARTÍCULO RECIBIDO: 14 de septiembre de 2020
ARTÍCULO APROBADO: 13 de noviembre de 2020

RESUMEN: La circulación internacional de datos personales constituye un sector pujante en la esfera socio-económica. En tales condiciones, ante la existencia de un tratamiento ilícito de aquellos, el agraviado está legitimado para exigir una indemnización por los daños y perjuicios que se hubieran podido originar en el marco transfronterizo. Tal situación plantea dos cuestiones fundamentales: por un lado, determinar el órgano jurisdiccional competente para conocer de un eventual litigio, y, por otro, precisar la Ley aplicable para resolver la controversia suscitada. En la presente investigación cabe destacar las significativas novedades que introduce el Reglamento (UE) 2016/679, de 27 de abril de 2016, en lo relativo a su dimensión transnacional y cómo deben ser comprendidas en conjunción con las normas preexistentes de Derecho internacional privado en sede de obligaciones extracontractuales.

PALABRAS CLAVE: Protección de datos de carácter personal; normas de competencia judicial internacional; Derecho aplicable; responsabilidad civil extracontractual.

ABSTRACT: *The international circulation of personal data constitutes a thriving sector in the socio-economic sphere. In such conditions, given the existence of an illicit treatment of those, the aggrieved is entitled to demand compensation for damages that may have originated in the cross-border framework. Such a situation raises two fundamental questions: on the one hand, to determine the competent court to hear a possible dispute, and, on the other, to specify the applicable law to resolve the controversy raised. In this research, it is worth highlighting the significant novelties introduced by Council Regulation (EU) 2016/679, of April 27, 2016, regarding its transnational dimension and how they should be understood in conjunction with the pre-existing rules of private international law in seat of non-contractual obligations.*

KEY WORDS: *Data protection; jurisdiction rules; Law applicable; non-contractual obligations.*

SUMARIO.- I. A MODO DE INTRODUCCIÓN: LA TRANSFORMACIÓN TECNOLÓGICA EN EL CONTEXTO DEL PROCESAMIENTO DE DATOS.- II. PUNTUALIZACIONES AL MARCO NORMATIVO.- 1. Particularidades en la aplicación del Reglamento (UE) 2016/679.- 2. Eficacia del Reglamento (UE) 2016/679 «extra muros» del territorio europeo.- 3. Evidencias en la globalización de datos.- III. CARACTERES DEL SISTEMA DE COMPETENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL.- 1. Idea preliminar.- 2. Foro del establecimiento del responsable del tratamiento de datos.- 3. Foro de la residencia habitual del interesado.- 4. «Interfaz» con el Reglamento (UE) 1215/2012.- IV. DETERMINACIÓN DEL ORDENAMIENTO APLICABLE.- 1. Aclaración inicial.- 2. El punto cardinal: territorio donde se localice el establecimiento.- 3. Coexistencia con otras normas.- V. ÚLTIMAS LÍNEAS CONCLUSIVAS.

I. A MODO DE INTRODUCCIÓN: LA TRANSFORMACIÓN TECNOLÓGICA EN EL CONTEXTO DEL PROCESAMIENTO DE DATOS.

La interconexión global que permite Internet, así como el desarrollo de plataformas y otros operadores económicos en línea de dimensión mundial, son fenómenos que no han ido unidos al desarrollo de estándares comunes significativos a nivel internacional acerca de la licitud de las actividades desarrolladas a través de Internet[1]. Asistimos pues, a un escenario en el que el desarrollo de nuevas tecnologías digitales ofrece novedosas oportunidades para los ciudadanos, las empresas y las administraciones públicas[2] en la Unión Europea[3].

1 De Miguel Asensio, P.A.: "Internet y Derecho internacional privado: balance de un cuarto de siglo", en *Relaciones transfronterizas, globalización y derecho: Homenaje al Prof. Dr. José Carlos Fernández Rozas* (eds. por S. Álvarez González, R. Arenas García, P.A. de Miguel Asensio, S. Sánchez Lorenzo y G. Stampa Casas), Thomson Reuters-Civitas, Navarra, 2020, pp. 211-228.

2 La normativa vigente en materia de privacidad y seguridad obliga a las Administraciones públicas a incorporar una nueva cultura de gestión de los datos personales como una dimensión transversal a todo el proceso de transformación integral y holística en la que se encuentran inmersas, *vid*. Moro Cordero, M.A.: "La nueva cultura de gestión de los datos personales y la incorporación de tecnologías disruptivas", *Revista La Ley Privacidad*, 2020, núm. 4, versión *on line*.

3 Internet ha supuesto una herramienta imprescindible para la globalización de la sociedad y como consecuencia de esta globalización el tráfico de datos personales a nivel mundial ha experimentado un crecimiento exponencial (*vid*. Hernández Ramos, M.: "Una vuelta de tuerca más a las relaciones en materia de protección de datos entre la UE y los Estados Unidos. La invalidez de la decisión puerto seguro», *Revista General de Derecho Europeo*, 2016, núm. 39, p. 6).

• David Carrizo Aguado
Profesor Ayudante Doctor de Derecho internacional privado de la Universidad de León (acreditado a Profesor Contratado Doctor). Miembro de la Asociación Española de Profesores de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales -AEPDIRI-, miembro de la Associação Portuguesa de Direito Intelectual -APDI-, y Miembro Supernumerario de la Academia Mexicana de Derecho Internacional Privado y Comparado -AMEDIP-. Ha realizado estancias de investigación en el Institute for the Unification of Private Law -UNIDROIT- (Roma, Italia), en el European University Institute (Florencia, Italia), en la Università di Roma LUMSA, en la Universidade de Lisboa y en el Institute of Advanced Legal Studies (Londres, Reino Unido). Desarrolla la función de coordinador de Centro de los convenios de movilidad nacional e internacional y es el delegado del Sr. Decano para las Relaciones Internacionales de la Facultad de Derecho. Conviene destacar, como actividad de transferencia, la acreditación para actuar como Árbitro en la Junta Arbitral de Consumo Municipal de León. Correo electrónico: dcara@unileon.es.

Como es sabido, la sociedad de la información ha evolucionado de manera trepidante trayendo consigo la necesidad de gestionar flujos de datos cada vez más voluminosos y, a menudo, sensibles[4]. Más aún, en una economía cada vez más basada en los datos, la circulación de los mismos es esencial para las actividades comerciales de las empresas de todos los tamaños y sectores[5]. Esto es debido al carácter intangible de su objeto de negocio -los datos-, y a la naturaleza global de Internet[6]. Gracias a estos dos elementos, empresas como Dropbox, Facebook[7], Google, Uber o Airbnb consiguen estar presentes en la inmensa mayoría de países. Y no sólo las grandes multinacionales, sino también, las pequeñas y medianas empresas innovadoras que, a partir de una inversión relativamente baja, pueden llegar a tener una presencia mundial, y, lógicamente, a los usuarios finales, los cuales disfrutan de una mayor oferta de servicios[8]. Por consiguiente, la información personal se ha convertido en un factor de competencia para las empresas, descrito como una «materia prima para los modelos de negocios digitales»[9].

Como resultado, se detecta una utilización masiva de medios informáticos en relación con los datos personales permitiéndose, de esta manera, un tratamiento automatizado en los mismos. Si bien, esta situación comporta un alto riesgo de vulneración de ciertos derechos[10], como son, fuga de datos, agravios contra la

4 Leo-Castela, J.I.: "Compliance y gestión del riesgo normativo en el contexto del Reglamento europeo de protección de datos», *Diario La Ley*, Sección Ciberderecho, 2019, núm. 32, versión *on line*.

5 A mayor cantidad de datos disponibles, mayores son las posibilidades para una empresa de elegir, entre los conjuntos de datos disponibles, aquellos que mejor se ajustan a sus objetivos, *vid*. López- Tarruella Martínez, A.: "Propiedad intelectual, inteligencia artificial y libre circulación de datos", en *Propiedad intelectual y mercado único digital europeo* (dir. por C. Saiz García y R. Evangelio Llorca), Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, p. 109.

6 En un mundo cada vez más digitalizado, y a raíz del "tsunami tecnológico que vive la sociedad actual", el derecho a la protección de datos ha surgido como uno de los grandes protagonistas en el escenario jurídico (*vid*. Rallo Lombarte, A.: "Hacia un nuevo sistema europeo de protección de datos: las claves de la reforma", *Teoría y Realidad Constitucional*, 2012, núm. 85, p. 45).

7 Messía de la Cerda Ballesteros, J.A.: "El tratamiento de los datos personales que el interesado hubiese hecho manifiestamente públicos. Especial atención a las Redes Sociales", *Actualidad civil*, 2018, núm. 5, versión *on line*.

8 Sin embargo, esta prestación transfronteriza de servicios se ve obstaculizada por el establecimiento por los Estados de requisitos de localización de datos, es decir de normativas o prácticas administrativas que, directa o indirectamente, obligan a que el almacenamiento o el tratamiento de datos se lleve a cabo en el territorio de ese Estado, o que dificultan la transferencia o tratamiento de esos datos a cualquier otro Estado (*Vid*. López-Tarruella Martínez, A.: "Libre circulación de datos personales y no personales en la Unión Europea", *Diario La Ley Privacidad*, 2019, núm. 2, versión *on line*; Velli, F.: "The Issue of Data Protection in EU Trade Commitments: Cross-border Data Transfers in GATS and Bilateral Free Trade Agreements", *European Papers*, Vol. 4, 2019, núm. 3, pp. 881-894).

9 A partir de esta información, las empresas pueden mejorar los propios productos y la publicidad. El resultado es un evidente aumento de los beneficios empresariales, *vid*. de Barrón Arniches, P.: "La pérdida de privacidad en la contratación electrónica (entre el Reglamento de protección de datos y la nueva Directiva de suministro de contenidos digitales)", *Cuadernos europeos de Deusto*, núm. 61, 2019, pp. 33-34.

10 La protección de las personas físicas en relación con el tratamiento de datos personales es un derecho reconocido en el ámbito de la Unión Europea. Desde la aparición del concepto jurídico de privacidad y los diversos avances tecnológicos, la Unión ha considerado que los datos personales tienen un estatus jurídico alto, y ha buscado armonizar los enfoques de cada una de las naciones europeas para poder generar una normativa destinada a proteger la privacidad, *vid*. Sobrino García, I.: "Protección de datos y privacidad. Estudio comparado del concepto y su desarrollo entre la Unión Europea y Estados Unidos", *RDUNED. Revista de derecho UNED*, 2019, núm. 25, p. 710; Caggia, F.: "Il consenso al trattamento dei datti personali

intimidad personal y familiar, derecho al honor, derecho al olvido[11], tratamiento, portabilidad… En esta coyuntura, empresas, particulares, instituciones públicas y privadas tienen en su haber millares de ficheros que contienen datos personales[12]. Ciertamente, producto de la rápida informatización y automatización en el manejo de la información personal se plantean nuevos desafíos para legisladores, tribunales y profesionales. Tal y como considera un sector doctrinal, se está forjando un nuevo entendimiento del derecho a la privacidad en contextos transfronterizos[13].

Asimismo, se hace preciso asentar una coexistencia entre la protección de los derechos fundamentales y los vertiginosos avances de la sociedad de la información[14]. Ambos son conciliables, necesariamente, y entre ellos, no cabe aplicar una teoría de suma cero, esto es, ninguno anula al otro[15]. En concordancia con este planteamiento, podemos aseverar que los derechos deben salir fortalecidos, no debilitados. La dignidad, el libre desarrollo de la personalidad, la libertad y la igualdad frente a los avances de la técnica, el derecho a la identidad y

nel diritto europeo", *Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni*, Vol. 117, 2019, núm. 3, pp. 405-432.

11 Berrocal Lanzarot, A.I.: "El derecho de supresión de datos o derecho al olvido en el Reglamento General de Protección de Datos", *Revista general de legislación y jurisprudencia*, 2017, núm. 1, pp. 70-71; De Miguel Asensio, P.A.: "Ámbito espacial del derecho al olvido: las conclusiones en el asunto C-507/17, Google", *La Ley Unión Europea*, 2019, núm. 67, versión *on line*; Moura Vicente, D.: "¿Aplicación extraterritorial del Derecho al olvido en Internet?", *Anuario Hispano-Luso-Americano de derecho internacional*, 2020, núm. 24, pp. 225-235.

12 Son millones de datos los circulan por Internet: nombres de las personas físicas y jurídicas, estados financieros, números de cuentas bancarias, datos médicos, y un largo etcétera. Como muy bien afirma el Dr. Carrascosa González, las fronteras nacionales no constituyen ningún impedimento técnico para la circulación internacional de datos. Con todo, el contenido y las políticas regulativas de las leyes de protección de datos varían muy profundamente de Estado a Estado, pues los hay más garantistas y otros que siguen criterios más flexibles (*Vid*. Carrascosa González, J.: "La protección de los datos personales en un escenario tecnológico supranacional: "Cloud Computing" tribunales competentes y ley aplicable", en *La protección de datos personales en internet ante la innovación tecnológica: riesgos, amenazas y respuestas desde la perspectiva jurídica* (coord. por J. Valero Torrijos), Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2013, pp. 114-115).

13 *Cfr.* Requejo Isidro, M.: "La privacidad y el Derecho internacional privado: la propuesta del Instituto de Derecho Internacional (La Haya, 2019)", en *Relaciones transfronterizas, globalización y derecho: Homenaje al Prof. Dr. José Carlos Fernández Rozas* (eds. por S. Álvarez González, R. Arenas García, P.A. de Miguel Asensio, S. Sánchez Lorenzo y G. Stampa Casas), Thomson Reuters-Civitas, Navarra, 2020, pp. 487-488.

14 Dentro del conjunto de derechos fundamentales que se ven afectados por el uso de la informática y de las TICs, el derecho a la protección de datos ocupa el lugar central. No en vano se puede afirmar que es "hijo" del desarrollo tecnológico, puesto que, a colación de la protección que otorgan otros derechos fundamentales, en especial el derecho a la intimidad, frente a las lesiones que éste pudiese sufrir a través del uso de la informática y las TICs, se ha ido creando un nuevo derecho con contornos propios, *cfr.* López Barrero, E.: "La protección de datos e internet: ¿avances o retrocesos?", en *Nuevos retos y amenazas a la protección de los Derechos humanos en la era de la globalización* (coord. por A.G. López Martín y J. Chinchón Álvarez), Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, p. 96.

15 Los ordenamientos jurídicos, tanto a nivel europeo como estatal, han de permeabilizarse de un modo constante a las demandas e intereses de los ciudadanos de esta nueva época en constante "digitalización". Potenciar el avance al unísono y armonizado del ordenamiento jurídico con la era digital es la ecuación a resolver en el sistema jurídico contemporáneo (*Vid*. Carrizo Aguado, D. / Alonso García, Mª.N.: "El impacto de internet en las publicaciones fotográficas protegidas por derechos de autor: visión constitucional e internacional-privatista en la era del «boom digital»", *Revista Aranzadi de derecho patrimonial*, 2018, núm. 47, pp. 269-270).

la privacidad deben reivindicarse con mayor intensidad, pues nunca antes habían estado expuestos a las amenazas que ahora se ciernen sobre ellos[16].

II. PUNTUALIZACIONES AL MARCO NORMATIVO.

1. Particularidades en la aplicación del Reglamento (UE) 2016/679.

El Parlamento Europeo y el Consejo, en el marco de la Estrategia del Mercado Único Digital[17], en mayo de 2016, con el fin de aumentar aún más el intercambio transfronterizo de datos e impulsar la economía de los datos[18], adoptaron el Reglamento (UE) 2016/679 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[19].

Tal norma supone un cambio de paradigma para el sistema de protección de datos personales[20], que queda reforzado a través de esta norma comunitaria,

16 Todo ello desde una perspectiva que no admite discusión: la centralidad de la persona en el diseño de lo que podría ser el nuevo derecho de la sociedad digital: *cfr.* Piñar Mañas, J.L.: "Derecho e innovación. Privacidad y otros derechos en la sociedad digital", en *El derecho a la protección de datos personales en la sociedad digital* (coord. por M.E. Casas Bahamonde), Fundación Ramón Areces, Madrid, 2020, p. 40.

17 Internet y las tecnologías digitales están cambiando el mundo. Pero los obstáculos existentes en Internet hacen que los ciudadanos pierdan bienes y servicios, que las empresas de internet y las emergentes tengan su horizonte limitado, y que las empresas y las administraciones no puedan beneficiarse plenamente de las herramientas digitales [COM (2015) 192 final, de 6 de mayo de 2015].

18 La temática de la protección de datos personales es una de las que viene sufriendo una evolución más dinámica y, hasta cierto punto, desafiante para la doctrina y la jurisprudencia sin que el legislador pueda seguir los rápidos cambios que las nuevas tecnologías vienen imponiendo al Derecho. En nuestros días se habla de una «crisis de la intimidad» sobre todo en aquellos ciudadanos, singularmente los menores, que se denominan «nativos digitales» (*Vid.* interesante estudio de Orozco Pardo, G.: "Reflexiones acerca de los nuevos retos en el ámbito de la protección de datos en la sociedad digital globalizada", *Diario La Ley Privacidad*, 2019, núm. 2, versión *on line*).

19 DOUE L 119/1, de 4 de mayo de 2016. Constituye una única norma para todo el territorio de la Unión homogeneizando y simplificando el sistema de protección a nivel supranacional; incorpora además el sistema de ventanilla única, a través del cual se establece un único supervisor según el lugar donde radique el establecimiento principal. Igualmente, se puede decir que el Reglamento (UE) 2016/679 configura un nuevo sistema de protección de datos más moderno, menos burocratizado y más homogéneo, aunque la remisión a las normativas internas de los Estados para desarrollar determinados aspectos puede comprometer el tan ansiado objetivo de la unificación de criterios (*Vid.* Fernández Hernández, C. "El RGPD ¿última oportunidad para salvaguardar nuestros datos personales?", *Actualidad civil*, 2018, núm. 5, versión *on line*; Rodríguez Roca, A.: "Un nuevo orden para proteger los datos personales", *Revista Acta Judicial*, 2019, núm. 3, pp. 101-102; Stanzione, Mª.G.: "Il regolamento europeo sulla privacy: origini e ambito di applicazione", *Europa e diritto privato*, 2016, núm. 4, pp. 1249-1264). Se trata de un marco normativo de máximos difícilmente exigible en todos y cada uno de sus extremos. El mundo digital supera con creces cualquier intento de control que se establezca sobre el mismo, nuestros datos son riqueza y un mero fallo del sistema establecido para su protección da lugar a que ese dato se encuentre sea globalmente compartido (*Vid.* Solar Calvo, M.P.: "Nueva regulación europea en protección de datos. Urgente necesidad de una normativa nacional", *Unión Europea Aranzadi*, 2018, núm. 7, versión *on line*). En cuanto al sistema de adaptación, *vid.* Plaza Penadés, J.: "El nuevo marco normativo de la protección de datos", *Actualidad civil*, 2018, núm. 5, 2018, versión *on line*; *id.*, "Implementando el nuevo Reglamento General europeo de Protección de Datos", *Revista Aranzadi de derecho y nuevas tecnologías*, 2017, núm. 43, pp. 19-21).

20 Una lectura atenta del Reglamento nos permite constatar que el Legislador comunitario ha introducido una serie de previsiones específicas que, aunque no están focalizadas directamente en el Big Data, tiene un impacto sobre este contexto, reforzando las salvaguardas de los interesados, *vid.* al respecto, Armada Villaverde, Mª.E. / López Bustabad, I.J.: "El reglamento general de protección de datos ante el fenómeno del «Big Data»", *Revista Aranzadi de derecho y nuevas tecnologías*, 2019, núm. 51, versión *on line*.

puesto que permite una aplicación directa en todo el territorio de la Unión y evita que el salto cualitativo que pretende darse, quede en manos de la actitud más o menos favorable de los Gobiernos de los Estados miembros[21]. En él se refleja la idea de que el tratamiento de datos personales debe estar concebido para servir a la humanidad y que no es un derecho absoluto, sino que debe considerarse en relación con su función en la sociedad, lo que exige en su regulación mantener el equilibrio con otros derechos fundamentales de acuerdo al principio de proporcionalidad[22].

Todo esto parece confirmar que, con la entrada en vigor del Reglamento (UE) 2016/679 se unifica la normativa europea en esta materia[23], de manera que en toda la Unión Europea se aplica un único sistema en lugar de las veintisiete

21 Se consolida un sistema de protección en el que se asumen instituciones ya consideradas tradicionales aunque con un reforzamiento del derecho a la protección de datos que, en unos casos, se realiza de manera explícita a través de la formulación del alcance y límites de estos propios derechos subjetivos o bien a través del establecimiento de principios esenciales de un marco jurídico que a pesar de ser ambicioso, resulta lento para adaptarse al medio tecnológico en el que se producen los peligros para los derechos de los ciudadanos europeos, *vid*. Rodríguez Roca, A.: "Un nuevo orden para proteger los datos personales", *Revista Acta Judicial*, 2019, núm. 3, p. 132. En la doctrina extranjera, hay autores que valoran que, a pesar de poseer la forma legal de Reglamento, en esencia es una directiva y está fuertemente impulsado por el unilateralismo, aunque todavía receptivo a las virtudes del bilateralismo, *vid. in extenso*, Ancel, M.E.: "D'une diversité à l'autre. À propos de la «marge de manoeuvre» laissée par le règlement général sur la protection des données aux États membres de l'Union européenne", *Revue critique de droit international privé*, 2019, núm. 3, 647-664.

22 Carrizo Aguado, D. / Alonso García, Mª.N.: "Métodos de planificación y práctica docente con herramientas digitales: ¿Desencuentro con el Reglamento Europeo de Protección de Datos?, *REJIE: Revista Jurídica de Investigación e Innovación Educativa*, 2019, núm. 19, pp. 16-17.

23 Un estudio crítico al respecto, *vid*. Requejo Isidro, M.: "Procedural Harmonization and Private Enforcement in the area of Personal Data Protection", *MPILux Research Paper Series*, 2019, núm. 3, versión *on line*. Un grupo de expertos de la sección *Data Privacy Institute* (DPI), de la Asociación Española para el Fomento de la Seguridad, han realizado un sendo trabajo en el que señalan que, aunque el Reglamento (UE) 2016/679 no sea posiblemente una revolución, sí que, sin duda, es una evolución de máxima relevancia, por cuanto procura, con más o menos éxito, adaptar la normativa europea de Protección de Datos a la realidad actual en la materia. En este sentido, el reforzamiento de la posición del interesado, como titular de los datos, aunque pueda considerarse excesiva en algunos puntos, no deja de tener su lógica dado que la Privacidad y la Protección de Datos son cada vez más importantes para la Sociedad y sus miembros (*Vid*. AA.VV.: *Estudio de impacto y comparativa con la normativa española de la propuesta de Reglamento General de Protección de Datos de la Unión Europea*, ISM Forum Spain, https://www.ismsforum.es/ficheros/descargas/estudio-reglamento-ue-dpi1353525776.pdf).

legislaciones nacionales[24] que hasta el momento coexistían[25], lo que unido a la creación del mecanismo de ventanilla única, refuerza la seguridad jurídica en todo el Espacio Económico Europeo[26].

Incluso cuando intervengan varias Autoridades nacionales de control en asuntos transfronterizos, el Reglamento garantiza una interpretación uniforme y coherente de las nuevas normas, por cuanto que se adoptará una única decisión con el objeto de asegurar que las soluciones sean las mismas ante los mismos problemas[27]. Por el contrario, hay expertos que estiman que, la naturaleza transnacional del

24 En el caso del Reino de España la adaptación de la legislación interna llega de la mano de la 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). La posición ordinamental es plenamente nueva, pues ni puede ni debe desarrollar el Reglamento (UE) 2016/679, ni puede regular el contenido esencial del derecho, pues ya lo está en el Reglamento. Y ello porque si el legislador europeo ha optado por un reglamento ha sido para conseguir un marco más sólido y coherente que evite la aplicación fragmentada, la inseguridad jurídica y las diferencias en la protección de derechos y libertades en los Estados, y que, por el contrario, garantice un nivel uniforme y elevado de protección (*Vid*. Piñar Mañas, J.L.: "La protección de datos: nuevos desafíos", en *España constitucional (1978-2018). Trayectorias y perspectivas* (dir. por B. Pendás García y coord. por E. González Hernández y R. Rubio Núñez), Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2018, pp. 4500-4501). La norma *supra* mencionada tiene como *leit motiv* fundamental adaptar nuestra regulación al Reglamento europeo, aunque, al ser éste norma de aplicación directa en los Estados miembros de la Unión sin necesidad de transposición, ello explica que la regulación contenida en aquella ley no contemple todas las cuestiones que la materia tratada condensa sino que se centre en determinadas cuestiones (*Vid*. Arjona Guajardo-Fajardo, J.L.: "Datos personales: apuntes sobre la autorización para su recogida y tratamiento, la impugnación del consentimiento prestado y la reclamación por daños sufridos a consecuencia del mismo", *Revista de Derecho Patrimonial*, 2020, núm. 51, versión *on line*). Respecto de los responsables y encargados de cumplir el Reglamento, debe tenerse en cuenta que la aplicación de esta norma supuso un cambio muy importante en el modelo de cumplimiento de la normativa de protección de datos al pasar de un modelo reglado, que establecía los requisitos que debían observarse, a un modelo en el que cada responsable del tratamiento de datos tiene que ser actuar de forma diligente y proactiva, analizar su situación, adoptar medidas y actualizarlas cuando sea necesario (*Vid*. España Martí, M.: "La aplicación práctica de la Ley Orgánica de Protección de Datos y garantía de los derechos digitales", *Diario La Ley*, núm. 34, Sección Ciberderecho, versión *on line*). En todo caso, una parte significativa de la adaptación del Reglamento (UE) 2016/679 al lenguaje nacional se encuentra en el ámbito sancionador y existen aspectos materiales del Reglamento europeo que requieren de su inserción en el ordenamiento jurídico español. Es por ello que, minusvalorar su importancia, atribuirle un valor secundario, relajar nuestro estado de alerta, será un error de trágicas consecuencias (*Vid*. Martínez Martínez, R.: "¿Minusvaloramos la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales?", *Diario La Ley*, Sección Ciberderecho, 2019, núm. 24, versión *on line*).

25 A nadie escapa que los múltiples retos de homogeneización normativa que plantea la aplicación del Reglamento General de Protección de Datos distan de ser sencillos, tanto desde una perspectiva formal como sustantiva: *vid. in extenso*, García Mahmut, R.: *El Reglamento General de Protección de Datos. Un enfoque nacional y comparado. Especial referencia a la LO 3/2018 de Protección de Datos y garantía de los derechos digitales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019.

26 De cualquier forma, el Reglamento (UE) 2016/679 ha otorgado a los Estados miembros, mediante la adaptación al Derecho nacional, más herramientas para controlar la legalidad de los actos de adecuación de la Comisión Europea, la cual se ha visto superada por las vicisitudes políticas, mediante el planteamiento de una cuestión prejudicial en el caso de que una autoridad de control considere que una decisión de la Comisión Europea puede vulnerar los derechos y libertades, otorgando más flexibilidad e inmediatez al control efectuado por el Estado miembro (*Vid*. Gonzalo Domenech, J.J.: "Las decisiones de adecuación en el Derecho europeo relativas a las transferencias internacionales de datos y los mecanismos de control aplicados por los estados miembros", *Cuadernos de derecho transnacional*, Vol. 11, 2019, núm. 1, p. 371).

27 Con la ampliación del alcance espacial del Reglamento –respecto de su predecesora la Directiva–, se asegura que se apliquen las mismas reglas tanto a las empresas europeas como aquellas domiciliadas fuera de la Unión Europea si suministran bienes y servicios o vigilan la conducta de los ciudadanos europeos. Esta igualdad de condiciones impuesta conduce básicamente a un aumento de la confianza de los consumidores europeos que, sin duda, revertirá en beneficios tanto para los operadores comerciales de la UE como de terceros países (*Vid*. magnífico estudio de Cordero Álvarez, C.I.: "La transferencia internacional de datos con terceros Estados en el nuevo Reglamento europeo: Especial referencia al caso estadounidense y la Cloud Act", *Revista española de derecho europeo*, 2019, núm. 70, versión *on line*).

fenómeno de la captación, el tratamiento y la utilización de los datos personales requiere para su control un instrumentario normativo y jurisdiccional que ningún Estado nacional está en condiciones de ofrecer[28].

No obstante, inequívocamente, supone el cambio a un nuevo modelo de salvaguarda de datos que está llamado a ser la referencia global en protección de datos. No sólo por la influencia que el texto pueda tener en los marcos y desarrollos normativos de no pocos países, sino por la extraordinaria amplitud de su ámbito de aplicación territorial[29].

2. Eficacia del Reglamento (UE) 2016/679 «extra muros» del territorio europeo.

Conviene matizar que, con el fin de garantizar que las personas físicas no se vean privadas de la protección[30] a la que tienen derecho en virtud del Reglamento (UE) 2016/679, el tratamiento de datos personales de personas físicas o jurídicas que residen en la Unión llevado a cabo por un responsable[31] o un encargado

28 *Cfr.* Requejo Pagés, J.L.: "La protección de datos, en la encrucijada entre el derecho de la Unión y la constitución española", en *El derecho a la protección de datos personales en la sociedad digital* (coord. por M.E. Casas Bahamonde), Fundación Ramón Areces, Madrid, 2020, p. 21.

29 Se inscribe en un proceso de globalización la protección de datos que va consolidándose sin pausa en los últimos años y que resulta imprescindible para conseguir que la tutela de la protección de datos no se quede en meras palabras o buenas intenciones en la sociedad digital (*Vid.* Piñar Mañas, J.L.: "Identidad y persona en la sociedad digital", en *Sociedad Digital y Derecho* (dir. por T. De La Quadra Salcedo y J.L. Piñar Mañas y coord. por M. Barrio Andrés y J. Torregrosa Vázquez), Ministerio de Industria, Comercio y Turismo, Madrid, 2018, pp. 109-110).

30 El derecho a la protección de datos es considerado un derecho fundamental y parte inherente a la dignidad humana, también denominado derecho a la "autodeterminación informativa". Además, la protección de datos está reconocida como derecho fundamental en el art. 8 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (*Vid.* Álvarez Rigaudias, C.: "Personal Data protection", en *Derecho TIC. Derecho de las tecnologías de la información y de la comunicación* (dir. por A. López- Tarruella Martínez y coord. por C.Mª. García Mirete), Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, pp. 362-363; Concellón Fernández, P.: "El concepto de dato personal en la Unión Europea: una pieza clave en su protección", *Revista General de Derecho Europeo*, 2018, núm. 46; Leo-Castela, J.I.: "Compliance y gestión del riesgo normativo en el contexto del Reglamento Europeo de Protección de Datos", *Diario La Ley*, Sección Ciberderecho, 2019, núm. 32, versión *on line*; Lopes Da Mota, J.L. y Pérez Souto, G.: "Publicación on-line de las decisiones judiciales en Europa, derechos fundamentales y protección de datos a la luz del RGPD: ¿misión cumplida?", *Revista General de Derecho Europeo*, 2019, núm. 49, pp. 20-30; Ordóñez Solís, D.: "La nueva regulación europea de la protección de datos personales y su aplicación en el ámbito de la hacienda pública en un contexto tecnológico avanzado", *Diario La Ley*, 2019, núm. 9491, versión *on line*; Recio Gayo, M.: "Los nuevos y los renovados Derechos en Protección de Datos en el RGPD, así como sus limitaciones", *Actualidad civil*, 2018, núm. 5, versión *on line*). Contribuyendo a la salvaguarda de este derecho fundamental, las autoridades de protección de datos, como el Supervisor Europeo de Protección de Datos (SEPD), desempeñan diariamente un papel crucial (*Vid.* Costa, G., Peris Brines, N. y Cervera Navas, L.: "Espacio Europeo de Protección de datos. Tribuna de actualidad en las Instituciones Europeas", *Diario La Ley Privacidad*, 2019, núm. 2, versión *on line*). Se debe apuntar que, uno de los objetivos de la ya derogada *Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de octubre de 1995, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos* (DO núm. L 281, de 23 de noviembre de 1995) era el de garantizar una protección eficaz y completa de las libertades y de los derechos fundamentales de las personas físicas, y, en particular, del derecho a la intimidad, en lo que respecta al tratamiento de los datos personales. Igualmente, el TJUE lo deja meridianamente claro en su jurisprudencia (*Vid.* STJUE de 27 de septiembre de 2017, asunto C-73/16, *Puškár* [EU:C:2017:725]).

31 El Alto Tribunal Europeo acuña una interpretación amplia del concepto de responsable (*Vid.* STJUE de 29 de julio de 2019, asunto C-40/17, *Fashion ID* [EU:C:2019:629] apartados 79, 81, 82) puesto que tanto el administrador del sitio de Internet, así como el proveedor, deben perseguir, con la recogida y la transmisión de datos personales, un interés legítimo para que dichas operaciones queden justificadas. A pesar de esta asignación amplia de responsabilidad, el Tribunal asegura que esta corresponsabilidad «no

no establecido en el espacio europeo, debe regirse por dicho Reglamento si las actividades de tratamiento se refieren a la oferta de bienes o servicios a los interesados, con independencia de que medie pago.

Para establecer si dicho responsable o encargado ofrece bienes o servicios a interesados que residan en la Unión, debe determinarse si es evidente que dicho responsable o encargado proyecta ofrecer servicios a eventuales beneficiarios en uno o varios de los Estados miembros[32]. Es por ello que, aquel tratamiento de datos personales de los interesados que residen en la Unión realizado por un responsable o encargado no establecido en territorio comunitario, debe ser también objeto del Reglamento. Empero, se exigirá que esté relacionado con la observación del comportamiento de dichos interesados en la medida en la actuación tenga lugar en el territorio europeo[33].

Resulta relevante conocer las últimas directrices efectuadas por el *The European Data Protection Board* -EDPB-, en lo que se refiere a los conceptos de responsable y encargado del tratamiento en el Reglamento (UE) 2016/679, a la luz de las *Guidelines 07/2020 on the concepts of controller and processor in the GDPR*[34]. El Comité recuerda que los conceptos de responsable, corresponsable y encargado del tratamiento juegan un papel crucial en la aplicación del Reglamento, ya que determinan quién asume la responsabilidad en relación con el cumplimiento de la normativa de protección de datos y el ejercicio en la práctica de los derechos de los interesados. En este aspecto, destaca el hecho de que estos conceptos son funcionales y autónomos: funcionales en el sentido de que tienen por objeto asignar responsabilidades en función del papel real de cada parte en el tratamiento de los datos, y, autónomos en el sentido de que deben interpretarse principalmente de acuerdo con la legislación de protección de datos de la UE.

3. Evidencias en la globalización de datos.

Generalmente, el sector de la protección de los derechos de la personalidad es especialmente dificultoso debido a que incorpora elementos de internacionalidad

supone necesariamente que, con respecto a un mismo tratamiento, los agentes tengan una responsabilidad equivalente». (*Vid*. Gil González, E.: "¿Qué implicaciones tiene insertar en una página web el botón «Me gusta» de Facebook?", *Diario La Ley Privacidad*, 2019, núm. 2, versión *on line*). La consideración de los administradores de sitios web como responsables conjuntamente del tratamiento parece coherente con el objetivo de una elevada protección del derecho fundamental a la protección de datos personales, que condiciona el contenido e interpretación de la legislación de la Unión Europea en la materia (*Vid*. De Miguel Asensio, P.A.: "El botón "me gusta": aspectos legales", http://pedrodemiguelasensio.blogspot.com/2019/09/el-boton-me-gusta-aspectos-legales.html, 9 de septiembre de 2019).

32 Barletta, A.: "La tutela effettiva della privacy nello spazio (giudiziario) europeo nel tempo (della "aterritorialità") di internet", *Europa e diritto privato*, 2017, núm. 4, pp. 1179-1214.

33 De esta forma magistral matiza el ámbito de aplicación material y territorial el juzgador europeo en la STJUE de 24 de septiembre de 2019, asunto C-507/17, *Google LLC* (EU:C:2019:772).

34 *Guidelines 07/2020 on the concepts of controller and processor in the GDPR*, 2 de septiembre de 2020. https://edpb.europa.eu/our-work-tools/public-consultations-art-704/2020/guidelines-072020-concepts-controller-and-processor_es

derivados de la difusión de información atentatoria que conduce a la aplicación atomizada de una relación de leyes nacionales[35]. Ello se acentúa en la violación de derechos de la personalidad en línea, pues reviste especial complejidad por el anonimato –o el uso de pseudónimo- tolerado en Internet, que dificulta en gran medida la tarea del letrado a la hora de presentar la demanda ante los órganos jurisdiccionales del Estado en el que esté domiciliado el demandado[36]. Así, desde el punto de vista del Derecho internacional privado europeo[37] conviene realizar un idóneo tratamiento jurídico, y, para ello, resulta imprescindible determinar cuáles son los tribunales estatales competentes para conocer de una reclamación en vía judicial, a consecuencia de una infracción de la norma que impone una serie de obligaciones a los sujetos responsables en el tratamiento de datos y, además, precisar el Derecho aplicable a la responsabilidad civil extracontractual que se deriva de un inapropiado tratamiento automatizado de datos[38].

III. CARACTERES DEL SISTEMA DE COMPETENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL

1. Idea preliminar.

Como punto de partida, amén de lo dispuesto por el art. 79.2 Reglamento (UE) 2016/679, concede a los eventuales perjudicados que vean conculcados sus derechos, las reglas de competencia para que la autoridad judicial resuelva un eventual litigio en materia de infracción de datos personales[39]. Al análisis del

35 Álvarez Rubio, J.J.: "Jurisdicción, competente y ley aplicable en materia de difamación y protección de los derechos de la personalidad", *Anuario español de derecho internacional privado*, 2011, núm. 11, pp. 89-118.

36 Castelló Pastor, J.J.: "Sociedades mercantiles, centro de intereses y vulneración de los derechos de la personalidad en la red. Competencia judicial internacional. Comentario a la STJUE (Gran Sala) de 17 octubre 2017 (JUR 2017, 261903)", *Cuadernos Civitas de jurisprudencia civil*, 2018, núm. 106, pp. 341-356.

37 La irrupción de las nuevas tecnologías en la sociedad ha traído condigo un aumento considerable de litigios transfronterizos, es decir, la intervención de numerosos ordenamientos jurídicos protectores del derecho fundamental de protección de datos, justificando por tanto la presencia de las normas de Derecho internacional privado *vid*. Ortega Giménez, A.: "La tutela del afectado ante los tratamientos ilícitos de sus datos personales desde la perspectiva internacional y su proyección en Internet", en *La protección de datos personales en internet ante la innovación tecnológica: riesgos, amenazas y respuestas desde la perspectiva jurídica* (coord. por J. Valero Torrijos), Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2013, pp. 197-221; Palao Moreno, G.: "Competencia judicial internacional en supuestos de responsabilidad civil en Internet", en *Cuestiones actuales de derecho y tecnologías de la información y la comunicación: (TICs)* (coord. por J. Plaza Penadés), Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2006, pp. 275-298.

38 El *Institut de Droit International*, en su sesión de 31 de agosto de 2019, ha aprobado una interesante resolución a partir del Rapport que lleva por título «Internet and the Infringement of Privacy: Issues of Jurisdiction, Applicable Law and Enforcement of Foreign Judgments» el que se afirma la necesidad de un consenso internacional para lograr un equilibrio entre las políticas de salvaguarda de la libertad de expresión frente a la tutela de los derechos de personalidad. Teniendo en cuenta que diversos Estados asignan diferentes prioridades a las políticas de protección de la libertad de expresión *vs*. protección de la privacidad, se observa que estas divergencias derivan en conflictos agudos sobre qué tribunales estatales deberían tener jurisdicción para juzgar sobre la disputa, qué ley estatal debería regir y si las resoluciones resultantes deberían ser reconocidas en otros Estados.

39 Conviene tener en cuenta que, la medida cautelar es de suma importancia en la protección de la privacidad, especialmente en el contexto de Internet. En el entorno transfronterizo, las medidas cautelares implican problemas específicos: por un lado, la jurisdicción puede recaer en muchos tribunales, a menudo en todo el mundo debido a la ubicuidad de Internet y, por otro lado, las medidas cautelares operan con un efecto extraterritorial, ordenando o prohibiendo conductas fuera del Estado donde se encuentra el tribunal que

mismo, se observa un doble foro de competencia: podrán conocer los tribunales donde el responsable o el encargado del tratamiento tengan su establecimiento y, de manera alternativa, los tribunales de la residencia habitual del afectado[40].

2. Foro del establecimiento del responsable del tratamiento de datos.

Cobra especial relevancia, en sede de litigación civil, la localización del establecimiento del encargado del tratamiento de datos. Así, en base a lo señalado por los considerandos número 22 y 36 debe entenderse por establecimiento aquel que realiza ejercicio de manera efectiva y real de una actividad a través de modalidades estables, es decir, sucursal o filial con personalidad jurídica[41]. Cabe señalar que la forma jurídica no es un factor determinante al efecto.

Resulta razonable que, el establecimiento principal de un responsable del tratamiento debe ser el lugar de su administración central localizada en la Unión Europea, salvo que las decisiones relativas a los fines y medios del tratamiento de los datos personales se tomen en otro establecimiento, en cuyo caso, esa otra sede debe ser considerada como principal. En suma, el establecimiento principal del encargado del tratamiento debe ser el lugar de su administración central en la Unión o, si careciese de administración central en territorio europeo, el lugar donde se lleven a cabo las principales actividades de tratamiento en la Unión Europea.

En estos términos, el Tribunal de Luxemburgo en el asunto C-230/14, *Weltimmo* precisa que, el concepto de «establecimiento» abarca cualquier actividad real y efectiva, aun mínima, ejercida mediante una instalación estable[42]. De igual forma, se aprecia en el pronunciamiento de 5 de junio de 2018, asunto C-210/16[43] que, la interpretación del concepto de establecimiento viene a confirmar el criterio de

---

emite la orden (*Vid* el notable estudio de Hess, B.: "Protecting Privacy by Cross-Border Injunction", *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, Vol. 55, 2019, núm. 2, pp. 284-301).

40 Las acciones se fundamentan en la solicitud de indemnización por los daños sufridos por el tratamiento de datos que vulnere la normativa aplicable a los mismos, siendo directamente aplicable a la reclamación los aspectos generales de competencia judicial del Reglamento (UE) 1215/2012, sin que la protección de datos se encuentre entre una de las materias excluidas del mismo (*Cfr.* Pérez Martín, L.A.: "Seguridad versus intimidad y ciudadanía; papel del Delegado de proyección de datos y responsabilidad de las instituciones y empresas en el nuevo Reglamento europeo de proyección de datos", en *Repensar la Unión Europea: gobernanza, seguridad, mercado interior y ciudadanía. XXVII Jornadas AEPDIRI* (eds. por N. Cornago Prieto, J.L. De castro y L. Moure Peñín), Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 475-476).

41 De manera análoga, el art. 7.5 Reglamento (UE) 1215/2012, regla de competencia judicial internacional especial, establece como foro la ubicación de la de agencia, sucursal o establecimiento, comprendiendo por tal todo tipo de asentamientos secundarios que dependen y son controlados por la empresa matriz. Ello impide utilizar este foro en relación con agentes independientes o en relación a filiales con dirección propia, luego son personas jurídicas diferentes (Acerca de esta problemática, *vid.* Carrizo Aguado, D.: "«Trampantojo» de foros ante los profusos incumplimientos llevados a cabo por la compañía Ryanair en vuelos internacionales", *Cuadernos de derecho transnacional*, Vol. 11, 2019, núm. 2, 2019, pp. 496-499).

42 STJUE de 1 de octubre de 2015, C-230/14, *Weltimmo* (EU:C:2015:639).

43 STJUE de 5 de junio de 2018, asunto C-210/16, *Unabhängiges Landeszentrum für Datenschutz Schleswig-Holstein / Wirtschaftsakademie Schleswig-Holstein GmbH* (EU:C:2018:388).

que dicho foro de competencia tiene un alcance muy amplio en demandas frente a redes sociales con una estructura organizativa como la de Facebook pues se trata de una mercantil con varios establecimientos en diversos Estados miembros. El Alto Tribunal añade que, cuando la autoridad de control de un Estado miembro pretende ejercitar acciones frente a una entidad establecida en el territorio de ese Estado miembro, dicha autoridad de control es competente para sopesar, de manera autónoma respecto de la autoridad de control del último Estado miembro, la legalidad del referido tratamiento de datos y puede ejercer sus poderes de intervención frente a la entidad establecida en su territorio sin instar previamente la intervención de la autoridad de control del otro Estado miembro[44].

Ahora bien, dicho establecimiento, en ocasiones, podrá coincidir con el Estado donde se localiza el domicilio del demandado en los términos del art. 4 Reglamento (UE) 1215/2012[45]. Así las cosas, existe cierto sector doctrinal que estima que, la pluralidad de foros propicia la utilización del denominado *forum shopping* por parte del sujeto afectado, quien podrá optar por plantear la demanda de responsabilidad extracontractual ante aquellos tribunales cuyas normas de conflicto designen como ley aplicable una ley que prevea un régimen de responsabilidad extracontractual más favorable para sus propios intereses[46].

3. Foro de la residencia habitual del interesado.

De manera alternativa a la competencia judicial internacional enmarcada por el art. 79.2 Reglamento (UE) 2016/679, el interesado puede acudir a los jueces

44 El objetivo de garantizar la tutela a los afectados justifica el empleo del concepto amplio y flexible de establecimiento como foro de competencia, por consiguiente, se otorgar competencia a tribunales de Estados miembros que no la tendrían con base en el art. 4 Reglamento (UE) 1215/2012, foro general del domicilio del demandado. Sobre esta cuestión, *vid.* De Miguel Asensio, P.A.: "Demandas frente a redes sociales por daños en materia de datos personales: precisiones sobre competencia judicial", *La Ley Unión Europea*, 2018, núm. 56, versión *on line*).

45 DOUE L 351/1, de 20 de diciembre de 2012. El foro del domicilio del demandado responde a la necesidad de previsibilidad pues impone al actor la carga de presentar su demanda ante los tribunales donde el demandado tenga su domicilio, y así, permite al demandado defenderse fácilmente ante la iniciativa procesal del actor. No olvidemos que, el demandante siempre tiene más tiempo para preparar su demanda, recabar documentación clave para fundamentar su reclamación y confeccionar informes periciales y, en definitiva, configurar su estrategia en el litigio. Es decir, el actor maneja los tiempos y, ese control de la situación generalmente se produce en un momento en el que el demando desconoce que el demandante está llevando a cabo esta labor preparatoria del procedimiento (*Vid.* en este sentido, Lorenzo Guillén, M.L.: "Comentario al artículo 4", en *Comentario al Reglamento (UE) nº 1215/2012 relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil Reglamento Bruselas I* (coord. por P. Blanco-Morales Limones, F.F. Garau Sobrino, M.L. Lorenzo Guillén y F.J. Montero Muriel), Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2016, pp. 116-119. Por el contrario, hay un sector doctrinal que considera que, este foro no responde necesariamente al principio de proximidad. Por ello, el objeto del litigio puede estar vinculado con un país que no es el país del domicilio del demandado. Obligar al demandante a acudir a los tribunales del Estado de domicilio del demandado puede resultar totalmente ineficiente para dicho actor y con mucha frecuencia lo será (*Vid.* Carrascosa González, J.: "Foro del domicilio del demandado y Reglamento Bruselas 'I-bis 1215/2012'. Análisis crítico de la regla *actor sequitur forum rei*", *Cuadernos de derecho transnacional*, Vol. 11, 2019, núm. 1, p. 134).

46 No obstante, las posibilidades de ataque nos pueden llevar en la práctica a la utilización de un foro realmente exorbitante en el que se aprecie una falta de vinculación real del litigio con la esfera española; (*Cfr.* Ortega Giménez, A.: *El nuevo régimen jurídico de la Unión Europea para las empresas en materia de protección de datos de carácter personal*, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2017, pp. 52-53).

competentes de su propia residencia[47]. Este planteamiento queda aseverado por el considerando número 141 en el que se dispone que, todo interesado debe tener derecho a presentar una reclamación ante una autoridad de control única, en particular en el Estado miembro de su residencia habitual, y, además, derecho a la tutela judicial efectiva de conformidad con el art. 47 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea[48] si considera que se vulneran sus derechos con arreglo al conjunto de disposiciones del Reglamento (UE) 2016/679. Empero, la consideración de este foro de competencia no parece ser la más adecuada para determinar el tribunal que debe conocer de la pretensión, puesto que no exige que exista una vinculación entre el centro de intereses y el lugar donde efectivamente se produce el daño[49].

Ahora bien, el foro del domicilio del demandado en un Estado miembro no responde necesariamente a la buena administración de la Justicia ni a la idea de proximidad, tal y como avala en una asentada jurisprudencia el Tribunal de Justicia de la Unión Europea[50], pues con frecuencia lleva a una litigación costosa y, por tanto, ineficiente[51].

4. «Interfaz» con el Reglamento (UE) 1215/2012.

Con fundamento al art. 67 Reglamento (UE) 1215/2012 el legislador no prejuzga la aplicación de las disposiciones que, en materias particulares, regulan la

47 Apropiadamente queda apuntado por la doctrina más especializada que, el foro de la residencia habitual permite a la víctima concentrar todas sus reclamaciones ante un solo tribunal, independientemente del país donde los contenidos están disponibles y separadamente donde se ha accedido a los contenidos en cuestión. De hecho, también beneficia al autor del daño, ya que debe comparecer ante el tribunal de un solo Estado (*Cfr.* Carrascosa González, J.: "The Internet – Privacy and Rights Relating to Personality", *Recueil des cours de l'Academie de droit international*, 2016, Vol. 378, pp. 464-465).

48 DOUE C 202/390, de 7 de junio de 2016.

49 Orejudo Prieto de los Mozos, P.: "La vulneración de los derechos de la personalidad en la jurisprudencia del tribunal de justicia", *La Ley Unión Europea*, 2013, núm. 4, versión *on line*.

50 Las reglas de competencia judicial deben presentar un alto grado de previsibilidad y deben fundamentarse en el principio de que la competencia judicial se basa generalmente en el domicilio del demandado y esta competencia debe regir siempre, excepto en algunos casos muy concretos en los que la materia en litigio o la autonomía de las partes justifique otro criterio de vinculación. Además, este foro del domicilio del demandado debe completarse con otros foros alternativos a causa del estrecho nexo existente entre el órgano jurisdiccional y el litigio o para facilitar una buena administración de justicia (*Vid.* entre otras, STJUE de noviembre de 2018, asunto C-308/17, *Hellenische Republik* [EU:C:2018:911]; STJUE de 24 de octubre de 2018, asunto C-595/17, *Apple Sales International* [EU:C:2018:854]; STJUE de 4 de octubre de 2018, asunto C-337/17, *Azteca Products & Services, S.L* [EU:C:2018:805]; STJUE de 12 de septiembre de 2018, asunto C-304/17, *Helga Löber* [EU:C:2018:701]; STJUE de 11 de julio de 2018, C-88/17, *Zurich Insurance plc* [EU:C:2018:558]; STJUE de 31 de mayo de 2018, asunto C-306/17, Éva Nothartová [EU:C:2018:360].

51 Dicho foro es débil pues puede darse el caso de que resultase imposible demandar a un sujeto con domicilio en un Estado miembro en dicho Estado miembro si las normas nacionales de dicho Estado miembro no dispusieran de un foro de competencia judicial internacional que atribuya competencia a sus tribunales. Este resultado es contrario al principio de seguridad jurídica y previsibilidad de la competencia judicial internacional en la Unión Europea. (*Vid.* Calvo Caravaca, A-L. y Carrascosa González, J.: *Litigación internacional en la Unión Europea I. Competencia judicial y validez de resoluciones en materia civil y mercantil en la Unión Europea. Comentario al Reglamento Bruselas I Bis*, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2017, p. 275 y p. 277).

competencia judicial[52]. Esta idea queda igualmente reflejada en el Reglamento (UE) 2016/679 en su considerando número 147 en el que se afirma que, el Reglamento (UE) 2016/679 contiene normas específicas sobre competencia judicial, en particular por lo que respecta a las acciones que tratan de obtener satisfacción por la vía judicial, incluida la indemnización, contra un responsable o encargado del tratamiento, y que estas deben entenderse sin perjuicio de la aplicación de dichas normas específicas.

La perspectiva descrita conlleva que, el ejercicio llevado a cabo por los perjudicados ante cualquier infracción ilícita de sus datos pueda activarse o bien, en los tribunales de los Estados miembros en los que el responsable o encargado tenga un establecimiento, o bien ante los jueces de su propia residencia habitual y, por ende, dichos foros son de carácter adicional a los diseñados por el Reglamento (UE) 1215/2012[53].

Por lo tanto, junto a los foros de competencia establecidos por el 79.2 Reglamento (UE) 2016/679, los perjudicados disponen de los establecidos en el Reglamento (UE) 1215/2012 bajo una estructura jerárquica de la competencia judicial internacional entre los distintos Estados miembros[54]. De esta suerte que, *prima facie* deben conocer los tribunales que vean asignada su competencia a través de acuerdos atributivos de competencia, bien tácita o expresa, y, en su defecto sean competentes o bien, los tribunales del lugar del domicilio del demandado, o bien, con alguno de los foros especiales por razón de la materia, esencialmente el foro especial en materia extracontractual del art. 7.2[55].

52 El principio de especialidad que introduce este artículo parte de la idea de que las normas comunitarias sobre materias particulares contendrán a su vez disposiciones más específicas y certeras que la propia normativa del Reglamento (UE) 1215/2012, que tiene un enfoque más general. Por ello, el art. 67 establece como principio regulador que la normativa comunitaria de carácter específico contenida en otros instrumentos se aplicará con carácter preferente a las disposiciones del Reglamento (UE) 1215/2012 (*Vid*. Poch Port, A.: "Comentario al artículo 67", en *Comentario al Reglamento (UE) nº 1215/2012 relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil Reglamento Bruselas I* (coord. por P. Blanco-Morales Limones, F.F. Garau Sobrino, M.L. Lorenzo Guillén y F.J. Montero Muriel), Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2016, pp. 1050.

53 A sensu contrario, un sector doctrinal opina que, los foros del Reglamento (UE) 1215/2012 tienen como objeto cubrir supuestos generales de responsabilidad civil extracontractual. Por tanto, los principios que subyacen de ambos Reglamentos son diferentes y excluyentes entre sí, y uno de debe imponer su justicia sobre el otro, por lo que el art. 79.2 Reglamento (UE) 2016/679 debe prevalecer sobre el art. 7.2 Reglamento (UE) 1215/2012, *cfr.* Ortega Giménez, A.: "Tratamiento ilícito internacional de datos personales, reglamento general de protección de datos y derecho internacional privado: cuestiones de competencia judicial internacional y de determinación de la ley aplicable" en *Era Digital, Sociedad y Derecho* (dir. por O. Fuentes Soriano y coord. por P. Arrabal Platero, Y. Doig Díaz, A. Ortega Giménez e I. Turégano Mansilla), Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, p. 543.

54 Si bien, las reglas del Reglamento (UE) 1215/2012 no pueden privar el efecto útil del art. 79.2 Reglamento (UE) 2016/679, pues ello conllevaría limitar la eficacia de los acuerdos atributivos de jurisdicción, especialmente en aquellas situaciones en las que dichos acuerdos se pretendan invocar para oponerse a la demanda interpuesta por un interesado ante el tribunal competente en virtud del foro del art. 79.2 Reglamento (UE) 2016/679 (*Vid*. en este sentido, De Miguel Asensio, P.A.: "Competencia y derecho aplicable en el reglamento general sobre protección de datos de la Unión Europea", *Revista española de derecho internacional*, Vol. 69, 2017, núm. 1, pp. 101-102).

55 Cuando el lugar del origen del daño y el lugar de resultado no coinciden vale la llamada "regla de la ubicuidad", esto es, el actor puede acudir al tribunal del lugar de origen como al lugar del resultado,

Conviene recordar el célebre pronunciamiento *eDate Advertising*[56] en el que el Tribunal de Luxemburgo evoca que, la expresión «lugar donde se hubiere producido el hecho dañoso» se refiere al mismo tiempo al lugar del hecho causal y al lugar donde se ha producido el daño, esto es, la víctima puede acudir a los órganos jurisdiccionales de cada Estado miembro en cuyo territorio un contenido publicado en Internet sea, o haya sido, accesible[57].

Como muy bien aclara De Miguel Asensio, el legislador europeo no contempla un foro de competencia en el que la parte actora sea el responsable o encargado del tratamiento frente a los interesados. Ello es debido a que las eventuales acciones que el responsable ejercite frente a los interesados se basarán típicamente en una relación contractual existente entre ambos y no como consecuencia del incumplimiento de las normas del Reglamento (UE) 2016/679[58].

IV. DETERMINACIÓN DEL ORDENAMIENTO APLICABLE.

1. Aclaración inicial.

A tenor de lo señalado por el art. 3 Reglamento (UE) 2016/679, la norma es aplicable al tratamiento de datos personales en el contexto de las actividades de un establecimiento del responsable o del encargado en la Unión Europea, independientemente de que el tratamiento tenga lugar en la Unión o no[59].

---

puesto que en ambos lugares han sucedido hechos relevantes para resolver el fondo que ha dado lugar al litigio. Además, se asegura mejor la función preventiva de las reglas de responsabilidad extracontractual y se garantiza una tutela adecuada para las acciones colectivas o los daños a una misma persona pero distribuidos en distintos lugares (*Vid.* Carrizo Aguado, D.: "Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 16 de mayo de 2013, asunto C-228/11, Melzer", *Ars Iuris Salmanticensis: AIS : revista europea e iberoamericana de pensamiento y análisis de derecho, ciencia política y criminología*, Vol. 1, 2013, núm. 2, pp. 254-258; García Mirete, C.Mª.: *Las bases de datos electrónicas internacionales*, Tirant lo Blanch Valencia, 2014, pp. 260-262; Virgós Soriano, M. y Garcimartín Alférez, F.J.: *Derecho Procesal Civil Internacional. Litigación Internacional*, 2ª ed., Navarra, Thomson Civitas, 2007, pp. 190-191).

56 STJUE de 25 de octubre de 2011, asunto C-509/09, *eDate Advertising* y otros (EU:C:2011:685).

57 La evolución jurisprudencial descrita no ha hecho sino multiplicar los foros de competencia a disposición de la víctima de una difamación llevada a cabo vía Internet y, por tanto, de alcance internacional (*Vid.* Torralba Mendiola, E.C.: "La difamación en la era de las comunicaciones: ¿Nuevas? perspectivas de Derecho Internacional Privado Europeo", *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, 2012, núm. 1). Los foros son los del domicilio del emisor, el centro de intereses de la víctima, que podrán conocer de la totalidad del daño, y los tribunales del lugar donde el contenido haya sido o sea accesible, que conocerán únicamente de la parte del daño causado en su territorio. El centro de intereses es entendido como la residencia habitual, si bien puede entenderse establecido en otro estado como el lugar donde la víctima ejerza una actividad profesional, permitiendo realizar el criterio de la previsibilidad de las normas de competencia (*Vid.* Gimeno Ruiz, A.: "Derechos de la personalidad e Internet", *Revista de Derecho Civil*, Vol. 1, 2014, núm. 4, p. 235; Vilar González, S.: "Los conflictos internacionales sobre la protección de los derechos de la personalidad en internet", en *Internet y los derechos de la personalidad* (dir. por L.M. Martínez Vázquez de Castro y coord. por P. Escribano Tortajada), Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, p. 579).

58 De Miguel Asensio, P.A.: "Competencia y derecho aplicable en el reglamento general sobre protección de datos de la Unión Europea", *Revista española de derecho internacional*, vol. 69, 2017, núm. 1, p. 101.

59 El art. 3, como norma imperativa del Reglamento, determina que la cuestión de la legislación nacional aplicable ya no se aborda en el Reglamento (UE) 2016/679 y que, por tanto, debe hacerse una distinción crucial entre conflictos de leyes internos y externos: el origen donde se ocasiona el daño es la clave para determinar qué ley nacional de protección de datos se aplica, *vid.* sugerente estudio Thon, M.: "Transnationaler Datenschutz: Das Internationale Datenprivatrecht der DS-GVO (Transnational

2. El punto cardinal: territorio donde se localice el establecimiento.

Para la determinación de la Ley aplicable al tratamiento de datos hay que fijar el punto de conexión en el lugar donde está ubicado el establecimiento del responsable en el cual se realizan actividades de tratamiento de datos[60] en el marco de una actividad responsable[61]. Es decir, la autoridad competente en un determinado Estado miembro deberá aplicar las disposiciones que hayan adoptado en virtud de la norma europea cuando el tratamiento de datos se efectúe en el contexto de actividades llevadas a cabo en su territorio por un establecimiento del responsable del tratamiento. Así, el requisito del "marco de actividades" tiene la finalidad de abstraer del lugar donde el tratamiento de datos es efectuado; de todos modos, si la ubicación es decisiva para la determinación de la Ley aplicable resulta fácil esquivar la aplicación de los derechos internacionales de los Estados miembros, *exempli gratia*, trasladando el tratamiento a un Estado tercero fuera de la UE[62].

Data Protection: The GDPR and Conflict of Laws)", *RabelsZ*, 2020, Issue 1, pp. 24 y ss. Sin embargo, el Reglamento, claramente, busca garantizar que las personas físicas dentro de la Unión Europea no se vean privadas de la protección a la que tienen derecho en virtud de tal norma, a pesar de que procesamiento de sus datos personales sea realizado por un encargado no establecido en la Unión, siempre que dichas actividades en cuestión estén relacionadas con el suministro de bienes o servicios a esas personas o con el control de su comportamiento, *vid.* Moura Vicente, D. / de Vasconcelos Casimiro, S.: "A protecao de dados pessoais na Internet a luz do direito comparado", *Revista de direito intelectual*, 2018, núm. 2, pp. 78-79.

60 Se concibe por tratamiento, cualquier operación o conjunto de operaciones realizadas sobre datos personales o conjuntos de datos personales, ya sea por procedimientos automatizados o no, como la recogida, registro, organización, estructuración, conservación, adaptación o modificación, extracción, consulta, utilización, comunicación por transmisión, difusión o cualquier otra forma de habilitación de acceso, cotejo o interconexión, limitación, supresión o destrucción (*vid.* art. 4.2 Reglamento (UE) 2016/679).

61 El tratamiento de datos personales llevado a cabo en el marco de la actividad de un motor de búsqueda se distingue del efectuado por los editores de sitios de Internet, que consiste en hacer figurar esos datos en una página en Internet, y se añade a él (STJUE de 13 de mayo de 2014, asunto C-131/12, *Google Spain y Google*, apartado 35 (EU:C:2014:317). En torno a dicho pronunciamiento, *vid.* De miguel Asensio, P.A.: "El tratamiento de datos personales por buscadores de Internet tras la sentencia Google Spain del Tribunal de Justicia", *La Ley Unión Europea*, 2014, mes 17, pp. 5-10.

62 Por lo tanto, si el responsable tiene un establecimiento en un Estado miembro efectuando un tratamiento de datos personales en el marco de actividades distintas de las específicamente llevadas a cabo en dicho establecimiento no ha lugar a la activación de dicha conexión (*Vid.* Piroddi, P.: "Computación en la nube y derecho aplicable a la protección de datos personales en la Unión Europea", *Anuario español de derecho internacional privado*, 2011, núm. 11, pp. 291-292). Asimismo, tras el paradigmático asunto de 25 de enero de 2018, C-498/16, *Schrems* (EU:C:2018:37) se han planteado las diferencias significativas entre los modelos de protección de datos prevalentes en Estados Unidos de América y la Unión Europea ante la ausencia de coordinación en lo que acontece a las actividades de supervisión llevadas a cabo por los Estados Unidos. En torno a este pronunciamiento, *vid.* entre otros, Crespi, S.: "The Applicability of Schrems Principles to the Member States: National Security and Data Protection within the EU Context", *European law review*, 2018, núm. 5, pp. 669-686; Cruz Villalón, P.: "The EU Charter of Fundamental Rights and the Legal Order of Third Countries. A Commentary on the Schrems/PNR Data Jurisprudence", en *The External Tax Strategy of the EU in a Post-BEPS Environment* (dir. por A.J. Martín Jiménez), Amsterdam, 2019, pp. 361-375; De Miguel Asensio, P.A.: "Demandas frente a redes sociales por daños en materia de datos personales: precisiones sobre competencia judicial", *La Ley Unión Europea*, 2018, núm. 56, versión *on line*; *id.* "Aspectos internacionales de la protección de datos: las sentencias Schrems y Weltimmo del Tribunal de Justicia", *La Ley Unión Europea*, 2015, núm. 31, versión *on line*; Eichenhofer, J.: "e-Privacy im europäischen Grundrechtsschutz Das "Schrems"-Urteil des EuGH", *Europarecht*, 2016, núm. 1, pp. 76-89; Gutiérrez Colominas, D.: "Schrems v Facebook: the consumer definition in the framework of digital social networks", *European Data Protection Law Review*, Vol. 4, 2018, pp. 542-546; Metallinos, N y Coutron, L.: "La libre circulation des données personnelles fondées sur l'adéquation après l'arrêt Schrems: la fin de l'innocence", *Revue des affaires europeennes*, 2016, núm. 2, pp. 265-272; Piroddi, P.: "I trasferimenti di dati personali verso

Asimismo, con el fin de garantizar un alto nivel de protección, tal y como se demostró en el epígrafe del sistema de competencia judicial internacional[63], se percibe una interpretación amplia y flexible referente al concepto de establecimiento, que se extiende "a cualquier actividad real y efectiva, aun mínima, ejercida mediante una instalación estable", tal y como queda establecido por el considerando 22 del Reglamento (UE) 2016/679.

A este respecto, el Tribunal de Justicia puntualiza que, en determinadas circunstancias, la presencia de un único representante puede bastar para constituir un establecimiento si dicho representante actúa con un grado de estabilidad suficiente para prestar los servicios de que se trate en el Estado miembro en cuestión[64]. Por consiguiente, las normas englobadas en el Reglamento (UE) 2016/679, en tanto que legislación sobre protección de datos, son, dentro de su ámbito territorial, aplicables por los tribunales de los Estados miembros para determinar si los derechos de los interesados con base en el Reglamento han sido vulnerados[65].

En todo caso, la primacía de la legislación de protección de datos se manifiesta en una limitada autonomía de la ley aplicable en una cláusula contractual, la cual siempre deberá atenerse a los criterios del propio Reglamento (UE) 2016/679[66].

No debe caer en el olvido que, Reino Unido, desde el pasado 31 de enero de 2020 no forma parte de la Unión Europea, y, por tanto, pasa a ser considerado un «tercer país» para muchas cuestiones y, en particular, en materia de protección de datos y transferencias internacionales[67]. Pese a la materialización del Brexit ello no

---

paesi terzi dopo la sentenza Schrems e nel nuovo regolamento generale sulla protezione dei dati", *Diritto dell'informazione e dell'informatica*, Vol. 31, 2015, núm. 4-5, pp. 827-864; Sánchez Ferro, S.: "La alargada sombra del derecho a la protección de datos personales y otras cuestiones: reflexiones al hilo del caso Schrems", en *Construyendo un estándar europeo de derechos fundamentales. Un recorrido por la jurisprudencia TJUE tras la entrada en vigor de la Carta* (dir. por A.M. Carmona Contreras), Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2018, pp. 87-108.

63 *Vid.* notas 41 a 43.

64 STJUE de 1 de octubre de 2015, asunto C230/14, *Weltimmo* (EU:C:2015:639).

65 *Cfr.* De Miguel Asensio, P.A.: "Competencia y derecho aplicable en el reglamento general sobre protección de datos de la Unión Europea", *Revista española de derecho internacional*, Vol. 69, 2017, núm. 1, p. 104.

66 Ortega Giménez, A.: "Tutela jurisdiccional ante un tratamiento ilícito internacional de datos personales y el nuevo reglamento general de protección de datos de la unión europea", *Revista Acta Judicial*, 2020, núm. 6, p. 10.

67 El Reglamento (UE) 2016/679 dispone que la transferencia de datos a un país tercero solo puede llevarse a cabo, en principio, si el país tercero en cuestión garantiza un nivel de protección adecuado a dichos datos. De esta manera, en la reciente STJUE de 16 de julio de 2020, asunto C-311/18, *Facebook Ireland y Schrems* (EU:C:2020:559), el juzgador europeo declara que las exigencias establecidas por las disposiciones del Reglamento, referentes a las garantías adecuadas, los derechos exigibles y las acciones legales efectivas, deben interpretarse en el sentido de que las personas cuyos datos personales se transfieren a un país tercero sobre la base de cláusulas tipo de protección de datos deben gozar de un nivel de protección sustancialmente equivalente al garantizado dentro de la Unión. En este contexto, el Tribunal de Justicia precisa que la evaluación de ese nivel de protección debe tener en cuenta tanto las estipulaciones contractuales acordadas entre el exportador de datos establecido en la Unión y el destinatario de la transferencia establecido en el país tercero de que se trate, como, por lo que se refiere a un posible acceso de las autoridades públicas de ese país tercero a los datos personales transferidos de ese modo,

significa la total exención al cumplimiento del Reglamento (UE) 2016/679, debido a que, en el caso de que una entidad británica trate datos personales de ciudadanos que se encuentren en la Unión Europea, ya sea en un marco de acuerdo, o por la aplicación extraterritorial del Reglamento, deberá cumplir con las obligaciones de la mencionada norma, aunque sólo en aquellas actividades de tratamiento que estén sujetas por la legislación. Además, es aplicable el Reglamento a todos los datos de interesados fuera del Reino Unido, que se hayan tratado con anterioridad al fin del período transitorio, que termina, *a priori*, el 31 de diciembre de 2020[68].

3. Coexistencia con otras normas.

Respecto a la reclamación de indemnización prevista en el art. 82, párrafo 6 Reglamento (UE) 2016/679, el derecho aplicable será aquel que coincida con el estado donde se reclame el derecho, es decir, depende del lugar donde se haya iniciado la acción ante el juez competente. En esta atmósfera, debemos poner de manifiesto que el Reglamento (CE) 864/2007[69] excluye de manera sorprendente las obligaciones extracontractuales que se derivan de los daños a la intimidad o a los derechos de la personalidad, en particular la difamación, y por extensión, la protección de datos[70]. Al estar descartados, los jueces españoles determinarán la Ley aplicable a esos daños con arreglo a lo regulado por el art. 10.9 Código Civil[71].

los elementos pertinentes del sistema jurídico de dicho país, *vid*. Martínez Martínez, R.: "Schrems II: una breve reflexión desde los derechos fundamentales", *La Ley Privacidad*, 2020, núm. 5, versión *on line*. En la medida en que las carencias de la normativa del tercer Estado destinatario de los datos, por ejemplo, en lo relativo al ulterior acceso de las autoridades de ese país a los datos transferidos, puedan tener como consecuencia que el empleo de las cláusulas tipo entre las partes de la transferencia no resulta suficiente para asegurar un nivel de protección sustancialmente equivalente al garantizado dentro de la Unión, la transferencia no estará amparada con base en el art. 46.2 Reglamento (UE) 2016/679, *vid*. De Miguel Asensio, P.A.: "La nueva sentencia Facebook-Schrems más allá de la invalidez del Escudo de Privacidad", https://pedrodemiguelasensio.blogspot.com/2020/07/la-nueva-sentencia-facebook-schrems-mas.html, 20 de julio de 2020; Dhont, J.X.: "Schrems II. The EU adequacy regime in existential crisis?", *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, Vol. 26, 2019, núm. 5, pp. 597-601.

68 Transcurrido este periodo, Reino Unido sale de la zona de «libre circulación de datos» y ello implicará que pase a ser considerado como «tercer país». No obstante, es presumible que la Comisión le otorgue el estatus de «país seguro», dado que heredaría la regulación vigente hasta el momento, desarrollada y aplicada al igual que el resto de los países de la Unión, al respecto *vid*., Corral Sastre, A.: "Las transferencias de datos personales al Reino Unido en la era postbrexit", *Revista de Derecho Digital e Innovación*, 2019, núm. 3, versión *on line*; Ortega Giménez, A.: "Brexit, relaciones privadas internacionales y protección de datos de carácter personal: ¿y ahora qué?.. ¿dejará de ser el Reino Unido un «país seguro»?", *La Ley Unión Europea*, 2020, núm. 80, versión *on line*; Ortega Giménez, A. y Gonzalo Domenech, J.J.: "Brexit y protección de datos de carácter personal: ¿dejará de ser el Reino Unido un "país seguro"?", *Revista Aranzadi Unión Europea*, 2019, núm. 11, versión *on line*).

69 Reglamento (CE) nº 864/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de julio de 2007, relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales («Roma II») [DOUE núm. 199, de 31 de julio de 2007].

70 A pesar de ser muy frecuentes en la *práxis*, pues tienen lugar o bien, a través de medios de comunicación, o bien, de Internet. Esta exclusión es resultado de la falta de acuerdo en el proceso de elaboración del Reglamento (*Vid*. De Miguel Asensio, P.A.: "Bienes inmateriales, Derecho de la competencia y responsabilidad extracontractual", en *Derecho de los Negocios Internacionales* (dir. por J.C. Fernández Rozas, R. Arenas García y P.A. De Miguel Asensio), 5ª ed., Iustel, Madrid, 2016, pp. 181-182).

71 Si alguno de los tradicionales ilícitos civiles son hoy casi constitutivamente internacionales, son justamente la intromisión ilegítima en la intimidad, honor o reputación (*Vid*. Amores Conradi, M.A. y Torralba Mendiola, E.C.: "Difamación y "Roma II"", *Anuario español de derecho internacional privado*, 2007, núm. 7, pp. 252-253; Ortiz Vidal, MªD.: "La libertad de expresión convertida en discurso de odio: la responsabilidad extracontractual del prestador del servicio de comunicación audiovisual en asuntos transfronterizos", en

Ello conduce a la aplicación de la Ley del país donde se produce el hecho que genera la responsabilidad[72].

Cabe señalar que la norma interna plantea problemas de interpretación que se traducen en cierta inseguridad jurídica a la hora de la concreción del Derecho aplicable[73]. El legislador no deja claro si opta por consagrar como criterio de conexión la ley del *locus deliciti* o la ley del *locus damni*[74].

Debido a ello, en supuestos de daños deslocalizados -situación típica cuando el medio utilizado es Internet- no se puede concretar *a priori* la Ley que regiría en tal situación[75]. Evidentemente, el legislador español no ha tenido en consideración los posibles y dispares supuestos especiales que en la práctica pueden darse y, que con la aplicación automática del Derecho localizado, puede poner en riesgo la deseada justicia material, en virtud de que puede resultar aplicable una Ley no previsible para las partes[76].

En lo que respecta a la relación que posee el Reglamento (CE) 864/2007[77], tal y como afirma su art. 27, dicha norma no afectará a la aplicación de disposiciones del Derecho comunitario que, en materias concretas, regulen los conflictos de leyes relativos a las obligaciones extracontractuales[78].

Libertad de expresión y prevención de la violencia y discriminación por razón de religión (coord. por Z. Combalía Solís, Mª.P. Diago Diago y A. González-Varas Ibáñez), Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, pp. 190-191).

72 En el supuesto de ilícitos a distancia se aplicará de manera exclusiva la Ley del país donde se verifica el daño y, si son de carácter plurilocalizados, el daño sufrido en cado uno de los países se regulará por la Ley del país correspondiente (*Vid.* Calvo Caravaca, A-L. y Carrascosa González, J.: *Las obligaciones extracontractuales en Derecho internacional privado*, Comares, Granada, 2008, pp. 188-191).

73 El gran escollo en este *topic* surge como consecuencia de que es una materia no cubierta por el Derecho internacional privado europeo y, por tanto, será la norma de conflicto nacional la que cubre su regulación (*Vid.* el extraordinario estudio de Calvo Caravaca, A-L.: "El Derecho internacional privado de la Unión Europea. Valores y principios regulativos", *Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito PPGDir./ UFRGS*, Vol. 15, 2020, núm. 1, p. 13).

74 Hay autores que contemplan que el criterio de conexión debe concretarse en los mismos términos que en el Reglamento (CE) 864/2007, como el lugar donde se ha producido el daño -*locus damni*- y no el lugar del acto causal. En el caso de los daños a los derechos de la personalidad nos llevaría a aplicar la ley de cada uno de los estados donde la víctima haya padecido los daños (*Vid.* Calvo Caravaca, A-L., Carrascosa González, J. y Sánchez Cano, Mª.J.: "Obligaciones extracontractuales", en *Compendio de Derecho Internacional Privado* (dir. por A-L. Calvo Caravaca y J. Carrascosa González), Murcia, Rapid Centro Color, 2019, p. 713; Garcimartín Alférez, F.J.: *Derecho Internacional Privado*, 5ª ed., Navarra, Civitas Thomson Reuters, 2019, p. 422).

75 Agrifoglio, G.: "Risarcimento e quantificazione del danno da lesione della privacy: dal danno alla persona al danno alla personalità", *Europa e diritto privato*, 2017, núm. 4, pp. 1265-1342.

76 En opinión de una sólida doctrina, la situación se podría fundamentar en una posible flexibilización del punto de conexión; ello supondría que la determinación del Derecho aplicable sería en consecuencia de un análisis de las circunstancias y hechos que han rodeado el supuesto, esto es, en función de los datos y elementos probatorios que las partes aporten ante el tribunal competente (*Vid.* Cordero Álvarez, C.I.: *Litigios internacionales sobre difamación y derechos de la personalidad*, Dykinson, Madrid, 2015, pp. 290-292).

77 En cuanto a su convivencia con diversos Convenios Internacionales, *vid.* Rodríguez Vázquez, Mª.A.: "La ley aplicable a las obligaciones extracontractuales en el espacio europeo", *Revista Aranzadi de derecho patrimonial*, 2010, núm. 25, pp. 170-171.

78 El preámbulo de la norma, en el considerando número 35, conserva lo esencial de la propuesta del Reglamento (CE) 864/2007 (*Vid.* Fallon, M.: "La relación del reglamento "Roma II" con otras normas de conflicto de leyes", *Anuario español de derecho internacional privado*, 2007, núm. 7, p. 211).

V. ÚLTIMAS LÍNEAS CONCLUSIVAS.

La Comisión Europea ha hecho público un informe[79], como balance de los dos años de la entrada en vigor del Reglamento (UE) 2016/679, en el que sostiene que la norma reglamentaria ha cumplido la mayoría de sus objetivos, fundamentalmente porque ofrece a los ciudadanos un conjunto sólido de derechos exigibles y ha creado un nuevo sistema europeo de gobernanza y control del cumplimiento. El informe concluye, asimismo que, aumenta la armonización en todos los Estados miembros, aunque existe cierto nivel de fragmentación que debe ser supervisado de manera continuada. También, apunta que las empresas están desarrollando una cultura del cumplimiento y recurren cada vez más a una sólida protección de datos como ventaja competitiva.

Si bien es cierto que, la confianza y certeza jurídica en el tratamiento de datos constituyen elementos esenciales en el entorno europeo, de hecho, el Reglamento nos hace entrever que su llegada era fundamental para permitir un cuerpo normativo común en todos los países de la Unión Europea, estableciendo una igualdad de condiciones en un Mercado único digital europeo; de ahí, la importancia de un reglamento, y no de cualquier otro instrumento o acto jurídico, para ejercer las competencias legislativas de la Unión Europea en esta materia, siendo un instrumento directamente aplicable a todos los Estados miembros.

Precisamente, para afianzar un nivel adecuado de protección de las personas físicas en toda la Unión y evitar divergencias que dificulten la libre circulación de datos personales dentro del mercado interior, es necesario un reglamento que proporcione solidez jurídica y transparencia a los operadores económicos y con ello brindar, a las personas físicas y responsables del tratamiento de todos los Estados miembros, el mismo nivel de derechos y obligaciones.

Fruto de la globalización de la información y tratamientos masivos de datos de carácter personal, la redacción llevada a cabo por el legislador está sustentada en un sistema de garantías y protección a los ciudadanos preocupados por el tratamiento de su información, generando así una mayor certidumbre al usuario en el momento que alguna empresa, institución o Administración Pública usa y trate sus datos.

En el terreno de la responsabilidad civil extracontractual por daños transnacionales, como es el tratamiento ilícito internacional de datos, es ostensible que, el *forum delicti commissi* deba interpretarse en un sentido favorable a la víctima para así, reequilibrar las posiciones de las partes, es decir, debería identificarse el

79 *Data protection as a pillar of citizens' empowerment and the EU's approach to the digital transition - two years of application of the General Data Protection Regulation*, COM (2020) 264 final, 24 de junio de 2020.

foro con los tribunales del domicilio del perjudicado. Se infiere como evidente dejar patente la perfecta compatibilidad existente entre el Reglamento (UE) 2016/679 con el Reglamento (UE) 1215/2012, puesto que, en base a lo señalado por el considerando número 147 del Reglamento (UE) 2016/679, la aplicación de las normas del Reglamento (UE) 1215/2012 no prejuzgan su plena puesta en funcionamiento.

Por otra parte, en sede de Ley aplicable, cuando el tratamiento no se produce en el contexto de las actividades de un establecimiento en la Unión Europea, la protección se limita a los interesados que se encuentren en territorio comunitario pues se requiere una conexión adicional con la Unión Europea. Así las cosas, el lugar de situación del afectado por el tratamiento de datos personales constituye un criterio legítimo para fundar la Ley aplicable, en especial cuando va acompañado de elementos indicativos de una vinculación adicional. En este aspecto, no debemos obviar la inaudita exclusión, llevada a término por el Reglamento (CE) 864/2007, de las obligaciones extracontractuales que se deriven de daños personalísimos. Por esta razón, el único reducto es conferir protagonismo pleno al Derecho interno, esto es, el art. 10.9 Código Civil. Dicha norma de conflicto recoge un supuesto de carácter genérico con un punto de conexión meramente localizador y consecuencia neutra. La redacción, sea dicho, poco específica y nada clarividente, acarrea una evidente pérdida de protección de la persona que es titular del derecho a la protección de sus datos personales ante un eventual tratamiento ilícito y, más aún si cabe, en el marco internacional, ya que se coloca en una clara posición de inferioridad.

Sobre este asunto, el Parlamento Europeo traslada a la Comisión de Asuntos Jurídicos un Informe de 2 de mayo de 2012 [(2009/2170(INL)] en el que se establecen trascendentales recomendaciones sobre la modificación del Reglamento (CE) 864/2007 con el propósito de prevenir ciertas dosis de inseguridad jurídica al no otorgarse plenamente al perjudicado su deseada protección efectiva. Exactamente, peticiona a la Comisión que presente, sobre la base del art. 81, apartado 2, letra c) del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, una propuesta con vistas a añadir al Reglamento Roma (CE) 864/2007 una disposición que permita determinar la Ley aplicable a una obligación extracontractual derivada de violaciones de la privacidad o de los derechos relacionados con la personalidad, y, además, la creación de un centro para la resolución voluntaria de los litigios transfronterizos derivados de las violaciones en esta materia. No obstante, considera que Internet ha añadido la complicación del acceso virtualmente universal. Asimismo, sopesa que la libertad de prensa y de los medios de comunicación son características fundamentales de una sociedad democrática y que cada Estado miembro debe determinar discrecionalmente el equilibrio adecuado entre el derecho al respeto

de la vida privada y el derecho a la libertad de expresión, ambos garantizados por los arts. 8 y 10 del Convenio Europeo de Derecho Humanos.

Innegablemente, la propuesta es bien recibida pues supone un intento por colmar un vacío difícilmente comprensible. La unificación en la Unión Europea de las normas sobre Ley aplicable en este tema reviste cierta envergadura, habida cuenta de la trascendencia de disponer de criterios de conexión uniformes en territorio europeo, frente al crecimiento masivo a causa del tratamiento de datos en múltiples países a través de Internet. A pesar de las importantes diferencias en el contenido de los Derechos sustantivos de los Estados miembros en este *topic*, la codificación del Derecho de las obligaciones extracontractuales transfronterizas refleja una tendencia hacia una progresiva armonización, a fin de evitar la contradicción normativa y la discontinuidad jurídica en el espacio europeo originado por el pluralismo de sistemas jurídicos, razón por la cual, el Derecho uniforme, se erige como una opción funcional del Derecho internacional privado en el terreno de los métodos de reglamentación.

BIBLIOGRAFÍA

AA.VV.: *Estudio de impacto y comparativa con la normativa española de la propuesta de Reglamento General de Protección de Datos de la Unión Europea*, ISM Forum Spain, https://www.ismsforum.es/ficheros/descargas/estudio-reglamento-ue-dpi1353525776.pdf).

Agrifoglio, G.: "Risarcimento e quantificazione del danno da lesione della privacy: dal danno alla persona al danno alla personalità", *Europa e diritto privato*, núm. 4, 2017.

Álvarez Rigaudias, C.: "Personal Data protection", en *Derecho TIC. Derecho de las tecnologías de la información y de la comunicación* (dir. por A. López- Tarruella Martínez y coord. por C.Mª. García Mirete), Tirant lo Blanch, Valencia.

Álvarez Rubio, J.J.: "Jurisdicción, competente y ley aplicable en materia de difamación y protección de los derechos de la personalidad", *Anuario español de derecho internacional privado*, núm. 11, 2011.

Amores Conradi, M. A. y Torralba Mendiola, E. C.: "Difamación y "Roma II"", *Anuario español de derecho internacional privado*, núm. 7, 2007.

Ancel, M. E.: "D'une diversité à l'autre. À propos de la «marge de manoeuvre» laissée par le règlement général sur la protection des données aux États membres de l'Union européenne", *Revue critique de droit international privé*, núm. 3, 2019.

Arjona Guajardo-Fajardo, J. L.: "Datos personales: apuntes sobre la autorización para su recogida y tratamiento, la impugnación del consentimiento prestado y la reclamación por daños sufridos a consecuencia del mismo", *Revista de Derecho Patrimonial*, núm. 51, 2020.

Armada Villaverde, Mª. E./López Bustabad, I. J.: "El reglamento general de protección de datos ante el fenómeno del «Big Data»", *Revista Aranzadi de derecho y nuevas tecnologías*, núm. 51, 2019, versión *on line*.

Barletta, A.: "La tutela effettiva della privacy nello spazio (giudiziario) europeo nel tempo (della "aterritorialità") di internet", *Europa e diritto privato*, núm. 4, 2017.

Berrocal Lanzarot, A. I.: "El derecho de supresión de datos o derecho al olvido en el Reglamento General de Protección de Datos", *Revista general de legislación y jurisprudencia*, núm. 1, 2017.

Caggia, F.: "Il consenso al trattamento dei datti personali nel diritto europeo", *Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni*, vol. 117, núm. 3, 2019.

Calvo Caravaca, A. L.: "El Derecho internacional privado de la Unión Europea. Valores y principios regulativos", *Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito PPGDir./UFRGS*, vol. 15, núm. 1, 2020.

Calvo Caravaca, A. L. y Carrascosa González, J.:

- *Las obligaciones extracontractuales en Derecho internacional privado*, Comares, Granada, 2008.

- *Litigación internacional en la Unión Europea I. Competencia judicial y validez de resoluciones en materia civil y mercantil en la Unión Europea. Comentario al Reglamento Bruselas I Bis*, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2017.

Calvo Caravaca, A. L., Carrascosa González, J. y Sánchez Cano, Mª. J.: "Obligaciones extracontractuales", en *Compendio de Derecho Internacional Privado* (dir. por A-L. Calvo Caravaca y J. Carrascosa González), Murcia, Rapid Centro Color, 2019.

Carrascosa González, J.:

- "La protección de los datos personales en un escenario tecnológico supranacional: "Cloud Computing" tribunales competentes y ley aplicable", en *La protección de datos personales en internet ante la innovación tecnológica: riesgos, amenazas y respuestas desde la perspectiva jurídica* (coord. por J. Valero Torrijos), Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2013.

- "The Internet – Privacy and Rights Relating to Personality", *Recueil des cours de l'Academie de droit international*, vol. 378, 2016.

- "Foro del domicilio del demandado y Reglamento Bruselas 'I-bis 1215/2012'. Análisis crítico de la regla *actor sequitur forum rei*", *Cuadernos de derecho transnacional*, vol. 11, núm. 1, 2019.

Carrizo Aguado, D.:

- "Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 16 de mayo de 2013, asunto C-228/11, Melzer", *Ars Iuris Salmanticensis: AIS: revista europea e iberoamericana de pensamiento y análisis de derecho, ciencia política y criminología*, vol. 1, núm. 2, 2013.

- "«Trampantojo» de foros ante los profusos incumplimientos llevados a cabo por la compañía Ryanair en vuelos internacionales", *Cuadernos de derecho transnacional*, vol. 11, núm. 2, 2019.

Carrizo Aguado, D. / Alonso García, Mª. N.:

- "El impacto de internet en las publicaciones fotográficas protegidas por derechos de autor: visión constitucional e internacional-privatista en la era del «boom digital»", *Revista Aranzadi de derecho patrimonial*, núm. 47, 2018.

- "Métodos de planificación y práctica docente con herramientas digitales: ¿Desencuentro con el Reglamento Europeo de Protección de Datos?, *REJIE: Revista Jurídica de Investigación e Innovación Educativa*, núm. 19, 2019.

Castelló Pastor, J. J.: "Sociedades mercantiles, centro de intereses y vulneración de los derechos de la personalidad en la red. Competencia judicial internacional. Comentario a la STJUE (Gran Sala) de 17 octubre 2017 (JUR 2017, 261903)", *Cuadernos Civitas de jurisprudencia civil*, núm. 106, 2018.

Concellón Fernández, P.: "El concepto de dato personal en la Unión Europea: una pieza clave en su protección", *Revista General de Derecho Europeo*, núm. 46, 2018.

Cordero Álvarez, C. I.:

- *Litigios internacionales sobre difamación y derechos de la personalidad*, Dykinson, Madrid, 2015.

- "La transferencia internacional de datos con terceros Estados en el nuevo Reglamento europeo: Especial referencia al caso estadounidense y la Cloud Act", *Revista española de derecho europeo*, núm. 70, 2019, versión *on line*.

Corral Sastre, A.: "Las transferencias de datos personales al Reino Unido en la era postbrexit", *Revista de Derecho Digital e Innovación*, núm. 3, 2019, versión *on line*.

Costa, G., Peris Brines, N. y Cervera Navas, L.: "Espacio Europeo de Protección de datos. Tribuna de actualidad en las Instituciones Europeas", *Diario La Ley Privacidad*, núm. 2, 2019, versión *on line*.

Crespi, S.: "The Applicability of Schrems Principles to the Member States: National Security and Data Protection within the EU Context", *European law review*, núm. 5, 2018.

Cruz Villalón, P.: "The EU Charter of Fundamental Rights and the Legal Order of Third Countries. A Commentary on the Schrems/PNR Data Jurisprudence", en *The External Tax Strategy of the EU in a Post-BEPS Environment* (dir. por A.J. Martín Jiménez), Amsterdam, 2019.

De Barrón Arniches, P.: "La pérdida de privacidad en la contratación electrónica (entre el Reglamento de protección de datos y la nueva Directiva de suministro de contenidos digitales)", *Cuadernos europeos de Deusto*, núm. 61, 2019.

De miguel Asensio, P.A.:

- "El tratamiento de datos personales por buscadores de Internet tras la sentencia Google Spain del Tribunal de Justicia", *La Ley Unión Europea*, mes 17, 2014.

- "Aspectos internacionales de la protección de datos: las sentencias Schrems y Weltimmo del Tribunal de Justicia", *La Ley Unión Europea*, núm. 31, 2015, versión *on line*.

- "Bienes inmateriales, Derecho de la competencia y responsabilidad extracontractual", en *Derecho de los Negocios Internacionales* (dir. por J. C. Fernández Rozas, R. Arenas García y P.A. De Miguel Asensio), Iustel, 5ª ed., Madrid, 2016.

- "Competencia y derecho aplicable en el reglamento general sobre protección de datos de la Unión Europea", *Revista española de derecho internacional*, vol. 69, núm. 1, 2017.

- "Demandas frente a redes sociales por daños en materia de datos personales: precisiones sobre competencia judicial", *La Ley Unión Europea*, núm. 56, 2018, versión *on line*.

- "Ámbito espacial del derecho al olvido: las conclusiones en el asunto C-507/17, Google", *La Ley Unión Europea*, núm. 67, 2019, versión *on line*.

- "El botón "me gusta": aspectos legales", http://pedrodemiguelasensio.blogspot.com/2019/09/el-boton-me-gusta-aspectos-legales.html, 9 de septiembre de 2019).

- "Internet y Derecho internacional privado: balance de un cuarto de siglo", en *Relaciones transfronterizas, globalización y derecho: Homenaje al Prof. Dr. José Carlos Fernández Rozas* (eds. por S. Álvarez González, R. Arenas García, P.A. de Miguel Asensio, S. Sánchez Lorenzo y G. Stampa Casas), Thomson Reuters-Civitas, Navarra, 2020.

- "La nueva sentencia Facebook-Schrems más allá de la invalidez del Escudo de Privacidad", https://pedrodemiguelasensio.blogspot.com/2020/07/la-nueva-sentencia-facebook-schrems-mas.html, 20 de julio de 2020.

Dhont, J. X.: "Schrems II. The EU adequacy regime in existential crisis?", *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, vol. 26, núm. 5, 2019.

Eichenhofer, J.: "e-Privacy im europäischen Grundrechtsschutz Das "Schrems"-Urteil des EuGH", *Europarecht*, núm. 1, 2016.

España Martí, M.: "La aplicación práctica de la Ley Orgánica de Protección de Datos y garantía de los derechos digitales", *Diario La Ley*, núm. 34, Sección Ciberderecho, versión *on line*.

Fallon, M.: "La relación del reglamento "Roma II" con otras normas de conflicto de leyes", *Anuario español de derecho internacional privado*, núm. 7, 2007.

Fernández Hernández, C.: "El RGPD ¿última oportunidad para salvaguardar nuestros datos personales?", *Actualidad civil*, núm. 5, 2018, versión *on line*.

García Mahmut, R.: *El Reglamento General de Protección de Datos. Un enfoque nacional y comparado. Especial referencia a la LO 3/2018 de Protección de Datos y garantía de los derechos digitales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019.

García Mirete, C. Mª.: *Las bases de datos electrónicas internacionales*, Tirant lo Blanch Valencia, 2014.

Garcimartín Alférez, F. J.: *Derecho Internacional Privado*, 5ª ed., Navarra, Civitas Thomson Reuters, 2019.

Gil González, E.: "¿Qué implicaciones tiene insertar en una página web el botón «Me gusta» de Facebook?", *Diario La Ley Privacidad*, núm. 2, 2019, versión *on line*.

Gimeno Ruiz, A.: "Derechos de la personalidad e Internet", *Revista de Derecho Civil*, vol. 1, núm. 4, 2014.

Gonzalo Doménech, J. J.: "Las decisiones de adecuación en el Derecho europeo relativas a las transferencias internacionales de datos y los mecanismos de control aplicados por los estados miembros", *Cuadernos de derecho transnacional*, vol. 11, núm. 1, 2019.

Gutiérrez Colominas, D.: "Schrems v Facebook: the consumer definition in the framework of digital social networks", *European Data Protection Law Review*, vol. 4, 2018.

Hernández Ramos, M.: "Una vuelta de tuerca más a las relaciones en materia de protección de datos entre la UE y los Estados Unidos. La invalidez de la decisión puerto seguro», *Revista General de Derecho Europeo*, núm. 39, 2016.

Hess, B.: "Protecting Privacy by Cross-Border Injunction", *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, vol. 55, núm. 2, 2019.

Leo-Castela, J. I.: "Compliance y gestión del riesgo normativo en el contexto del Reglamento europeo de protección de datos», *Diario La Ley*, Sección Ciberderecho, núm. 32, 2019, versión *on line*.

Lopes Da Mota, J.L. y Pérez Souto, G.: "Publicación on-line de las decisiones judiciales en Europa, derechos fundamentales y protección de datos a la luz del RGPD: ¿misión cumplida?", *Revista General de Derecho Europeo*, núm. 49, 2019.

López Barrero, E.: "La protección de datos e internet: ¿avances o retrocesos?", en *Nuevos retos y amenazas a la protección de los Derechos humanos en la era de la globalización* (coord. por A. G. López Martín y J. Chinchón Álvarez), Tirant lo Blanch, Valencia, 2016.

López- Tarruella Martínez, A.:

- "Propiedad intelectual, inteligencia artificial y libre circulación de datos", en *Propiedad intelectual y mercado único digital europeo* (dir. por C. Saiz García y R. Evangelio Llorca), Tirant lo Blanch, Valencia, 2019.

- "Libre circulación de datos personales y no personales en la Unión Europea", *Diario La Ley Privacidad*, núm. 2, 2019, versión *on line*.

Lorenzo Guillén, M. L.: "Comentario al artículo 4", en *Comentario al Reglamento (UE) nº 1215/2012 relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil Reglamento Bruselas I* (coord. por P. Blanco-Morales Limones, F. F. Garau Sobrino, M. L. Lorenzo Guillén y F. J. Montero Muriel), Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2016.

Martínez Martínez, R.:

- "¿Minusvaloramos la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales?", *Diario La Ley*, Sección Ciberderecho, núm. 24, 2019, versión *on line*.

- "Schrems II: una breve reflexión desde los derechos fundamentales", *La Ley Privacidad*, núm. 5, 2020, versión *on line*.

Messía de la Cerda Ballesteros, J. A.: "El tratamiento de los datos personales que el interesado hubiese hecho manifiestamente públicos. Especial atención a las Redes Sociales", *Actualidad civil*, núm. 5, 2018, versión *on line*.

Metallinos, N y Coutron, L.: "La libre circulation des données personnelles fondées sur l'adéquation après l'arrêt Schrems: I a fin de l'innocence", *Revue des affaires europeennes*, núm. 2, 2016.

Moro Cordero, M. A.: "La nueva cultura de gestión de los datos personales y la incorporación de tecnologías disruptivas", *Revista La Ley Privacidad*, núm. 4, 2020, versión *on line*.

Moura Vicente, D.: "¿Aplicación extraterritorial del Derecho al olvido en Internet?", *Anuario Hispano-Luso-Americano de derecho internacional*, núm. 24, 2020.

Moura Vicente, D. / de Vasconcelos Casimiro, S.: "A protecao de dados pessoais na Internet a luz do direito comparado", *Revista de direito intelectual*, núm. 2, 2018.

Ordóñez Solís, D.: "La nueva regulación europea de la protección de datos personales y su aplicación en el ámbito de la hacienda pública en un contexto tecnológico avanzado", *Diario La Ley*, núm. 9491, 2019, versión *on line*.

Orejudo Prieto de los Mozos, P.: "La vulneración de los derechos de la personalidad en la jurisprudencia del tribunal de justicia", *La Ley Unión Europea*, núm. 4, 2013, versión *on line*.

Orozco Pardo, G.: "Reflexiones acerca de los nuevos retos en el ámbito de la protección de datos en la sociedad digital globalizada", *Diario La Ley Privacidad*, núm. 2, 2019, versión *on line*.

Ortega Giménez, A.:

- "La tutela del afectado ante los tratamientos ilícitos de sus datos personales desde la perspectiva internacional y su proyección en Internet", en *La protección de datos personales en internet ante la innovación tecnológica: riesgos, amenazas y respuestas desde la perspectiva jurídica* (coord. por J. Valero Torrijos), Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2013.

- *El nuevo régimen jurídico de la Unión Europea para las empresas en materia de protección de datos de carácter personal*, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2017.

- "Brexit, relaciones privadas internacionales y protección de datos de carácter personal: ¿y ahora qué?... ¿dejará de ser el Reino Unido un «país seguro»?", *La Ley Unión Europea*, núm. 80, 2020, versión *on line*.

- "Tutela jurisdiccional ante un tratamiento ilícito internacional de datos personales y el nuevo reglamento general de protección de datos de la unión europea", *Revista Acta Judicial*, núm. 6, 2020.

- "Tratamiento ilícito internacional de datos personales, reglamento general de protección de datos y derecho internacional privado: cuestiones de competencia judicial internacional y de determinación de la ley aplicable" en *Era Digital, Sociedad y Derecho* (dir. por O. Fuentes Soriano y coord. por P. Arrabal Platero, Y. Doig Díaz, A. Ortega Giménez e I. Turégano Mansilla), Tirant lo Blanch, Valencia, 2020.

Ortega Giménez, A. y Gonzalo Domenech, J. J.: "Brexit y protección de datos de carácter personal: ¿dejará de ser el Reino Unido un "país seguro"?", *Revista Aranzadi Unión Europea*, núm. 11, 2019, versión *on line*.

Ortiz Vidal, Mª. D.: "La libertad de expresión convertida en discurso de odio: la responsabilidad extracontractual del prestador del servicio de comunicación audiovisual en asuntos transfronterizos", en *Libertad de expresión y prevención de la violencia y discriminación por razón de religión* (coord. por Z. Combalía Solís, Mª.P. Diago Diago y A. González-Varas Ibáñez), Tirant lo Blanch, Valencia, 2020.

Palao Moreno, G.: "Competencia judicial internacional en supuestos de responsabilidad civil en Internet", en *Cuestiones actuales de derecho y tecnologías de la información y la comunicación: (TICs)* (coord. por J. Plaza Penadés), Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2006.

Pérez Martín, L. A.: "Seguridad versus intimidad y ciudadanía; papel del Delegado de proyección de datos y responsabilidad de las instituciones y empresas en el nuevo Reglamento europeo de proyección de datos", en *Repensar la Unión Europea: gobernanza, seguridad, mercado interior y ciudadanía. XXVII Jornadas AEPDIRI* (eds. por N. Cornago Prieto, J.L. De castro y L. Moure Peñín), Tirant lo Blanch, Valencia, 2019.

Piñar Mañas, J. L.:

- "Identidad y persona en la sociedad digital", en *Sociedad Digital y Derecho* (dir. por T. De La Quadra Salcedo y J.L. Piñar Mañas y coord. por M. Barrio Andrés y J. Torregrosa Vázquez), Ministerio de Industria, Comercio y Turismo, Madrid, 2018.

- "La protección de datos: nuevos desafíos", en *España constitucional (1978-2018). Trayectorias y perspectivas* (dir. por B. Pendás García y coord. por E. González Hernández y R. Rubio Núñez), Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2018.

- "Derecho e innovación. Privacidad y otros derechos en la sociedad digital", en *El derecho a la protección de datos personales en la sociedad digital* (coord. por M.E. Casas Bahamonde), Fundación Ramón Areces, Madrid, 2020.

Piroddi, P.:

- "Computación en la nube y derecho aplicable a la protección de datos personales en la Unión Europea", *Anuario español de derecho internacional privado*, núm. 11, 2011.

- "I trasferimenti di dati personali verso paesi terzi dopo la sentenza Schrems e nel nuovo regolamento generale sulla protezione dei dati", *Diritto dell'informazione e dell'informatica*, vol. 31, núm. 4-5, 2015.

Plaza Penadés, J.:

- "Implementando el nuevo Reglamento General europeo de Protección de Datos", *Revista Aranzadi de derecho y nuevas tecnologías*, núm. 43, 2017.

- "El nuevo marco normativo de la protección de datos", *Actualidad civil*, 2018, núm. 5, 2018, versión *on line*.

Poch Port, A.: "Comentario al artículo 67", en *Comentario al Reglamento (UE) nº 1215/2012 relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil Reglamento Bruselas I* (coord. por P. Blanco-Morales Limones, F.F. Garau Sobrino, M. L. Lorenzo Guillén y F.J. Montero Muriel), Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2016.

Rallo Lombarte, A.: "Hacia un nuevo sistema europeo de protección de datos: las claves de la reforma", *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 85, 2012.

Recio Gayo, M.: "Los nuevos y los renovados Derechos en Protección de Datos en el RGPD, así como sus limitaciones", *Actualidad civil*, núm. 5, 2018, versión *on line*.

Requejo Isidro, M.:

- "Procedural Harmonization and Private Enforcement in the area of Personal Data Protection", *MPILux Research Paper Series*, núm. 3, 2019, versión *on line*.

- "La privacidad y el Derecho internacional privado: la propuesta del Instituto de Derecho Internacional (La Haya, 2019)", en *Relaciones transfronterizas, globalización y derecho: Homenaje al Prof. Dr. José Carlos Fernández Rozas* (eds. por S. Álvarez González, R. Arenas García, P.A. de Miguel Asensio, S. Sánchez Lorenzo y G. Stampa Casas), Thomson Reuters-Civitas, Navarra, 2020.

Requejo Pagés, J. L.: "La protección de datos, en la encrucijada entre el derecho de la Unión y la constitución española", en *El derecho a la protección de datos personales en la sociedad digital* (coord. por M.E. Casas Bahamonde), Fundación Ramón Areces, Madrid, 2020.

Rodríguez Roca, A.: "Un nuevo orden para proteger los datos personales", *Revista Acta Judicial*, núm. 3, 2019.

Rodríguez Vázquez, Mª. A.: "La ley aplicable a las obligaciones extracontractuales en el espacio europeo", *Revista Aranzadi de derecho patrimonial*, núm. 25, 2010.

Sánchez Ferro, S.: "La alargada sombra del derecho a la protección de datos personales y otras cuestiones: reflexiones al hilo del caso Schrems", en *Construyendo un estándar europeo de derechos fundamentales. Un recorrido por la jurisprudencia TJUE tras la entrada en vigor de la Carta* (dir. por A.M. Carmona Contreras), Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2018.

Sobrino García, I.: "Protección de datos y privacidad. Estudio comparado del concepto y su desarrollo entre la Unión Europea y Estados Unidos", *RDUNED. Revista de derecho UNED*, núm. 25, 2019.

Solar Calvo, M. P.: "Nueva regulación europea en protección de datos. Urgente necesidad de una normativa nacional", *Unión Europea Aranzadi*, núm. 7, 2018, versión *on line*.

Stanzione, Mª. G.: "Il regolamento europeo sulla privacy: origini e ambito di applicazione", *Europa e diritto privato*, núm. 4, 2016.

Thon, M.: "Transnationaler Datenschutz: Das Internationale Datenprivatrecht der DS-GVO (Transnational Data Protection: The GDPR and Conflict of Laws)", *RabelsZ*, 2020, Issue 1.

Torralba Mendiola, E.C.: "La difamación en la era de las comunicaciones: ¿Nuevas? perspectivas de Derecho Internacional Privado Europeo", *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, núm. 1, 2012.

VELLI, F.: "The Issue of Data Protection in EU Trade Commitments: Cross-border Data Transfers in GATS and Bilateral Free Trade Agreements", *European Papers*, Vol. 4, núm. 3, 2019.

VILAR GONZÁLEZ, S.: "Los conflictos internacionales sobre la protección de los derechos de la personalidad en internet", en *Internet y los derechos de la personalidad* (dir. por L.M. MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO y coord. por P. ESCRIBANO TORTAJADA), Tirant lo Blanch, Valencia, 2019.

VIRGÓS SORIANO, M. y GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F.J.: *Derecho Procesal Civil Internacional. Litigación Internacional*, 2ª ed., Navarra, Thomson Civitas, 2007.

ANULACIÓN DEL PRIVACY SHIELD EN LAS TRANSFERENCIAS INTERNACIONALES DE DATOS: ¿PRESENCIAMOS UN DESPLAZAMIENTO FÁCTICO DE LA RESPONSABILIDAD?

CANCELLATION OF THE PRIVACY SHIELD IN INTERNATIONAL DATA TRANSFERS: ARE WE WITNESSING A FACTUAL SHIFT IN RESPONSIBILITY?

Rev. Boliv. de Derecho Nº 31, enero 2021, ISSN: 2070-8157, pp. 476-503

Juan Francisco
RODRÍGUEZ
AYUSO

ARTÍCULO RECIBIDO: 9 de septiembre de 2020
ARTÍCULO APROBADO: 13 de noviembre de 2020

RESUMEN: El presente estudio ofrece un análisis exhaustivo de las transferencias internacionales de datos personales a terceros países u organizaciones internacionales merced a la nueva normativa en materia de privacidad. Más concretamente, analiza los efectos que, sobre este esquema normativo, trae consigo la anulación del Escudo de privacidad en los movimientos transatlánticos de información entre la Unión Europea y Estados Unidos y cómo ello supone, de facto, una traslación de la responsabilidad hacia el responsable del tratamiento.

PALABRAS CLAVE: Dato personal; transferencias internacionales; RGPD; UE; EE. UU.

ABSTRACT: *This study provides a comprehensive analysis of international transfers of personal data to third countries or international organizations due to new privacy regulation. More specifically, it analyzes the effects on this regulatory scheme of the annulment of the Privacy Shield in the transatlantic information movements between the European Union and the United States and how this implies, in fact, a transfer of responsibility to the controller.*

KEY WORDS: *Privacy; international transfers; GDPR; EU; US.*

SUMARIO.- I. INTRODUCCIÓN.- II. CONCEPTO DE TRANSFERENCIA INTERNACIONAL DE DATOS PERSONALES Y MEDIOS PARA SU REALIZACIÓN LEGÍTIMA.- 1. Transferencias basadas en una decisión de adecuación por parte de la Comisión.- 2. Transferencias efectuadas mediante la prestación de garantías adecuadas.- 3. Transferencias específicas y excepcionales.- III. TRANSFERENCIAS INTERNACIONALES DE DATOS A ESTADOS UNIDOS TRAS LA ANULACIÓN DEL ESCUDO DE PRIVACIDAD: INTERROGANTES Y ALTERNATIVAS.

I. INTRODUCCIÓN.

El Capítulo V 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[1] (en adelante, Reglamento general de protección de datos o RGPD) abarca los arts. 44 y 50 y, en ellos, se disciplinan las conocidas como "Transferencias de datos personales a terceros países u organizaciones internacionales". Mucho más escueta era, al respecto, la Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de octubre de 1995, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos[2] (en adelante, DPDP), que dedicaba a esta cuestión tan sólo los preceptos 25 y 26, es decir, dos artículos frente a los seis de la nueva normativa comunitaria. Únicamente teniendo en cuestión este aspecto, podemos observar que el legislador europeo ha adquirido consciencia de la relevancia que supone la realización de transferencias internacionales de datos personales en un panorama globalizado como el actual, pretendiendo contribuir con una mayor clarificación y detalle normativo a esta cuestión.

A nivel interno español, los preceptos del Reglamento general de protección de datos se verán desarrollados y completados por el Título VI (que comprende los arts. 40 a 43) de la nueva Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales[3] (en adelante, LOPDGDD). De este modo, se produce un desplazamiento de las medidas contenidas en los

1 Diario Oficial de la Unión Europea (en adelante, DOUE) L 119/1, de 4 de mayo de 2016.

2 Diario Oficial de las Comunidades Europeas (en adelante, DOCE) L 281/31, de 23 de noviembre de 1995.

3 Boletín Oficial del Estado (en adelante, BOE) núm. 294, de 6 de diciembre de 2018.

• Juan Francisco Rodríguez Ayuso
Profesor Ayudante Doctor acreditado por ANECA y Coordinador Académico del Máster Universitario en Protección de Datos, Universidad Internacional de La Rioja (UNIR), Av. de la Paz, 137 26006 Logroño, La Rioja, España. ORCID ID: https://orcid.org/0000-0003-4721-1465. E-mail: juanfrancisco.rodriguez@unir.es.

arts. 33 y 34 de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal (en adelante, LOPD) y de aquellas previstas en los arts. 65 a 70 y 137 a 144 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 personal (en adelante, RDLOPD).

Sin embargo, no se contempla en la nueva regulación una definición que nos permita entender qué es una transferencia internacional de datos personales, siguiendo, en este punto, la línea marcada por la DPDP. Tampoco se incluye definición alguna que haga posible conocer qué se entiende por tercer país. Pese a ello, conviene aclarar que, a efectos de la nueva (también de la anterior) normativa en materia de protección de datos personales, no tendrán la consideración de transferencia internacional aquellas transmisiones de datos personales que se produzcan en el interior del territorio comunitario. Es por ello por lo que el art. 4.23) RGPD conceptualiza los tratamientos transfronterizos de la siguiente manera: a) bien como el tratamiento de datos personales realizado en el contexto de las actividades de establecimientos en más de un Estado miembro de un responsable o un encargado del tratamiento en la Unión, si el responsable o el encargado está establecido en más de un Estado miembro; b) bien como el tratamiento de datos personales realizado en el contexto de las actividades de un único establecimiento de un responsable o un encargado del tratamiento en la Unión, pero que afecta sustancialmente o es probable que afecte sustancialmente a interesados en más de un Estado miembro. En otras palabras, los tratamientos transfronterizos no serán, en sentido estricto, transferencias internacionales, ya que tienen lugar en el interior de la Unión Europea, cuyo territorio proporciona el mismo nivel de protección en materia de protección de datos. De este modo, las transferencias internacionales comportan un tratamiento de datos personales en el que confluyen, como mínimo, un Estado comunitario y un tercer país u organización internacional situado fuera de la Unión Europea.

A la vista de lo anterior, la nueva regulación, nacional y comunitaria, sobre protección de datos personales pone de manifiesto, de un lado, la clara convicción de que la realización de transferencias de datos personales a terceros países u organizaciones internacionales constituyen una realidad fundamental en la actualidad, y, de otro, la evidencia (a la que procura dar respuesta) de los riesgos que tales transferencias internacionales pueden conllevar para los derechos y libertades de las personas físicas titulares de los datos personales. Merced a ello, se configura un escenario que, siguiendo la herencia marcada por la normativa ya derogada, introduce novedades relevantes que veremos a largo de los siguientes apartados.

II. CONCEPTO DE TRANSFERENCIA INTERNACIONAL DE DATOS PERSONALES Y MEDIOS PARA SU REALIZACIÓN LEGÍTIMA.

Como ya hemos anticipado en líneas anteriores, ni la regulación precedente ni la actual proporcionan una definición que permita comprender qué constituye una transferencia internacional de datos personales. Pese a ello, y siendo conscientes de la dificultad que entraña reducir a un concepto la figura, especialmente en un mundo globalizado como en el que vivimos actualmente, parece imprescindible establecer los elementos cuya concurrencia nos permitan afirmar que estamos en presencia de la misma:

En primer lugar, parece evidente, hemos de estar ante un tratamiento de datos personales, es decir, ante un tratamiento de cualquier tipo de información que afecte a una persona física identificada o identificable [art. 4.1) RGPD], que no es sino el interesado, siempre y cuando dicho tratamiento y dicho sujeto se encuentren sometidos al ámbito de aplicación establecido en los arts. 2 y 3 RGPD y 2 LOPDGDD[4].

En segundo lugar, en tratamiento de estos datos personales habrá de ser considerado, además, como transferencia internacional. Pese a lo que pueda parecer, con esta afirmación no se incurre en afirmaciones absurdas o en reiteraciones innecesarias, ya que, como ha quedado puesto de manifiesto, la nueva normativa en materia de protección de datos no proporciona definición alguna de transferencia internacional de datos personales[5].

Así las cosas, ¿podríamos entender que el concepto de transferencia internacional de datos personales abarcaría también aquellos supuestos en los que el tratamiento de los mismos persiga, de un modo claro, su puesta a disposición de terceros? En este sentido, la letra g) del art. 49.1 RGPD permite aportar claridad al respecto, ya que entiende adecuada a Derecho aquella transferencia de datos que tenga lugar desde un registro público que, al amparo del ordenamiento jurídico interno de los Estados miembros o de conformidad con el Derecho comunitario, persiga proporcionar información al público y esté abierta a la consulta del público en general o, más específicamente, de cualquier sujeto que pueda llegar a acreditar un interés legítimo, si bien únicamente en la medida en que, en cada supuesto específico, se satisfagan las condiciones que impone el Derecho comunitario o el Derecho interno de los países comunitarios.

4 European Data Protection Board: "The transfer of personal data to third countries and international organisations by EU institution and bodies", *Position paper*, 2014, pp. 5-6.

5 López Calvo, J.: "Transferencia de Datos Personales a terceros países y organizaciones internacionales (Arts. 44-50 RGPD. Arts. 40-43 y Disposición adicional quinta y decimotercera LOPDGDD)", en AA.VV.: *La adaptación al nuevo marco de protección de datos tras el RGPD y la LOPDGDD* (coord. por J. López Calvo), Wolters Kluwer, Madrid, 2019, pp. 572-573.

A continuación, se describen cada una de las vías que, llegado el caso, podrían permitir la realización de transferencias de datos personales a terceros países u organizaciones internacionales. Tales alternativas se encuentran recogidas en los arts. 45 a 49 RGPD y 41 a 43 LOPDGDD.

1. Transferencias basadas en una decisión de adecuación por parte de la Comisión.

La regulación en materia de protección de datos personales pivota en torno a un modelo amparado en la existencia de decisiones de adecuación como elemento primario para la realización satisfactoria y jurídicamente adecuada de transferencias internacionales de datos personales.

En cuanto a la competencia para poder adoptar esta decisión de adecuación, la regulación precedente establecía los cimientos que permitieron que no sólo fuera la Comisión, sino también cada uno de los Estados miembros, quienes tuvieran la facultad de disponer si un determinado país, situado fuera de las fronteras comunitarias, ofrecía un nivel adecuado de protección de los datos personales de los interesados[6]. Empero, la nueva normativa encomendará esta decisión de adecuación únicamente a la Comisión, excluyendo a los Estados miembros; de acuerdo con el apartado primero del art. 45 y con el considerando 103, ambos del Reglamento general de protección de datos, la razón que justifica esta asignación única y exclusiva a la Comisión parece justificarse por la necesidad de aportar, a nivel de toda la Unión Europea, seguridad y uniformidad jurídica en lo que atañe a ese país tercero u organización internacional que deba ofrecer, llegado el caso, el nivel adecuado de protección.

Además, se ha ampliado de manera expresa el ámbito subjetivo de quienes pueden ser objeto de esta decisión de adecuación. En este sentido, podrán serlo los terceros países o un territorio concreto o uno o varios sectores de manera específica dentro de ese tercer país, así como una organización internacional (art. 45.1 RGPD). Pese a ello, la nueva normativa no establece definición alguna de territorio o sector específico, de manera tal que esta concreción en cuanto al alcance de sendos términos habrá de ser desarrollada en las decisiones de adecuación que, en su caso, sean adoptadas.

En cuanto al procedimiento, el Reglamento general de protección de datos asigna a la Comisión la competencia necesaria para poder llevar a cabo la adopción de un acto de ejecución en virtud del cual se establezca la conformidad. Este acto será adoptado de acuerdo con el procedimiento de examen a que alude el art.

6 Recio Gayo, M.: "Nivel adecuado para transferencias internacionales de datos", *Derecho PUCP: Revista de la Facultad de Derecho*, núm. 83, 2019, p. 213.

93.2 RGPD, precepto este que, a su vez, hace referencia al artículo quinto del Reglamento (UE) nº 182/2011 del Parlamento Europeo y del Consejo de 16 de febrero de 2011 por el que se establecen las normas y los principios generales relativos a las modalidades de control por parte de los Estados miembros del ejercicio de las competencias de ejecución por la Comisión[7].

Ahora bien, además de la Comisión, el Comité Europeo de Protección de Datos (en adelante, CEPD o, en inglés, *European Data Protection Board* -EDPB-) asumirá, como en su momento hiciera el Grupo de Trabajo del Artículo 29, un papel esencial en este proceso. Tanto es así que la letra s) del art. 70.1 del Reglamento general de protección de datos establece que el CEPD habrá de facilitar a la Comisión un dictamen para que esta pueda realizar la evaluación de la adecuación en relación con el nivel de protección que ha de presentar el tercer país u organización internacional, en especial con la finalidad de poder realizar la evaluación de si este tercer país, un territorio o uno o varios sectores específicos del mismo, así como una organización internacional, llegado el momento, ya no pueden garantizar este nivel satisfactorio de protección. En este sentido, la Comisión deberá proporcionar al citado Comité toda la información y documentación que resulte preceptiva, donde se incluya la correspondencia mantenida con el gobierno del tercer país, que se refiera al territorio afectado.

Desde un punto de vista práctico, estos dictámenes han sido decisivos en el desarrollo de procedimientos para reconocer el nivel de adecuación, ya que son imprescindibles dada la perspectiva estrictamente jurídica y técnica que asume el CEPD, garantizando, así, un estudio imparcial de cada supuesto[8]. Este dictamen, conviene advertir, será preceptivo, si bien no vinculará a la Comisión para que esta adopte las decisiones que estime oportunas.

Nada se detalla en el Reglamento general de protección de datos en cuanto a la manera en que el proceso ha de ser iniciado. Cabría la posibilidad de que el inicio fuera llevado a cabo por la Comisión de oficio o, incluso, a iniciativa del EDPB. De igual modo, podría surgir como resultado de un acuerdo internacional anterior celebrado por la Comisión. No obstante, lo más normal es que sean los países, sus territorios o las organizaciones internacionales que tengan interés en el resultado de la decisión de adecuación, los que tomen la iniciativa de presentar su solicitud ante la Unión Europea, originando el análisis de los aspectos a que alude el art. 45.2 RGPD.

7 DOUE L 55/13, de 28 de febrero de 2011.

8 Cervera Navas, L.: "El Comité Europeo de Protección de Datos", 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. A. Rallo Lombarte), Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, p. 667.

Este análisis abarca los distintos aspectos a que alude dicho precepto. En este sentido, el considerando 104 RGPD establece el marco general en que se ha de sustentar este análisis, como son los valores fundamentales en que se fundamenta la Unión Europea, especialmente la protección de los derechos humanos[9]. En este contexto, la Comisión habrá de valorar obligatoriamente determinados elementos que han de perseguir esta protección eficaz, no únicamente formal, de la protección de los datos personales del interesado. Conviene poner de manifiesto, no obstante, que algunos de estos aspectos son de difícil evaluación en relación con las organizaciones internacionales; tanto es así que, si advertimos, en el considerando 104 RGPD no se hace alusión alguna a las mismas.

Así las cosas, los aspectos que se deberán considerar al respecto pueden ser agrupados en tres categorías:

a) El marco jurídico general, en sentido amplio [letra a) del art. 45.2 RGPD]. Se tendrá en cuenta, aquí, que se trate de un Estado de Derecho, que respete los derechos y libertades, que cuente con una legislación adecuada, con jurisprudencia, con el reconocimiento de derechos, entre otras cuestiones. Además, se incorpora una alusión específica al acceso de las autoridades públicas a los datos personales y a la obligación de proteger las transferencias internacionales de datos que se realicen posteriormente.

Ello nos recuerda, en parte, a la enumeración establecida por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante, TJUE) en la sentencia de 6 de octubre del año 2015, asunto C-362/14, en virtud de la cual se declaraba la invalidez de la Decisión 2000/520/CE de 26 de julio de 2000 con arreglo a la Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre la adecuación de la protecciooón conferida por los principios de puerto seguro para la protección de la vida privada y las correspondientes preguntas más frecuentes, publicadas por el Departamento de Comercio de Estados Unidos de América[10], de gran relevancia en la conformación que, en la actualidad, presenta el modelo de adecuación.

b) Que existan y funcionen de manera eficaz una o varias autoridades de control en el tercer país, territorio u organización internacional de que se trate [letra b) del art. 45.2 RGPD]. Estas autoridades de control tendrán la obligación de cooperar con las autoridades de la Unión Europea y de los Estados miembros. En este sentido, el considerando 104 RGPD establece la obligación de que el control

9 Cordero Álvarez, C. I.: "La transferencia internacional de datos con terceros Estados en el nuevo Reglamento europeo: especial referencia al caso estadounidense y la Cloud Act", *Revista española de Derecho europeo*, núm. 70, 2019, pp. 58-62; Eduardo Ustaran, P. G.: "Transferencias internacionales de datos", 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 A. Rallo Lombarte), Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 473-475.

10 DOCE L 215/7, de 25 de agosto de 2000.

ejercido por estas autoridades se produzca de manera eficaz e independiente, destacando la importancia que la nueva normativa en materia de protección de datos personales atribuye a este aspecto, como bien se ha puesto de relieve de forma reiterada en distintas decisiones de adecuación aprobadas y en los dictámenes del Grupo de Trabajo del Artículo 29[11]. Ello está alineado, de manera clara, con lo dispuesto en el art. 8.3 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea[12], que establece la obligación de que exista una autoridad de control independiente que pueda garantizar de manera eficaz el derecho fundamental a la protección de datos, haciendo que el principio de control independiente se erija como uno de los más importantes en la configuración de este derecho fundamental.

c) Concurrencia de compromisos que, a nivel internacional, sean asumidos por el tercer país, territorio u organización internacional, especialmente en materia de protección de datos personales [letra c) del art. 45.2 RGPD]. Especial importancia adquiere, entre estos compromisos internacionales, la adhesión al Convenio del Consejo de Europa, de 28 de enero de 1981[13], como bien pone de manifiesto el considerando 105 RGPD.

Una vez remitido el dictamen por parte del CEPD y del Parlamento Europeo, la Comisión procederá a la adopción de una decisión de adecuación, de conformidad con lo dispuesto por el art. 45.3 RGPD. Este acto de ejecución deberá establecer un mecanismo de revisión regular, como mínimo cada cuatro años, que considere todos aquellos acontecimientos importantes sucedidos a lo largo de ese intervalo de tiempo en el territorio de que se trate, especificando su ámbito de aplicación territorial y sectorial y determinando, en su caso, la autoridad de control o autoridades de control a que alude la letra b) del art. 45.2 RGPD. Por su parte, el art. 97 del Reglamento general de protección de datos establece que, a más tardar el 25 de mayo del año 2020 y, con posterioridad, cada cuatro años, la Comisión deberá presentar al Parlamento Europeo y al Consejo un informe relativo a la evaluación y revisión del RGPD, incluyendo un examen de esta aplicación y del funcionamiento del capítulo V, en especial en relación con las decisiones de adecuación llevadas a cabo en virtud del art. 45.3 RGPD.

Por último, el apartado octavo del art. 45 RGPD establece la obligación de la Comisión de publicar, en el DOUE y en su página web, una enumeración de aquellos terceros países, territorios o sectores específicos en relación con los cuales se haya adoptado una decisión de adecuación, afirmando que los mismos ofrecen, o ya no, el nivel de protección adecuado requerido.

11 Entre otras, Guidelines on Article 49 of Regulation 2016/679, de 06 de febrero de 2018.

12 DOCE C 364/1, de 18 de diciembre de 2000.

13 En nuestro país, BOE núm. 274, de 15 de noviembre de 1985.

Una vez obtenida la decisión de ejecución, uno de los aspectos más relevantes radica en que la transferencia internacional de datos personales que se realice no conllevará la necesidad de obtener ninguna autorización específica, tal y como establece el art. 45.1 RGPD. En este sentido, las transferencias internacionales de datos personales se asemejan a los tratamientos transfronterizos, cuya definición se contiene en el art. 4.23) RGPD.

Por lo demás, a pesar de que la finalidad de la decisión de adecuación adoptada por la Comisión es aportar seguridad y uniformidad jurídicas en todo el territorio de la Unión Europea, la realidad es que las autoridades de control de los Estados miembros cuentan con la habilitación necesaria para poder realizar tareas de investigación en orden a determinar si una transferencia realizada con base en una decisión de adecuación es, o no, conforme con la normativa en materia de protección de datos. La razón se encuentra en la sentencia del TJUE de 6 de octubre de 2015, en virtud de la cual se establece la invalidez de la decisión sobre puerto seguro. Esta capacidad investigadora no abarcará, sin embargo, la facultad de no aplicar una decisión de adecuación que resulte puesta en entredicho.

Por otro lado, la decisión de adecuación exige a la Comisión la supervisión constante de aquellas circunstancias que puedan condicionar una aplicación eficaz de dicha decisión (art. 45.4 RGPD)[14]. Esta norma únicamente alude a los países terceros y a las organizaciones internacionales, si bien parece obvio que este análisis habrá de abarcar también aquellas áreas concretas en relación con las cuales se haya reconocido la adecuación en cuestión[15].

14 Recuero Linares, M.: "Transferencias internacionales de datos genéticos y datos de salud con fines de investigación", *Revista de Derecho y genoma humano: genética, biotecnología y medicina avanzada = Law and the human genome review: genetics, biotechnology and advanced medicine*, núm. Extra 1, 2019, pp. 424-427.

15 Para concluir, resulta importante aludir a un hecho, cual es que, tras la sentencia del TJUE de 6 de octubre del año 2015, la Comisión ha procedido a aprobar la Decisión de Ejecución (UE) 2016/2295 de la Comisión de 16 de diciembre de 2016 en virtud de la cual se produce la modificación de las Decisiones 2000/518/CE, 2002/2/CE, 2003/490/CE, 2003/821/CE, 2004/411/CE, 2008/393/C, 2010/146/UE, 2010/625/UE, 2011/61/UE y las Decisiones de Ejecución 2012/484/UE y 2013/65/UE, relativas a la protección adecuada de los datos personales por determinados países, en aplicación del art. 25, apartado 6, de la Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo (DOUE L 344/83, de 17 de diciembre de 2016), sobre la protección adecuada de los datos personales por parte de determinados países, en aplicación del apartado sexto del art. 25 DPDP. Esta Decisión establece, con carácter fundamental, dos aspectos relacionados con las decisiones de adecuación que han sido objeto de aprobación: a) de una parte, han de precisar con claridad que, teniendo en cuenta que las mismas establecen un límite de las facultades que corresponden a las autoridades nacionales de supervisión equiparable a la establecida en la decisión de Puerto Seguro, anulada posteriormente por el Tribunal, ha de procederse a una modificación dirigida a eliminar estas limitaciones; b) de otra, como consecuencia de la precitada sentencia del TJUE, la Comisión habrá de realizar un seguimiento constante, tanto legislativamente como en la práctica, de aquellas modificaciones que pudieran influir en el correcto funcionamiento de las decisiones de adecuación, en especial de la evolución de aquellas normas que disciplinan el acceso a los datos personales por parte de las autoridades públicas.

2. Transferencias efectuadas mediante la prestación de garantías adecuadas.

La normativa precedente pivotaba sobre la base de la existencia de una decisión de adecuación como presupuesto legal jurídicamente habilitante para poder realizar transferencias internacionales de datos personales. La regulación actual sobre protección de datos refuerza estas transferencias internacionales por medio de la introducción de una nueva vía que, en defecto de la decisión de adecuación antes aludida, permitiría a responsables y encargados del tratamiento transferir datos personales a terceros países u organizaciones internacionales por medio de la prestación de garantías adecuadas que, en esa normativa anterior, tan sólo eran consideradas como una excepción a la regla general, dentro del apartado segundo del art. 26 DPDP.

Así las cosas, y de acuerdo con el art. 46.1 RGPD, a falta de una decisión de adecuación por parte de la Comisión, el responsable o el encargado del tratamiento únicamente podrán realizar transferencias internacionales de datos personales en el supuesto de que hayan ofrecido determinadas garantías que resulten suficientes y siempre que las personas físicas titulares de los datos personales cuenten con derechos exigibles y acciones legales efectivas[16]. En este sentido, la existencia de garantías adecuadas se erige en el único presupuesto general que, juntamente con la existencia de decisiones de adecuación, ampara la realización de transferencias de datos personales a terceros países u organizaciones internacionales, de modo que el resto de los supuestos constituirían ya excepciones a ambas reglas generales. Además, con independencia de qué garantías sean prestadas, se exige que estas sean eficaces y efectivas para los interesados, ya que estos han de verse respaldados, en todo momento, repetimos, por derechos exigibles y acciones legales efectivas.

Por lo demás, el art. 15.2, al igual que los art. 13.1.f) y 14.1.f), todos ellos del RGPD, al regular el derecho de acceso y el derecho de información con que cuenta el interesado, respectivamente, establecen la necesidad de que, en el supuesto de que se realicen transferencias internacionales de datos personales, el interesado que ejercite este derecho o que tenga derecho a ser informado, respectivamente, tendrá que ser informado de todas aquellas garantías que resulten adecuadas, al amparo del precitado art. 46 del Reglamento general de protección de datos.

En definitiva, las garantías adecuadas permiten hacer lícita la realización de transferencias internacionales cuando no exista una decisión de adecuación por parte de la Comisión (incluidas las aprobadas con base en la DPDP) o en aquellos

16 Álvarez Rigaudias, C.: "Condiciones para las transferencias internacionales de datos personales en servicios de cloud", en AA. VV. *Derecho y cloud computing* (dir. por R. Martínez Martínez), Aranzadi, Cizur Menor, 2017, pp. 130-133.

supuestos en que no concurra ninguna de las excepciones previstas en el art. 49 RGPD.

La nueva normativa comunitaria distingue dos grupos claramente diferenciados de garantías que pudieran resultar adecuadas: a) aquellas que no exigen de autorización y b) aquellas que sí la requieren. En concreto, el art. 46.2 RGPD establece que las garantías adecuadas podrán ser susceptibles de aportación, sin necesidad de requerir autorización específica alguna por parte de la autoridad de control, a través de alguno de los siguientes medios:

a) Instrumentos que sean jurídicamente vinculantes y que puedan exigirse entre autoridades u organismos de naturaleza pública. En este sentido, las transferencias internacionales de datos entre autoridades u organismos públicos pueden ser lícitas sin la autorización de la autoridad de control sobre la base de la existencia de disposiciones que se incorporen a acuerdos de carácter administrativo, tales como un memorando de entendimiento, y que establezcan el reconocimiento de derechos exigibles y eficaces a las personas físicas titulares de los datos personales. Si estas garantías adecuadas se incorporan en acuerdos de carácter administrativo que no son jurídicamente vinculantes, se habrá de obtener una autorización por parte de la autoridad de control competente (considerando 108 RGPD), que aplicará el mecanismo de coherencia al amparo de lo dispuesto por el art. 46.4 RGPD (art. 46.3 RGPD).

b) Normas corporativas vinculantes, que, por su relevancia, desarrollaremos de manera detallada más adelante.

c) Cláusulas tipo en materia de protección de datos personales que sean adoptadas por la Comisión. Las cláusulas tipo pretenden tener una importancia ciertamente relevante con la nueva normativa en materia de protección de datos, equiparable a la que han tenido en el pasado. Estas cláusulas podrán ser adoptadas por parte de la Comisión o, como veremos en el siguiente supuesto, por una autoridad de control, o incorporadas por las partes y, con carácter posterior, autorizadas por una autoridad de control (aplicando, en este último supuesto, el mecanismo de coherencia del art. 46.4 RGPD).

Estas garantías apropiadas habrán de garantizar el cumplimiento y la satisfacción de las exigencias en materia de protección de datos personales y de los derechos que corresponden a los interesados, lo que supone la inclusión del derecho a obtener una reparación de carácter administrativo o judicial eficaz y a ejercer la reclamación de una indemnización, dentro de la Unión Europea o en

un país tercero[17]. En especial, habrán de aludir a la satisfacción de los principios generales relativos al tratamiento de los datos personales y a aquellos principios de protección de los datos desde el diseño y por defecto, recogidos en los arts. 5 y 25 RGPD, respectivamente (considerando 108 RGPD).

d) Cláusulas tipo en materia de protección de datos adoptadas, en este caso, por parte de una autoridad de control, siendo aprobadas por la Comisión con arreglo al procedimiento de examen a que se refiere el art. 93.2 RGPD.

e) Códigos de conducta, juntamente con compromisos de carácter vinculante y exigible por el responsable o por el encargado del tratamiento, en el tercer país, de aplicar garantías adecuadas, incluyendo aquí aquellas que se refieren a los derechos que corresponden a los interesados.

f) Mecanismos de certificación, además de compromisos vinculantes y exigibles, del mismo modo que los códigos de conducta establecidos en la letra anterior.

Por otro lado, el art. 46.3 RGPD establece que, siempre que se cuente con la autorización emitida por la autoridad de control competente, las garantías adecuadas también podrán ser aportadas, en su caso, por medio de:

a) Cláusulas contractuales celebradas entre el responsable o el encargado del tratamiento y el responsable del tratamiento, el encargado del tratamiento o el destinatario de los datos personales establecidos en un tercer país u organización internacional.

b) Disposiciones que sean incorporadas en acuerdos de carácter administrativo, suscritas entre las autoridades u organismos de naturaleza pública que reconozcan derechos efectivos y exigibles para las personas físicas titulares de los datos.

Un aspecto fundamental dentro de estas garantías viene constituido, como anticipábamos, por las normas corporativas vinculantes (también conocidas, en inglés, como *Binding Corporate Rules* -BCR-), que constituyen una de las más relevantes novedades aportadas por la regulación actual sobre protección de datos y que quedan recogidas dentro del art. 47 RGPD.

En este sentido, el art. 4.20) RGPD entiende por normas corporativas vinculantes aquellas políticas de protección de datos personales asumidas por un responsable o encargado del tratamiento establecido en el territorio de un Estado miembro para transferencias o conjunto de transferencias de datos

17 Sánchez Domingo, M. B.: "La transferencia de datos personales a terceros países y organizaciones internacionales según la Directiva (UE) 2016/680 del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de abril de 2016", en AA.VV.: *Los avances del espacio de Libertad, Seguridad y Justicia de la UE en 2017: II Anuario ReDPE* (coord. por M. Á. Gutiérrez Zarza), Wolters Kluwer, Madrid, 2018, p. 171.

personales a un responsable o encargado del tratamiento en uno o más países terceros, dentro de un grupo empresarial o una unión de empresas dedicadas a una actividad económica conjunta. La definición proporcionada por el art. 4 RGPD y la configuración de su regulación son el resultado de un proceso evolutivo a que se han visto expuestas estas normas corporativas vinculantes desde hace, aproximadamente, quince años, momento en el que comenzó a abordarse esta cuestión, especialmente por parte del Grupo de Trabajo del Artículo 29, cuya gran labor ha sido puesta de manifiesto en una serie de documentos de gran interés para un examen pormenorizado de esta cuestión[18]. Así las cosas, la normativa actual sobre protección de datos recoge el resultado de un intento por regular de forma eficaz aquellas transferencias internacionales realizadas en el contexto de grandes multinacionales o de grupos de empresas [entendido este, de acuerdo con el art. 4.19) RGPD, como aquel grupo constituido por una empresa que ejerce el control y sus empresas controladas], facilitando su articulación, siempre con la garantía del respeto del derecho fundamental a la protección de datos personales[19].

En este sentido, conviene recordar la regulación proporcionada por el derogado RDLOPD, que ya incorporó una primera alusión específica a las normas corporativas vinculantes dentro de su art. 70.4. En cualquier caso, resulta evidente que estas normas corporativas vinculantes constituyen, en la actualidad, una herramienta cada vez más empleada, aspecto este que está llamado a consolidarse en el futuro.

Dada la configuración de las normas corporativas vinculantes como fuente de obligaciones para los responsables y encargados del tratamiento, se analiza su carácter vinculante en cuanto declaración unilateral de voluntad[20]. En este sentido, las posibles dudas que pudieran suscitarse, teniendo en cuenta el sistema configurado por el Código Civil[21], han de considerarse eliminadas en la actualidad, por cuanto que las normas corporativas vinculantes encuentran regulación específica en una norma jurídica de aplicación directa en los Estados miembros, como es el Reglamento general de protección de datos; ello pone de manifiesto, una vez más, el alcance que presenta la normativa actual en materia de protección de datos personales en nuestro ordenamiento jurídico.

18 En especial, Article 29 Data Protection Working Party: *Working Document setting up a table with the elements and principles to be found in Binding Corporate Rules*, de 28 de noviembre de 2017.

19 Guash Portas, V.: "La computación en nube y las transferencias internacionales de datos en el nuevo reglamento de la UE", *RDUNED. Revista de derecho UNED*, núm. 20, 2017, pp. 340-342.

20 Ortega Giménez, A.: "El impacto del Reglamento General de Protección de Datos de la Unión Europea y de la LOPDGDD en el régimen jurídico de las transferencias internacionales de datos de carácter personal", en AA.VV.: *El Reglamento General de Protección de Datos: un enfoque nacional y comparado. Especial referencia a la LO 3/2018 de Protección de Datos y garantía de los derechos digitales* (dir. por R. García Mahamut y B. Tomás Mallén), Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, p. 401; Piñar Mañas, J. L.: "Transferencias de datos personales a terceros países u organizaciones internacionales", en AA.VV.: *Reglamento general de protección de datos: hacia un nuevo modelo europeo de privacidad* (dir. por J. L. Piñar Mañas), Reus, Madrid, 2016, pp. 446-448.

21 Gaceta de Madrid núm. 206, de 25 de julio de 1889.

No obstante, teniendo en cuenta la controversia que estas normas corporativas vinculantes pueden suponer en los sistemas jurídicos continentales, la nueva normativa sobre la materia establece una regulación pormenorizada con la finalidad principal de proteger el carácter vinculante y garantista de los BCR. En esta línea, el art. 47.1 RGPD parte de los requisitos que habrán de reunir estas normas corporativas vinculantes; así, dispone, la autoridad de control competente deberá aprobar estas normas de acuerdo con el mecanismo de coherencia regulado en el art. 63 RGPD, siempre que las mismas:

1) Sean jurídicamente vinculantes y cumplidas por parte de todos los que integran el grupo empresarial o la unión de empresas que se dedican a una actividad económica conjunta, incluyendo también a sus empleados.

2) Confieran a los interesados, de modo expreso, derechos exigibles en relación con el tratamiento que se realice de sus datos personales.

3) Satisfagan las exigencias comprendidas en el art. 47.2 RGPD.

Este apartado segundo del art. 47 RGPD establece el contenido mínimo que habrán de incluir los *Binding Corporate Rule*s. Es este un apartado extenso que viene a integrar aquello que el Grupo de Trabajo del Artículo 29 venía reivindicando desde el año 2003. Como en otros casos, se advierte la intención del legislador comunitario de poner de manifiesto que las normas corporativas vinculantes son, en esencia, herramientas que permiten proteger el derecho fundamental a la protección de datos personales en un contexto complejo, como es el propio en el que estas han de ser aplicadas, con multitud de transferencias de datos personales a terceros países y/u organizaciones internacionales de naturaleza muy heterogénea y de distintos territorios. Así las cosas, el art. 47.2 RGPD incluye el contenido mínimo que habrá de ser especificado en las normas corporativas vinculantes que resulten afectadas:

a) La descripción de la estructura presentada por el grupo empresarial o unión de empresas que se dediquen a una actividad económica conjunta, así como los datos de contacto de cada uno de sus integrantes.

b) Las transferencias o conjuntos de transferencias de datos, incluidas las categorías de datos personales, el tipo de tratamientos y sus finalidades, el tipo de interesados que resulten afectados por dicho tratamiento y el nombre del tercer país o de los terceros países de que se trate.

c) El carácter jurídicamente vinculante de las normas corporativas vinculantes, tanto a nivel interno como externo.

d) El cumplimiento de los principios rectores del tratamiento de los datos personales, tales como el principio de limitación de la finalidad, el de minimización de datos, el de limitación de los plazos de conservación, el de calidad de los datos, el de protección de datos desde el diseño y por defecto, la base jurídica del tratamiento, el tratamiento de categorías especiales de datos personales, las medidas encaminadas a garantizar la seguridad de los datos personales y las exigencias en relación con la realización de transferencias internacionales de datos realizadas con posterioridad a organismos no vinculados por los BCR.

e) Los derechos que corresponden a los interesados en relación con el tratamiento realizado por responsables o encargados del tratamiento y los medios de que disponen para poder ejercerlos, en especial el derecho a no ser objeto de decisiones basadas exclusivamente en un tratamiento automatizado, incluida la elaboración de perfiles, de acuerdo con lo establecido por el art. 22 RGPD, el derecho a presentar una reclamación ante la autoridad de control competente y ante los Tribunales competentes de los Estados miembros de acuerdo con el art. 79 RGPD y el derecho a obtener una reparación y, cuando proceda, una indemnización derivada de una violación de las normas corporativas vinculantes.

f) La aceptación, por parte del responsable o del encargado del tratamiento establecidos en el territorio de un Estado miembro, de la responsabilidad en el caso de cualquier violación de las normas corporativas vinculantes por parte de cualquier miembro de que se trate no establecido en la Unión Europea. En este caso, el responsable o el encargado del tratamiento únicamente se verán exonerados de dicha responsabilidad, de un modo total o parcial, si demuestran que el acto que motivó los daños y perjuicios no resulta imputable a ese miembro.

g) El modo en que se proporciona a los interesados una adecuada información en relación con las normas corporativas vinculantes, en especial en lo relativo a las disposiciones contempladas en las letras d), e) y f) del presente art. 47.2 RGPD, amén de los preceptos 13 y 14 de la misma norma.

h) Las funciones a desempeñar por el delegado de protección de datos que sea nombrado de acuerdo con el art. 37 RGPD (y, en nuestro país, además, de conformidad con el art. 34 LOPDGDD) o de cualquier otra persona o entidad encargada de la supervisión del cumplimiento de las normas corporativas vinculantes dentro del grupo empresarial o de la unión de empresas dedicadas a una actividad económica conjunta, así como de la supervisión de la formación y de la tramitación de las reclamaciones.

i) Los procedimientos elaborados para el ejercicio de reclamaciones.

j) Los mecanismos establecidos dentro del grupo empresarial o de la unión de empresas dedicadas a una actividad económica conjunta para garantizar la verificación del cumplimiento de las normas corporativas vinculantes. Dichos mecanismos deberán incluir la realización de auditorías de protección de datos y métodos para garantizar acciones correctivas con el fin de proteger los derechos de los interesados. Los resultados de esta verificación habrían de ser comunicados a la persona o entidad a que se refiere la letra h) anterior y al Consejo de Administración de la empresa que controla un grupo empresarial, o de la unión de empresas dedicadas a una actividad económica conjunta, y ponerse a disposición de la autoridad de control competente que lo solicite.

k) Los mecanismos establecidos para poder realizar la comunicación y registro de las modificaciones introducidas en las normas, así como para la notificación de cada una de esas modificaciones a la autoridad de control.

l) El mecanismo de cooperación con la autoridad de control, con el fin de garantizar el cumplimiento por parte de cualquier miembro del grupo empresarial o de la unión de empresas dedicadas a una actividad económica conjunta, en especial poniendo a disposición de la autoridad de control los resultados de las verificaciones de las medidas contempladas en la letra j) anteriormente descrita.

m) Los mecanismos para poder informar a la autoridad de control competente de cualquier requisito jurídico de aplicación en un tercer país o a un miembro del grupo empresarial o de la unión de empresas, que, con probabilidad, tengan un efecto adverso en relación con las garantías que se hayan establecido en las normas corporativas vinculantes.

n) La formación en materia de protección de datos personales necesaria para el personal que tenga acceso permanente o habitual a los datos personales.

3. Transferencias específicas y excepcionales.

Por último, el art. 49 RGPD regula aquellas excepciones que, plasmadas en situaciones específicas, permiten la realización de transferencias de datos personales a terceros países u organizaciones internacionales[22]. Estas excepciones han sido objeto de interpretación por parte del Grupo de Trabajo del Artículo 29 en dos documentos relevantes: en primer lugar, el documento de trabajo sobre "Transferencias de datos personales a terceros países: aplicación de los arts. 25 y 26 de la directiva sobre protección de datos en la UE" (WP 12), objeto de adopción con fecha de 24 de julio de 1998; en segundo lugar, el "Documento de trabajo relativo a una interpretación común del artículo 26, apartado uno, de

22 Para un mayor entendimiento de esta última vía contemplada por el RGPD, *vid.* Directrices 2/2018 del CEPD sobre las excepciones a lo dispuesto en el art. 49 del Reglamento (UE) 2016/679.

la Directiva 95/46/CE de 24 de octubre de 1995" (WP 114), adoptado el 25 de noviembre de 2005.

Estas excepciones hacen posible la realización de transferencias internacionales de datos personales sin la necesidad de obtener autorización alguna por parte de la autoridad de control. No obstante, el responsable o el encargado del tratamiento habrán de configurar determinadas soluciones que hagan posible a los interesados el ejercicio de derechos exigibles y efectivos en relación con el tratamiento de sus datos personales dentro del territorio comunitario y una vez tenga lugar la transferencia, de tal modo que, como bien establece el considerando 114 RGPD, puedan seguir contando en todo momento con derechos fundamentales y garantías efectivas.

En este sentido, y atendiendo al art. 49.1.1º RGPD, podemos subrayar las siguientes modificaciones que, en este contexto, se han producido respecto de la normativa inmediatamente precedente:

a) Por lo que respecta al consentimiento del interesado, se exige que este sea específico y no sólo inequívoco. También que el interesado sea debidamente informado de todos aquellos riesgos que, con probabilidad, puedan afectarle en el caso de realización de estas transferencias internacionales de sus datos personales en ausencia de una decisión de adecuación y de garantías adecuadas, establecidas en los arts. 45 y 46 RGPD, respectivamente [letra a) del art. 49.1 RGPD].

b) En aquellos casos en que la realización de la transferencia internacional de datos personales venga impuesta por razones importantes de interés público, este interés habrá de ser reconocido por la normativa comunitaria o por el Derecho interno de los Estados miembros que resulte de aplicación al responsable del tratamiento (art. 49.4 RGPD).

c) A la excepción consistente en la existencia de un interés vital del interesado, se incluye aquella otra excepción basada en la existencia de un interés vital en relación con otras personas, si bien se establece la necesidad de que el interesado esté física o jurídicamente incapacitado para prestar su consentimiento[23] [letra f) del art. 49.1 RGPD].

d) En el caso de que la realización de la transferencia internacional se produzca desde un registro público, se especifica, en la actualidad, que dicha transferencia no comprenderá todos los datos personales ni categorías enteras de datos personales contenidos en dicho registro. Además, si la finalidad del registro consiste en la consulta por parte de personas que tengan un interés legítimo, la transferencia

23 Sobre esta cuestión, y para más detalle con motivo de la crisis sanitaria actual derivada del COVID-19, *vid.* Rodríguez Ayuso, J. F.: *Privacidad y Coronavirus*, Dykinson, Madrid, 2020, pp. 59-60.

internacional sólo podrá efectuarse con la solicitud de estas personas o si las mismas hubieran de ser las destinatarias (art. 49.2 RGPD).

e) El responsable o el encargado del tratamiento deberán documentar en los registros de actividades de tratamiento del art. 30 RGPD la evaluación y las garantías adecuadas a que alude, como veremos a continuación, el art. 49.1.2º RGPD (art. 49.6 RGPD).

En principio, el conjunto de excepciones contempladas en el art. 49 RGPD es cerrado o *numerus clausus*, de modo que no será posible la aplicación de cualquier otra excepción adicional mediante aplicación analógica. Ahora bien, sucede que algunas de estas excepciones son, en exceso, amplias, y que el art. 49.1, *in fine*, RGPD permite la realización de transferencias internacionales cuando no resulte de aplicación ninguna de las excepciones contenidas en dicho apartado, bajo la condición de que estas transferencias se realicen dentro de los límites y bajo las condiciones que el art. 49.1.2º RGPD contempla:

a) Que no sean repetitivas,

b) Que afecten únicamente a un número reducido de interesados.

c) Que sean imprescindibles a los fines de intereses legítimos imperiosos perseguidos por el responsable del tratamiento sobre los que no prevalezcan los intereses, derechos y libertades del interesado.

d) Que el responsable del tratamiento haya realizado una evaluación previa de todas las circunstancias que concurran en esta transferencia internacional de datos y, con base en este análisis, ofrezca garantías adecuadas con respecto a la protección de los datos personales de los interesados.

Por lo demás, el responsable del tratamiento deberá informar a la autoridad de control de la transferencia internacional, así como al interesado (a este último no sólo de la transferencia, sino también de los intereses legítimos imperiosos perseguidos).

Para concluir, pese a que el art. 49 RGPD alude, en general, a las excepciones que legitimarían la realización de transferencias internacionales de datos personales aun cuando no contaran con una decisión de adecuación o, en su defecto, con la existencia de garantías adecuadas, su apartado quinto comprende una situación que resulta ser la contraria: cuando no exista una decisión en virtud de la cual se constate la adecuación de la protección de los datos personales, el Derecho comunitario o el Derecho interno de los Estados miembros podrá, basándose en la existencia de razones importantes de interés público, establecer, de modo

expreso, limitaciones a la realización de transferencias internacionales de categorías especiales de datos personales a un tercer país u organización internacional. Además, en estos casos, los Estados miembros deberán notificar a la Comisión estas disposiciones.

Al hilo de cuanto se ha expuesto, y por lo que respecta a la situación existente dentro del ordenamiento jurídico español, el art. 43 LOPDGDD regula los supuestos sometidos a información previa a la autoridad de protección de datos competente. En este caso, dispone el precepto, los responsables del tratamiento deberán informar a la Agencia Española de Protección de Datos o, en su caso, a las autoridades autonómicas de protección de datos de cualquier transferencia internacional de datos que pretendan llevar a cabo sobre la base de su necesidad para fines relacionados con intereses legítimos imperiosos por ellos perseguidos y la concurrencia del resto de los requisitos previstos en el art. 49.1.2º RGPD; asimismo, deberán informar a los afectados, tanto de la transferencia como de los intereses legítimos imperiosos perseguidos. Esta información deberá facilitarse con carácter previo a la realización de la transferencia.

III. TRANSFERENCIAS INTERNACIONALES DE DATOS A ESTADOS UNIDOS TRAS LA ANULACIÓN DEL ESCUDO DE PRIVACIDAD: INTERROGANTES Y ALTERNATIVAS.

Con fecha de 16 de julio del presente año, el TJUE ha publicado una Sentencia[24] por la cual invalida la Decisión de Ejecución 2016/1250 de la Comisión de 12 de julio de 2016 con arreglo a la Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre la adecuación de la protección conferida por el Escudo de la privacidad UE-EE. UU.[25].

Merced a esta Decisión, se habilitaba la realización de transferencias internacionales procedentes de cualquier Estado miembro del EEE a Estados Unidos, siempre que la entidad receptora (importadora de los datos personales) estuviera adherida a un sistema de control denominado "Escudo de privacidad" (también conocido, en inglés, como *Privacy Shield*), considerando esta adhesión suficiente como para establecer la presunción de que garantizaba un nivel de protección adecuado y acorde al exigido en el territorio de la Unión Europea. Dotado de más amplias garantías en relación con la información personal de los individuos en el ámbito de las relaciones transatlánticas que el sistema precedente[26], se subsanaba el problema, originado años atrás, cuando el TJUE, al

24 Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 16 de julio de 2020. Asunto C-311/18, Data Protection Commissioner contra Facebook Ireland Ltd y Maximillian Schrems.

25 DOUE L 207/1, de 1 de agosto de 2016.

26 López Aguilar, J. F.: "La protección de datos personales en la más reciente jurisprudencia del TJUE: los derechos de la CDFUE como parámetro de validez del Derecho europeo, y su impacto en la relación

igual que sucede ahora, anuló el esquema de transferencias internacionales hasta entonces vigente, conocido como "Puerto Seguro"[27] (o, lo que es lo mismo, *Safe Harbor*), una vez interpuesta la reclamación del ciudadano austríaco Maximillian Schrems frente a Facebook, sobre la base de que los datos transferidos desde la Unión Europea a Norteamérica carecían de la seguridad necesaria por ser accesibles al gobierno y a las agencias de seguridad de este país sin respetar las garantías y los derechos fundamentales reconocidos por la normativa comunitaria a sus ciudadanos, como es, en esencia, el derecho a la privacidad y a la protección de sus datos personales[28]; de hecho, la motivación de esta última anulación reside en una nueva reclamación del Sr. Schrems (de ahí el nombre de esta sentencia, conocida como "Schrems II"), argumentando que tampoco con la nueva fórmula emanada del Escudo de privacidad se respetaban sus derechos fundamentales, lo que provocó que Irlanda volviera a plantear una cuestión prejudicial al TJUE y que desembocó en el resultado ya conocido.

Al igual que sucedió entonces, la nueva situación propiciada por la anulación del Escudo de privacidad obliga a la búsqueda de alternativas que permitan la realización de transferencias internacionales a Estados Unidos de forma acorde con las salvaguardas impuestas por el Reglamento general de protección de datos. A priori, la solución más factible reside en el empleo de las ya conocidas cláusulas contractuales tipo (CCT) elaboradas por la Comisión Europea; más

transatlántica UE-EEUU", en AA.VV.: *Teoría y realidad constitucional*, UNED, Madrid, 2017, p. 563.

27 En concreto, en su sentencia de fecha 6 de octubre de 2015, Schrems (C-362/14, EU:C:2015:650), el TJUE invalidó la Decisión 2000/520/CE, en la que la Comisión había declarado que ese país tercero garantizaba un nivel adecuado de protección.
A raíz de esta sentencia, y como bien indica la Sentencia de 16 de julio de 2000 (p. 19), la Comisión adoptó la Decisión, «[…] tras haber procedido, a efectos de su adopción, a una evaluación de la normativa de los Estados Unidos, como se precisa en el considerando 65 de la antedicha Decisión:
"La Comisión ha evaluado las limitaciones y salvaguardias existentes en el Derecho de los Estados Unidos con respecto al acceso a los datos personales transferidos en el marco del Escudo de la privacidad UE-EE. UU. y la utilización de los mismos por los poderes públicos estadounidenses a efectos de seguridad nacional, aplicación de la ley y otros fines de interés público. Asimismo, el Gobierno estadounidense, a través de su Oficina del Director de Inteligencia Nacional (ODNI, por sus siglas en inglés) […], ha proporcionado a la Comisión una serie de declaraciones y compromisos detallados que se exponen en el anexo VI de la presente Decisión. Mediante carta firmada por el secretario de Estado y adjunta como anexo III a la presente Decisión, el Gobierno de los Estados Unidos se ha comprometido asimismo a crear un nuevo mecanismo de supervisión de las injerencias con fines de seguridad nacional, a saber, el Defensor del Pueblo en el ámbito del Escudo de la privacidad, que será independiente de los servicios de inteligencia. Por último, la declaración del Departamento de Justicia de los Estados Unidos contenida en el anexo VII de la presente Decisión describe las limitaciones y salvaguardias aplicables al acceso a los datos y a su utilización por parte de los poderes públicos a efectos de aplicación de la ley y otros fines de interés público. Con vistas a mejorar la transparencia y reflejar la naturaleza jurídica de estos compromisos, cada uno de los documentos enumerados y adjuntos a la presente Decisión se publicará en el Registro Federal de los Estados Unidos"».

28 Sobre esta cuestión, *vid*. Biurrun Abad, F. J.: "Primera evaluación a la vista del 'Privacy Shield'", *Actualidad jurídica Aranzadi*, núm. 932, 2017, p. 28; Gómez Santos, M.: "Del puerto seguro al 'privacy shield': las transferencias de datos de carácter personal entre la Unión Europea y los Estados Unidos a examen", en AA.VV.: *Reflexiones sobre Derecho privado patrimonial* (dir. por A. Ávila de la Torre), Ratio Legis, Salamanca, 2017, pp. 252-255; López-Lapuente Gutiérrez, L.: "La transferencia de datos a EEUU: la transición del Safe Harbor al Privacy Shield y un paso más allá", *Actualidad jurídica Uría Menéndez*, núm. 45, 2017, pp. 36-38; Ortega Giménez, A.: "Transferencia internacional de datos personales: del Safe Harbor al Privacy Shield", *Revista Lex Mercatoria*, núm. 4, 2016, pp. 85-90.

concretamente, de aquellas recogidas en la Decisión de la Comisión 2010/87/UE de 5 de febrero de 2010 relativa a las cláusulas contractuales tipo para la transferencia de datos personales a los encargados del tratamiento establecidos en terceros países, de conformidad con la Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo[29], cuya validez ha sido ratificada, eso sí, por la reciente STJUE. Todo ello sin obviar la posibilidad de acudir, dentro también de la segunda vía habilitada por el RGPD, a la utilización de normas corporativas vinculantes cuando el exportador y el importador de los datos objeto de protección formen parte de lo que se conoce como "grupo empresarial o unión de empresas dedicadas a una actividad económica conjunta".

Empero, cualquiera de los escenarios presentes plantea una serie de dificultades en nada desdeñables. En efecto, la sencillez y fluidez en que consiste la habilitación legal prevista en el art. 45 RGPD, una vez superados los análisis previos y procedentes por parte de la Comisión para efectuar la declaración de adecuación o la presunción *iuris tantum* en que se traducía la incorporación de una entidad en el listado del *Privacy Shield*, en nada es comparable con la ardua tarea de elaborar, adaptar y revisar de forma periódica tales cláusulas contractuales tipo en relación con cada uno de los importadores que hayan de recibir tales datos. Y todo ello por no mencionar el desplazamiento de la responsabilidad que se produce con la irrupción, en este nuevo contexto, del art. 46 RGPD hacia el responsable del tratamiento o exportador de los datos, quien deberá (adicionado, además, con el reforzamiento del prisma de la *accountability* al amparo de la nueva regulación en materia de privacidad) establecer las garantías adecuadas para que las transferencias no supongan menoscabo alguno de los derechos que corresponden al interesado en cuanto titular de los datos personales tratados, como bien señala el TJUE y reitera el CEPD, estableciendo que es necesario[30]:

«[…] incluir mecanismos eficaces que permitan garantizar en la práctica que el nivel de protección exigido por el Derecho de la Unión sea respetado y que las transferencias de datos personales basadas en estas cláusulas sean suspendidas o prohibidas en caso de que se incumplan dichas cláusulas o de que resulte imposible cumplirlas»,

de forma que,

«[l]a posibilidad de transferir datos personales […] dependerá del resultado de su evaluación, teniendo en cuenta las circunstancias de las transferencias y las medidas complementarias que haya podido aplicar. Las medidas complementarias,

29 DOUE L 39/5, de 12 de febrero de 2010.

30 Preguntas frecuentes sobre la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el asunto C-311/18 — Comisaria de Protección de Datos vs Facebook Irlanda y Maximillian Schrems. Adoptada el 23 de julio de 2020 (pp. 1 y 3).

junto con las CCT, tras un análisis caso por caso de las circunstancias de la transferencia, tendrían que garantizar que la legislación estadounidense no afecte al nivel de protección adecuado que garantizan».

Si, tras esta labor, llega a la conclusión de que, considerando las circunstancias propias y singulares de la transferencia y las posibles medidas complementarias, no se aplicarían las garantías adecuadas, el exportador de los datos deberá proceder a la suspensión o finalización de la transferencia de datos personales. Ahora bien, si, pese a este resultado, desea seguir transfiriendo datos, deberá notificarlo a la autoridad de control[31] que resulte competente al respecto[32].

Una tercera posibilidad de las previstas legalmente, bien es cierto que subsidiaria respecto de las dos *supra* indicadas, vendrá proporcionada por el art. 49 RGPD, si bien, como ya se indicó en párrafos anteriores, deberán cumplir una serie de exigencias ciertamente singulares, de entre las cuales el CEPD destaca, por su relevancia y en términos literales, las que se siguen[33]:

«[…] cuando las transferencias se basen en el consentimiento del titular de los datos, deberán ser:

- explícitas;

- específicas para la transferencia o conjunto de transferencias de datos concreta (lo que significa que el exportador de los datos debe asegurarse de obtener una autorización específica antes de que se ponga en marcha la transferencia, incluso si esto ocurre después de efectuarse la recogida de los datos); e

31 Para un estudio pormenorizado de las funciones, poderes y competencias de la autoridad de control, *vid*. Rodríguez Ayuso, J. F.: *Control externo de los obligados por el tratamiento de datos personales*, Barcelona, Ed. Bosch, 2020.

32 Al respecto, y en relación con las cláusulas contractuales tipo, *vid*., en primer lugar, el considerando 145 STUE de 16 de julio; en segundo lugar, la cláusula 4, letra g), de la Decisión 2010/87/UE de la Comisión; en tercer lugar, la cláusula 5, letra a), de la Decisión 2001/497/CE de la Comisión de 15 de junio de 2001 relativa a cláusulas contractuales tipo para la transferencia de datos personales a un tercer país previstas en la Directiva 95/46/CE (DOCE L 181/19, de 4 de julio de 2001), y, en cuarto y último lugar, la letra c) del Anexo II de la Decisión 2004/915/CE de la Comisión de 27 de diciembre de 2004 or la que se modifica la Decisión 2001/497/CE en lo relativo a la introducción de un conjunto alternativo de cláusulas contractuales tipo para la transferencia de datos personales a terceros países (DOUE L 385/74, de 29 de diciembre de 2004).
Por su parte, y relacionados con las normas corporativas vinculantes, *vid*., en primer lugar, el considerando 145 STUE de 16 de julio; en segundo lugar, la cláusula 4, letra g), de la Decisión 2010/87/UE; en tercer lugar, la sección 6.3 del WP256, rev. 01 (Grupo de Trabajo del artículo 29, documento de trabajo que establece un cuadro con los elementos y principios que se recogen en las NCV, refrendado por el CEPD, http://ec.europa.eu/newsroom/article29/item-detail.cfm?item_id=614109), y, en cuarto y último lugar, la sección 6.3 del WP257, rev.01 (Grupo de trabajo del artículo 29, documento de trabajo que establece un cuadro con los elementos y principios que se recogen en las NCV, refrendado por el CEPD, http://ec.europa.eu/newsroom/article29/item-detail.cfm?item_id=614110).

33 Preguntas frecuentes sobre la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el asunto C-311/18 — Comisaria de Protección de Datos vs Facebook Irlanda y Maximillian Schrems. Adoptada el 23 de julio de 2020 (p. 4).

- informadas, en particular sobre los posibles riesgos de la transferencia (es decir, que el titular de los datos también debería informar de los riesgos específicos derivados del hecho de que sus datos serán transferidos a un país que no ofrece una protección adecuada y que no se aplican garantías adecuadas destinadas a garantizar la protección de los datos).

Con respecto a las transferencias necesarias para la ejecución de un contrato entre el titular de los datos y el responsable del tratamiento, debe tenerse en cuenta que los datos personales solo podrán transferirse cuando la transferencia sea ocasional. Deberá establecerse caso por caso si las transferencias de datos se determinarían como "ocasionales" o "no ocasionales". En cualquier caso, esta excepción solo podrá invocarse cuando la transferencia sea objetivamente necesaria para la ejecución del contrato.

En relación con las transferencias necesarias por razones importantes de interés público (que deben reconocerse en la legislación de la UE o de los Estados miembros, el CEPD recuerda que el requisito sustancial para la aplicabilidad de esta excepción es la constatación de un interés público importante y no la naturaleza de la organización, y que, aunque esta excepción no se limita a las transferencias de datos que son «ocasionales», esto no significa que las transferencias de datos sobre la base de la excepción por razones importantes de interés público puedan tener lugar a gran escala y de manera sistemática. Por el contrario, debe respetarse el principio general según el cual las excepciones establecidas en el art. 49 del RGPD no deben convertirse en "norma" en la práctica, sino que deben limitarse a situaciones específicas y cada exportador de datos debe garantizar que la transferencia cumpla la prueba de necesidad estricta».

Por último, tampoco se podrá descartar, hasta tanto se proceda (algo que parece probable por el impacto que su ausencia podría conllevar para el sistema económico internacional) a un nuevo acuerdo entre la Unión Europea y Estados Unidos, la suspensión o anulación de los acuerdos actualmente vigentes de prestación de servicios con importadores situados en territorio Norteamericano y su sustitución por otros, igualmente fiables y eficaces, que estén ubicados en el EEE o en países que ofrezcan un nivel de protección adecuado[34].

34 Hasta la fecha, los países y territorios que están declarados como adecuados son los siguientes: a) Suiza, merced a la Decisión 2000/518/CE de la Comisión de 26 de julio de 2000 con arreglo a la Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo relativa al nivel de protección adecuado de los datos personales en Suiza (DOCE L 215/1, de 25 de agosto de 2000); b) Canadá, merced a la Decisión 2002/2/CE de la Comisión de 20 de diciembre de 2001 con arreglo a la Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre la adecuación de la protección de los datos personales conferida por la ley canadiense *Personal Information and Electronic Documents Act* (DOCE L 2/13, de 4 de enero de 2002), respecto de las entidades sujetas al ámbito de aplicación de la ley canadiense de protección de datos; c) Argentina, merced a la Decisión 2003/490/CE de la Comisión de 30 de junio de 2003 con arreglo a la Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la adecuación de la protección de los datos personales en Argentina (DOUE L 168/19, de 5 de julio de 2003); d) Guernsey, merced a la Decisión 2003/821/CE de la Comisión de 21 de noviembre de 2003 relativa al carácter adecuado de la protección de los datos

BIBLIOGRAFÍA

Álvarez Rigaudias, C.: "Condiciones para las transferencias internacionales de datos personales en servicios de cloud", en AA. VV. *Derecho y cloud computing* (dir. por R. Martínez Martínez), Aranzadi, Cizur Menor, 2017.

Article 29 Data Protection Working Party: *Working Document setting up a table with the elements and principles to be found in Binding Corporate Rules*, de 28/11/2017.

Biurrun Abad, F. J.: "Primera evaluación a la vista del 'Privacy Shield'", *Actualidad jurídica Aranzadi*, núm. 932, 2017.

Cervera Navas, L.: "El Comité Europeo de Protección de Datos", 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. A. Rallo Lombarte), Tirant lo Blanch, Valencia, 2019.

Cordero Álvarez, C. I.: "La transferencia internacional de datos con terceros Estados en el nuevo Reglamento europeo: especial referencia al caso estadounidense y la Cloud Act", *Revista española de Derecho europeo*, núm. 70, 2019.

Eduardo Ustaran, P. G.: "Transferencias internacionales de datos", 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 A. Rallo Lombarte), Tirant lo Blanch, Valencia, 2019.

personales en Guernsey (DOUE L 308/27, de 25 de noviembre de 2003); e) Isla de Man, merced a la Decisión 2004/411/CE de la Comisión de 28 de abril de 2004 relativa al carácter adecuado de la protección de los datos personales en la Isla de Man (DOUE L 151/52, de 30 de abril de 2004); f) Jersey, merced a la Decisión 2008/393/CE de la Comisión de 8 de mayo 2008 de conformidad con la Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a la protección adecuada de los datos personales en Jersey (DOUE L 138/21, de 28 de mayo de 2008); g) Islas Feroe, merced a la Decisión 2010/146/UE de la Comisión de 5 de marzo de 2010 con arreglo a la Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a la protección adecuada dada en la Ley de las Islas Feroe sobre el tratamiento de datos personales (DOUE L 58/17, de 9 de marzo de 2010); h) Andorra, merced a la Decisión 2010/625/UE de la Comisión de 19 de octubre de 2010 de conformidad con la Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a la adecuada protección de los datos personales en Andorra (DOUE L 277/27, de 21 de octubre de 2010); i) Israel, merced a la Decisión 2011/61/UE de la Comisión de 31 de enero de 2011 de conformidad con la Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a la protección adecuada de los datos personales por el Estado de Israel en lo que respecta al tratamiento automatizado de los datos personales (DOUE L 27/39, 1 de febrero de 2011); j) Uruguay, merced a la Decisión 2012/484/UE de la Comisión de 21 de agosto de 2012 de conformidad con la Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a la protección adecuada de los datos personales por la República Oriental del Uruguay en lo que respecta al tratamiento automatizado de datos personales (DOUE L 227/11, de 23 de agosto de 2012); k) Nueva Zelanda, merced a la Decisión 2013/65/UE de la Comisión de 19 de diciembre de 2012 de conformidad con la Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a la protección adecuada de los datos personales por Nueva Zelanda (DOUE L 28/12, de 30 de enero de 2013), y l) Japón, merced a la Decisión de 23 de enero de 2019.

EUROPEAN DATA PROTECTION BOARD: "The transfer of personal data to third countries and international organisations by EU institution and bodies", *Position paper*, 2014.

GÓMEZ SANTOS, M.: "Del puerto seguro al 'privacy shield': las transferencias de datos de carácter personal entre la Unión Europea y los Estados Unidos a examen", en AA.VV.: *Reflexiones sobre Derecho privado patrimonial* (dir. por A. ÁVILA DE LA TORRE), Ratio Legis, Salamanca, 2017.

GUASH PORTAS, V.: "La computación en nube y las transferencias internacionales de datos en el nuevo reglamento de la UE", *RDUNED. Revista de derecho UNED*, núm. 20, 2017.

LÓPEZ AGUILAR, J. F.: "La protección de datos personales en la más reciente jurisprudencia del TJUE: los derechos de la CDFUE como parámetro de validez del Derecho europeo, y su impacto en la relación transatlántica UE-EEUU", en AA.VV.: *Teoría y realidad constitucional*, UNED, Madrid, 2017.

LÓPEZ CALVO, J.: "Transferencia de Datos Personales a terceros países y organizaciones internacionales (Arts. 44-50 RGPD. Arts. 40-43 y Disposición adicional quinta y decimotercera LOPDGDD)", en AA.VV.: *La adaptación al nuevo marco de protección de datos tras el RGPD y la LOPDGDD* (coord. por J. LÓPEZ CALVO), Wolters Kluwer, Madrid, 2019.

LÓPEZ-LAPUENTE GUTIÉRREZ, L.: "La transferencia de datos a EEUU: la transición del Safe Harbor al Privacy Shield y un paso más allá", *Actualidad jurídica Uría Menéndez*, núm. 45, 2017.

ORTEGA GIMÉNEZ, A.: "El impacto del Reglamento General de Protección de Datos de la Unión Europea y de la LOPDGDD en el régimen jurídico de las transferencias internacionales de datos de carácter personal", en AA.VV.: *El Reglamento General de Protección de Datos: un enfoque nacional y comparado. Especial referencia a la LO 3/2018 de Protección de Datos y garantía de los derechos digitales* (dir. por R. GARCÍA MAHAMUT y B. TOMÁS MALLÉN), Tirant lo Blanch, Valencia, 2019.

ORTEGA GIMÉNEZ, A.: "Transferencia internacional de datos personales: del Safe Harbor al Privacy Shield", *Revista Lex Mercatoria*, núm. 4, 2016.

PIÑAR MAÑAS, J. L.: "Transferencias de datos personales a terceros países u organizaciones internacionales", en AA.VV.: *Reglamento general de protección de datos: hacia un nuevo modelo europeo de privacidad* (dir. por J. L. PIÑAR MAÑAS), Reus, Madrid, 2016.

Recio Gayo, M.: "Nivel adecuado para transferencias internacionales de datos", *Derecho PUCP: Revista de la Facultad de Derecho*, núm. 83, 2019.

Sánchez Domingo, M. B.: "La transferencia de datos personales a terceros países y organizaciones internacionales según la Directiva (UE) 2016/680 del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de abril de 2016", en A.A.V.V.: *Los avances del espacio de Libertad, Seguridad y Justicia de la UE en 2017: II Anuario ReDPE* (coord. por M. Á. Gutiérrez Zarza), Wolters Kluwer, Madrid, 2018.

Recuero Linares, M.: "Transferencias internacionales de datos genéticos y datos de salud con fines de investigación", *Revista de Derecho y genoma humano: genética, biotecnología y medicina avanzada = Law and the human genome review: genetics, biotechnology and advanced medicine*, núm. extra 1, 2019.

Rodríguez Ayuso, J. F.: *Control externo de los obligados por el tratamiento de datos personales*, Barcelona, Ed. Bosch, 2020.

Rodríguez Ayuso, J. F.: *Privacidad y Coronavirus*, Dykinson, Madrid, 2020.

CONSIDERACIONES SOBRE LA CLÁUSULA IRPH A LA LUZ DE SUS ANTECEDENTES Y DE LA DOCTRINA CONSOLIDADA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNION EUROPEA

CONSIDERATIONS ON THE IRPH CLAUSE IN THE LIGHT OF ITS BACKGROUND AND THE CONSOLIDATED DOCTRINE OF THE COURT OF JUSTICE OF THE EUROPEAN UNION

Rev. Boliv. de Derecho Nº 31, enero 2021, ISSN: 2070-8157, pp. 504-549

Carolina
Del Carmen
CASTILLO
MARTÍNEZ

ARTÍCULO RECIBIDO: 29 de agosto de 2020
ARTÍCULO APROBADO: 15 de septiembre de 2020

RESUMEN: Mediante el dictado de su sentencia de 3 de marzo de 2020, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) ha dado por finalizado el último episodio en la evolución del índice IRPH al que se ha venido referenciando casi una décima parte de las hipotecas en España, frente al resto que toma como referencia el Euribor, declarando en esencia que los consumidores podrán acudir a los tribunales a los efectos de que se declare la abusividad de la cláusula que en las escrituras de constitución de hipoteca contiene el referido índice. Para comprender el alcance de la situación actual conviene considerar siquiera someramente en qué consiste el IRPH y las consecuencias que su aplicación ha supuesto para los prestatarios consumidores afectados, atendiendo para ello a los antecedentes fácticos que motivaron el dictado de la señalada resolución, al precedente que a su respecto supusieron las conclusiones del Abogado General, al contenido de la propia STJUE y, últimamente y hasta que se produzca algún pronunciamiento por parte de nuestro Tribunal Supremo, a las más recientes resoluciones emanadas de nuestros Juzgados y Audiencias Provinciales. Todas estas referencias integran el contenido del presente trabajo.

PALABRAS CLAVE: Hipoteca; índice IRPH; cláusula abusiva; interés variable; consumidor.

ABSTRACT: *By issuing its judgment of March 3, 2020, the Court of Justice of the European Union (CJEU) has terminated the last episode in the evolution of the IRPH index to which almost a tenth of mortgages have been referring. in Spain, compared to the rest that the Euribor takes as a reference, declaring in essence that consumers will be able to go to court to declare the abusiveness of the clause that the aforementioned index contains in the deeds of constitution of the mortgage. To understand the scope of the current situation, it is convenient to consider even briefly what the IRPH consists of and the consequences that its application has entailed for the affected consumer borrowers, taking into account the factual background that led to the issuance of the aforementioned resolution, the precedent that In this regard, they included the conclusions of the Advocate General, the content of the STJUE itself and, lately and until there is any pronouncement by our Supreme Court, the most recent resolutions issued by our Courts and Provincial Courts. All these references integrate the content of this work.*

KEY WORDS: *Mortgage; IRPH index; abusive clause; variable interest; consumer.*

SUMARIO.- I. EL ÍNDICE IRPH Y LOS ANTECEDENTES FÁCTICOS DE LA RESOLUCIÓN DEL TJUE.- II. LAS CONCLUSIONES DEL ABOGADO GENERAL MACIEJ SZPUNAR.- III. LA STJUE DE 3 DE MARZO DE 2020.- IV. PRONUNCIAMIENTOS MÁS RECIENTES DE NUESTROS JUZGADOS Y AUDIENCIAS PROVINCIALES.- 1. Sentencias que declaran el carácter abusivo de la cláusula IRPH.- 2. Sentencias que no acogen la abusividad de la cláusula IRPH.

I. EL ÍNDICE IRPH Y LOS ANTECEDENTES FÁCTICOS DE LA RESOLUCIÓN DEL TJUE.

Con su sentencia de 3 de marzo de 2020[1], el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) ha dado por finalizado el último episodio en la evolución del índice IRPH al que se ha venido referenciando casi una décima parte de las hipotecas en España, frente al resto que toma como referencia el Euribor, declarando que los consumidores podrán acudir a los tribunales a los efectos de que se declare la abusividad de la cláusula que en las escrituras de constitución de hipoteca contiene el referido índice. Para comprender el alcance de la situación actual conviene considerar siquiera someramente en qué consiste el IRPH y las consecuencias que su aplicación ha supuesto para los prestatarios consumidores afectados, atendiendo para ello a los antecedentes fácticos que motivaron el dictado de la señalada resolución, al precedente que a su respecto supusieron las conclusiones del Abogado General, al contenido de la propia STJUE que consolida doctrina al respecto y, últimamente y hasta que se produzca algún pronunciamiento por parte de nuestro Tribunal Supremo, a las más recientes resoluciones emanadas de nuestros Juzgados y Audiencias Provinciales. Todas estas referencias integran el contenido del presente trabajo mediante el que se pretende ofrecer un panorama general de actualidad en relación con la situación del IRPH.

El Índice de Referencia de Préstamos Hipotecarios (IRPH) constituye uno de los tipos aplicados para remunerar los préstamos con garantía hipotecaria concedidos por las entidades de crédito en España. Su denominación técnica es la de "Tipo medio de los préstamos hipotecarios a más de tres años, para

1 STJUE (Gran Sala) 3 marzo 2020, en el asunto C-125/18, que tiene por objeto una petición de decisión prejudicial planteada, con arreglo al artículo 267 TFUE, por el Juzgado de Primera Instancia n.º 38 de Barcelona, mediante auto de 16 de febrero de 2018, recibido en el Tribunal de Justicia ese mismo día, en el procedimiento entre Marc Gómez del Moral Guasch y Bankia, S. A.

• 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. Universitat de València Académica de número de la Real Academia Valenciana de Jurisprudencia y Legislación.

adquisición de vivienda libre", resultando que hasta el 1 de noviembre de 2013 concurrían hasta tres tipos de IRPH. A saber: (i) IRPH Bancos; (ii) IRPH Cajas; y (iii) IRPH Entidades conjunto de entidades (consistente en un promedio de los dos anteriores). Pero desde la fecha señalada dejó de publicarse por el Banco de España el IRPH Bancos y el IRPH Cajas, sustituidos en los préstamos referenciados a cualquiera de estos tipos, por el IRPH de Entidades de Crédito más un diferencial. Como ya avancé, se calcula que en torno a algo más de una décima parte de los préstamos hipotecarios concertados en España aplicaron los referidos índices, cuya característica más destacada es la de haber sido siempre más elevados que el Euribor que, como es sabido, constituye el índice más usualmente empleado para referenciar la remuneración en las hipotecas. Resulta significativo que a partir de 2009 esta diferencia es cada vez mayor, con especial relevancia en los años 2012 y 2013.

Ciertamente, durante un prolongado espacio de tiempo las entidades bancarias ofrecieron los índices IRPH Cajas, IRPH Bancos e IRPH Conjunto de Entidades, resultando la circunstancia de que fueran las Cajas de Ahorros las entidades de crédito que más hipotecas comercializaron con este índice el dato que mejor explica que con anterioridad a noviembre de 2013 más de la mitad de las hipotecas constituidas se encontraran referenciadas al IRPH Cajas, frente al resto que lo estaba al IRPH Entidades, constituyendo a tal efecto un buen reclamo comercial el que este índice aseguraba una mayor estabilidad frente a las fluctuaciones que venían afectando al Euribor.

Precisamente el asunto C-125/18, que se siguió ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante, el TJUE) surgió como consecuencia del litigio que enfrentó a Marc Gómez del Moral Guasch y Bankia, S.A, y resultó iniciado como efecto de la interposición de la cuestión prejudicial de interpretación planteada por el Juzgado de Primera Instancia número 38 de Barcelona, mediante Auto datado en 16 de febrero de 2018. Básicamente, el supuesto reproduce el patrón habitual de las reclamaciones frente a las entidades financieras tan usuales en los últimos años, esencialmente a partir de la Sentencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013. Los hechos fueron los siguientes: D. Marc Gómez del Moral, en fecha 19 de julio de 2001, convino un préstamo con garantía hipotecaria con la entidad financiera Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid (actualmente, Bankia, S.A) por importe de 132.222,66 euros, en cuya cláusula tercera *bis*, se declaraba que el índice de referencia aplicable al cálculo del tipo de interés variable sería el IRPH Cajas con adición de un diferencial de 0,25 puntos porcentuales. Complementariamente, se establecía el índice CECA como sustitutivo. Conviene significar que, al tiempo de constitución de la relación crediticia asegurada hipotecariamente, ambos índices eran oficiales, toda vez que se encontraban regulados por la norma sexta *bis*, apartado 3, letras b) y d) de

la Circular del Banco de España número 8/1990, resultando que su actualización constaba publicada con mensualmente en el BOE.

A pesar de ello, y como resultado de los procesos de reestructuración bancaria, fusiones y ventas de las cajas de ahorros a otras entidades, determinados por la crisis financiera que comenzó en el año 2007, y también por efecto de la recomendación de la Unión Europea de 2009 de eliminar los tres índices de referencia – el IRPH Cajas, el IRPH Bancos y el CECA – por no ser suficientemente transparentes, el Ministerio de Economía y Hacienda aprobó la conocida Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios, que vino a afectar a los señalados índices en un doble sentido. A saber: (i) por una parte, se proyectó su completa desaparición una vez "transcurrido un año de la entrada en vigor de la presente orden y su normativa de desarrollo", en definitiva, cuando se hubiese aprobado el régimen transitorio aplicable a los préstamos que por el mismo se encontraban afectados[2]; por otra parte, (ii) además, consecuentemente con lo expresado, los referidos dejaban de ser índices oficiales[3].

Posteriormente, en fecha 27 de septiembre de 2013, y mediante la publicación de la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y a su internacionalización[4] resultó establecido el "régimen de transición para la desaparición de índices o tipos de interés de referencia" que, no obstante, no entraría en vigor hasta el 1 de noviembre de 2013, en definitiva, unos seis meses después de la fecha límite dispuesta en la ya mencionada Orden EHA/2899/2011[5]. Este régimen transitorio disponía la sustitución de "índices o tipos de interés de referencia" por el tipo medio de los préstamos hipotecarios a más de tres años, para la adquisición de vivienda libre, concedidos por las entidades de crédito en España (o IRPH Conjunto de Entidades), estableciendo, además, que "[l]as partes carecerán de acción para reclamar la modificación, alteración unilateral o extinción del préstamo o crédito como contrapartida de la aplicación de lo dispuesto en esta Disposición".

En el mencionado contexto, el pleito originador de la controversia que ahora nos ocupa, determinante de la STJUE 3 marzo de 2020, principió con anterioridad a que la Sala Civil de nuestro Tribunal Supremo dictara la STS, 1ª, Pleno, 14 diciembre

2 A tales efectos conviene tener en cuenta que la Orden entró en vigor el 29 de abril de 2012, de manera que el plazo para culminar la aprobación de un índice sustitutivo al IRPH Cajas, IRPH Bancos y al índice CECA concluía el 29 de abril de 2013.

3 Cfr. art. 27 de la Orden EHA/2899/2011.

4 Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y a su internacionalización, publicada en el BOE núm. 233, 28 de septiembre de 2013.

5 Al respecto, puede consultarse, MARTINEZ ESPÍN, P., (2013), "Nuevo índice hipotecario para sustituir al IRPH de las Cajas, en *Revista CESCO de Derecho de consumo*, publicado en agosto de 2013, en 8 páginas.

2017[6], por la que resultaron frenadas las reclamaciones de consumidores fundadas en el supuesto carácter abusivo de la cláusula que referenciaba el tipo de interés variable al IRPH Conjunto de Entidades[7]. Y, precisamente, como consecuencia de la STS 14 diciembre 2017, resultó que el Juzgado de Primera Instancia número 38 de Barcelona planteó una cuestión prejudicial ante TJUE, interesando del máximo intérprete del ordenamiento jurídico comunitario que respondiera a una serie de cuestiones vinculadas con (i) el ámbito de aplicación de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores[8] y, en particular, sobre si la cláusula que referencia el tipo de interés variable al IRPH Cajas – al resultar dicho índice regulado por una disposición administrativa – puede ser objeto de tutela por el juez nacional o si, diversamente, queda excluido del control judicial en virtud del artículo 1.2 de la Directiva 93/13/CEE; (ii) la compatibilidad con los artículos 4.2 y 8 de la Directiva 93/13/CEE de la invocación por parte de un órgano jurisdiccional nacional de la excepción al control del carácter abusivo de una cláusula cuando se trata de cláusulas que constituyen el objeto principal del contrato, y cuando dicho artículo no ha sido transpuesto expresamente al ordenamiento jurídico nacional; (iii) la proyección de los deberes informativos de la entidad financiera para con el cliente y las consecuencias de su incumplimiento; y también (iv) acerca de los efectos de la declaración de nulidad de la cláusula que contiene la referenciación del tipo de interés variable al IRPH Cajas.

Por su parte, otros juzgados y tribunales, como la Audiencia Provincial de Almería (asunto C-283-18) y el Juzgado de Primera Instancia número 6 de Reus (asunto C-352-18), al igual que el Juzgado de Primera Instancia número 38 de Barcelona, por esta misma materia han planteado cuestiones prejudiciales ante el TJUE que se encuentran pendientes de sentencia.

II. LAS CONCLUSIONES DEL ABOGADO GENERAL MACIEJ SZPUNAR.

El pasado 10 de septiembre de 2019 el Abogado General Maciej Szpunar publicó -con una extensión de cuarenta y cinco páginas- sus conclusiones, relativas a la cuestión prejudicial sobre el IRPH formulada por el Juzgado de Primera Instancia número 38 de Barcelona en fecha 16 de febrero de 2018, expresando su consideración acerca de que, si bien la cláusula, *a priori* y sin perjuicio de lo que pueda considerar el juzgador nacional, cumple, o no, con las exigencias de transparencia, los Tribunales españoles están obligados a valorar su carácter abusivo por no haberse transpuesto formalmente el artículo 4.2 de la Directiva 93/13/CEE. Seguidamente expondré los argumentos que sustentan la posición del

6 STS, Sala 1ª, Pleno, 14 diciembre 2017 (ES:TS:2017:4308).

7 Cfr., al respecto, MARTÍNEZ ESPÍN, P., (2018), "Las cláusulas IRPH son transparentes ¿o no?", en *Revista CESCO de Derecho de consumo*.

8 DOCE núm. L 095, 21 de abril de 1993.

Abogado General Szpunar para llegar a cada una de las conclusiones que, por materias diferenciables en tención a las cuestiones planteadas por el Juzgado de Primera Instancia número 38 de Barcelona, conforman su informe.

- Acerca del ámbito aplicativo de la excepción que se contiene en el artículo 1.2 de la Directiva 93/13/CEE.

Sobre este particular conviene considerar que el artículo 1.1 de la Directiva 93/13/CEE señala la finalidad armonizadora de la misma en materia de "cláusulas abusivas en los contratos celebrados entre profesionales y consumidores". Pero es que, además, el artículo 1.2 claramente excluye del ámbito de aplicación de la Directiva – y de los controles en ella regulados– a aquellas cláusulas que se incorporen por su previsión en "disposiciones legales o reglamentarias imperativas". Es de apreciar, pues, que concurren dos requisitos para que la señalada excepción resulte aplicable, y son que su incorporación se deba a (i) una disposición "legal o reglamentaria" y (ii) que esta sea "imperativa". Pues bien, en la consideración de esta previsión de la Directiva, el Abogado General inicialmente se refiere a la STJUE, de 21 de marzo de 2013 (C-92/11), asunto RWE Vertrieb[9], en el que por primera vez el Tribunal de Luxemburgo abordó el alcance de la excepción, y según la cual son imperativas aquellas cláusulas que "reflejan las disposiciones del Derecho nacional que se apliquen entre las partes contratantes con independencia de su elección o aquellas de tales disposiciones aplicables por defecto", siendo el motivo de esta exclusión que "es legítimo presumir que el legislador nacional ha establecido un equilibrio entre el conjunto de derechos y obligaciones de las partes".

En el supuesto analizado, con precisa referencia a si la cláusula tercera bis que referencia el tipo de interés variable al IRPH se encuentra excluida por aplicación de la previsión contenida en el artículo 1.2 de la Directiva 93/13, la conclusión del Abogado General es negativa, al entender que la cláusula que referencia al IRPH Cajas el cálculo del tipo de interés variable aplicable al préstamo no está excluída del ámbito de aplicación de la Directiva. En concreto, sobre este particular, se expresa lo que sigue por parte del Abogado General Szpunar: "[…] soy de la opinión de que la cláusula controvertida está comprendida en el ámbito de aplicación de la Directiva 93/13. En efecto, el mero hecho de que una disposición nacional permita a una entidad bancaria incluir opcionalmente en las condiciones generales de un contrato de préstamo hipotecario un índice tras haberlo elegido entre los distintos índices de referencias oficiales previstos en esta disposición es suficiente, desde mi punto de vista, para considerar que dicha disposición no es imperativa en el sentido del artículo 1, apartado 2, de la Directiva 93/13 y, por lo tanto, que esta Directiva resulta aplicable" (§ 83). Y es que, según el

9 STJUE 21 marzo 2013, C-92/11, asunto RWE Vertrieb, (EU:C:2013:180).

Abogado General, la interpretación de la excepción contenida en el artículo 1.2 de la Directiva 93/13/CEE debe ser estricta. Además, en concreta mención al momento relevante a los efectos de verificar el análisis de si la cláusula responde, o no, a una disposición legal o reglamentaria imperativa, se declara que debe ser el "momento en que se celebró el contrato", y no cuando la cláusula contractual litigiosa se vio afectada por la actuación del legislador, criterio concordante con una interpretación sistemática de la Directiva y de su artículo 4.1, según el cual "el carácter abusivo de una cláusula contractual se apreciará […] considerando, en el momento de la celebración del [contrato], todas las circunstancias que concurran en su celebración".

Partiendo de cuanto antecede, el Abogado General analiza la literalidad de la Orden de 5 de mayo de 1994, por la que se autorizaba al Banco de España a definir mediante circular un conjunto de índices de referencia que, según el Abogado General, resultaban "susceptibles de ser aplicados por las entidades de crédito". Y esta valoración como índice posible -o elegible- en orden a la aplicación del IRPH Cajas se confirma por la circunstancia de que la Orden permitía, a elección de las partes, la concreción del índice de referencia de cálculo del tipo de interés variable, siempre y cuando éste cumpliera con las dos condiciones establecidas por la orden, a saber: (i) que no dependiera exclusivamente de la entidad de crédito, ni fuera susceptible de influencia por ella; y que (ii) los datos que sirvieran de base al índice fueran agregados de acuerdo con un procedimiento matemático objetivo. Así, según señala el Abogado General: "la Orden de 5 de mayo de 1994 no exigía […] la utilización de uno de los seis índices de referencia oficiales, incluido el IRPH Cajas, sino que establecía […] las condiciones que debían cumplir los «índices o tipos de referencia» para poder ser utilizados por las entidades bancarias", de modo que "la elección […] no debía efectuarse de manera imperativa entre los seis índices de referencia oficiales", aunque es obvio que se presumía que los índices oficiales "cumplían, en principio, las dos condiciones mencionadas" (§ 78). En opinión del Abogado General está conclusión resulta confirmada por la propia entidad financiera en sus alegaciones escritas, al utilizar expresiones como que "el IRPH no se impon[ía] obligatoriamente a los contratantes", y también se confirma del voto particular emitido por los Excmos. Sres. Magistrados D. Francisco Javier Orduña Moreno y D. Francisco Javier Arroyo Fiestas en la referida STS, Sala 1ª, precedentemente citada al respecto.

- Acerca del alcance del control de transparencia.

En este ámbito debe anticiparse que el precepto que responde a la letra a) de la segunda cuestión prejudicial formulada por el Juzgado de Primera Instancia número 38 de Barcelona es el artículo 4.2 de la Directiva 93/13/CEE, por cuya disposición no será posible realizar el control del carácter abusivo de cláusulas

que versen sobre "el objeto principal del contrato ni a la adecuación entre precio y retribución, […] siempre que dichas cláusulas se redacten de manera clara y comprensible". Asimismo, conviene tener en cuenta que la considerada cuestión ya fue objeto una previa cuestión prejudicial que determinó el dictado de la STJUE, 3 de junio de 2010[10], citada por el propio Abogado General, en la que el Tribunal de Luxemburgo argumentaba que el legislador español, al no transponer expresamente el artículo 4.2 mediante la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación[11], quiso otorgar al consumidor una mayor protección que proporcionada por la Directiva, como bien permite el artículo 8 de la Directiva.

Y con precisa referencia a si la jurisprudencia del Tribunal Supremo que incorporó el control de transparencia reforzado a nuestro ordenamiento jurídico resulta acorde con el Derecho de la Unión Europea, debe señalarse en principio que si bien es cierto que la precitada STJUE Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid llegó a esta conclusión, no lo es menos que, con posterioridad a la misma, resultó aprobada una modificación de la ya mencionada Ley 7/1998, que sustituyó la expresión de "justo equilibrio de las contraprestaciones" por "desequilibrio importante de los derechos y obligaciones" lo cual, en opinión del Gobierno nacional, bastaría para concluir que la voluntad del legislador español fue transponer el artículo 4.2 de la Directiva al ordenamiento jurídico nacional. Menciona asimismo el Abogado General las SSTS de 18 de junio de 2012[12] y 9 de mayo de 2013[13], que efectuaron una interpretación teleológica de la referida Ley 7/1998, para concluir que "aunque doctrinalmente no hay una posición unánime al respecto, debe entenderse […] que los elementos esenciales del contrato, si bien excluidos del control de contenido, no obstante, pueden ser objeto de control por la vía de inclusión y transparencia". No obstante, con los anteriores precedentes, el Abogado General considera que el Derecho de la Unión Europea exige que el acto de transposición, que no debe ser necesariamente efectuado por medio de una acción legislativa, sí debe ser "suficientemente precis[o] y clar[o]", todo ello con el propósito de no vulnerar la seguridad jurídica de los justiciables, exigencia que la jurisprudencia del Tribunal Supremo no cumpliría pues "no puede tener la claridad y la precisión necesaria para poder constituir un fundamento jurídico apropiado […] para transponer la excepción prevista en el artículo 4, apartado 2, de la Directiva 93/13". Y, aunque se considera que la transposición no requiere de una acción legislativa, el Abogado General seguidamente declara que en un país como España la tarea de transponer las normas de derecho de la Unión Europea

10 STJUE 3 junio 2010 C-484/08, asunto Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid (EU:C:2010:309).

11 Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación, publicada en el BOE núm. 89, de 14 de abril de 1998.

12 STS 18 junio 2012 (ES:TS:2012:5966).

13 STS 9 mayo 2013 (ES:TS:2013:1916).

al ordenamiento jurídico nacional corresponde "al legislador" y no a los Tribunales de Justicia.

En definitiva, entiende el Abogado General que no consta que el legislador español haya realizado ninguna acción dirigida a la transposición del artículo 4.2 de la Directiva, al menos no con la suficiente precisión y claridad, y, considerando que el precepto antedicho no es imperativo para los Estados miembros, concluye que su falta de transposición determina que el legislador utilizó la prerrogativa que le confería el artículo 8 de la Directiva 93/13/CEE, optando por conceder una mayor protección a los consumidores, lo cual supone que los jueces y tribunales pueden[14] realizar un control completo y sin más limitación que la normada por el artículo 1.2 de la Directiva 93/13/CEE. A este último respecto se afirma que "la falta de transposición en Derecho interno implica que, al autorizar un control jurisdiccional completo del carácter abusivo de las cláusulas contenidas en un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor, como las contempladas en el artículo 4, apartado 2, de la Directiva 93/13, la normativa española permite garantizar al consumidor, conforme al artículo 8 de dicha Directiva, un nivel de protección más elevado que el previsto por esta Directiva, incluso cuando esta cláusula se refiera al objeto principal del contrato o a la relación calidad/precio de la prestación" (§ 98). De la revisión de su texto cabe concluir que el Abogado General va más allá de lo interesado por el propio órgano jurisdiccional remitente en su elevación de la cuestión prejudicial, al afirmar que ese control incluiría ya cualquier cláusula (no sólo la del IRPH), sino también aquellas que afecten al objeto principal del contrato. No obstante, buena prueba de nos hallamos ante un pronunciamiento *obiter dictum* del Abogado General es que en las propuestas de respuesta para el TJUE no se alude a esta cuestión, sino que se limita a contestar lo que solicita el órgano jurisdiccional remitente[15]. Finalmente, el Abogado General reitera que cualquier interpretación contraria a esta visión sería contraria al artículo 8 de la Directiva[16].

- Acerca del alcance y el contenido de los deberes de información que incumben al profesional respecto del consumidor.

Sobre este particular conviene tener en cuenta que el artículo 3.1 de la Directiva 93/13/CEE regula el control del carácter abusivo de las cláusulas no negociadas individualmente impuestas por el profesional en un contrato celebrado con un

14 Es más: y deben. Al respecto por el Abogado General se declara lo que sigue: "En consecuencia, los órganos jurisdiccionales españoles están obligados, en el marco de la apreciación del carácter abusivo de las cláusulas contractuales de conformidad con el artículo 3, apartado 1, de la Directiva 93/13, a examinar la transparencia de dichas cláusulas, en virtud del artículo 5 de esta Directiva" (§ 99).

15 Cfr. § 129.2 de las conclusiones del Abogado General Szpunar.

16 Contra este criterio, cfr. Cámara Lapuente, S.: "El control de cláusulas abusivas sobre el precio: de la STJUE 3 junio 2010 ("Caja Madrid") a la STS 9 mayo 2013 sobre cláusulas suelo", *Revista CESCO de Derecho de consumo*, núm. 6, 2013, pp. 98-115.

consumidor, disponiendo que una cláusula es abusiva si "pese a las exigencias de la buena fe, causa […] en detrimento del consumidor un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato". Pero es que, además, la disposición contenida en el artículo 5 de la Directiva 93/13 impone que las cláusulas contractuales deben estar "redactadas siempre de forma clara y comprensible" prevaleciendo, en caso de duda, la interpretación que resulte favorable al consumidor. Pues bien, a los efectos de ofrecer una interpretación de lo que debe entenderse por redacción de forma "clara y comprensible", el Abogado General se remite a la STJUE, de 30 de abril de 2014[17], en la que el TJUE declaró que la exigencia de redacción clara y comprensible no solo alcanzaba al plano formal o meramente gramatical, sino que debía interpretarse de forma extensiva, y esto demandaba la concurrencia de información acerca de (i) el funcionamiento concreto del mecanismo al que se refiera la cláusula, (ii) la relación entre ese mecanismo y otras cláusulas y (iii) cualesquiera otros elementos ("todos") necesarios para concluir si el compromiso contractual asumido por el consumidor se hizo con conocimiento de causa, esto es, si el consumidor medio podía razonablemente valorar las consecuencias económicas del préstamo, en definitiva, su coste total.

Por cuanto se refiere a la información que debe trasladar el profesional al consumidor a los efectos de cumplir con el control de transparencia que impone el artículo 5 de la Directiva 93/13, considera el Abogado General que la cláusula por la que se referencia el tipo de interés variable al IRPH Cajas es clara y comprensible gramaticalmente, toda vez que de la misma se colige con facilidad que el tipo de interés variable se determinará a través de la suma de un diferencial al índice de referencia elegido. No obstante lo indicado, el Abogado General se plantea la cuestión de si "no convendría que el consumidor medio estuviera en condiciones de comprender asimismo el funcionamiento exacto del índice de referencia contenido en ese método de cálculo"[18]. Y sobre este particular concluye en un sentido negativo, toda vez que, a su criterio, la señalada exigencia de conocimiento del mecanismo de cálculo que se desprende de las SSTJUE *Kásler y Káslerné Rábai* y *Andriciuc*, entre otras más, permite concluir que en estos dos supuestos la cláusula litigiosa no era otra sino la que proyectaba sobre el prestatario el riesgo derivado del tipo de cambio en contratos de

17 STJUE 30 abril 2014 C-26/13, *asunto Kásler y Káslerné Rábai* (EU:C:2014:282).

18 Al respecto el § 113 de las conclusiones del Abogado General Szpunar resulta del tenor siguiente: "Sin embargo, aún es preciso determinar si la cláusula controvertida cumplía la exigencia de transparencia impuesta por la Directiva 93/13, en particular habida cuenta de la obligación que resulta de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia que se expone en el punto 107 de las presentes conclusiones, según la cual el contrato debe exponer «de manera transparente el funcionamiento concreto del mecanismo al que se refiere la cláusula de que se trate». En este contexto podría plantearse la siguiente cuestión: para comprender el método de cálculo del tipo de interés aplicable al préstamo hipotecario, que establece que el consumidor deberá pagar el resultado de la suma del índice de referencia y del diferencial (IRPH Cajas + diferencial), ¿no convendría que el consumidor medio estuviera en condiciones de comprender asimismo el funcionamiento exacto del índice de referencia contenido en ese método de cálculo?".

préstamo denominados en divisas extranjeras, en los que se había observado que las fluctuaciones del tipo de cambio entre el euro y el franco suizo o el yen japonés -considerando éstas como las divisas en las que más comúnmente se denominaron los referidos préstamos en las naciones de nuestro ámbito más próximo- propiciaron determinadas "consecuencias económicas, potencialmente significativas" para los prestatarios. Así, en consideración del Abogado General, la consecuencia económica que estos préstamos pueden ocasionar al prestatario consumidor no es de la misma intensidad en los préstamos a que se refiere la cuestión prejudicial de referencia, en los que el tipo de interés variable puede verse influido por la evolución de los índices de referencia, entendiendo que en tales supuestos el consumidor medio fácilmente hubiera podido calcular el impacto que una variación del índice de referencia podía suponer para las cuotas que tenía que abonar, especialmente porque la carga económica del préstamo, diversamente de lo que sucede con los préstamos multidivisa, no se altera más allá de lo que sucede con la ya referida evolución del índice de referencia. En concreto, a este respecto el Abogado General declara cuanto seguidamente queda expuesto: "En cambio, contrariamente al contrato de préstamo hipotecario denominado en una divisa extranjera que, habida cuenta del riesgo de tipo de cambio que recae sobre el prestatario, puede tener consecuencias económicas, potencialmente significativas, que le serán difícil de asumir, en el presente asunto las consecuencias que se derivan del préstamo hipotecario controvertido en el litigio principal, cuyo tipo de interés variable se calcula con arreglo a un índice de referencia oficial, no pueden calificarse de «potencialmente significativas» en el sentido de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia. En efecto, la carga económica que se derivaba del préstamo podía ser prevista y calculada por el consumidor, que se encontraba en condiciones de valorarla antes de la celebración del contrato. En consecuencia, dejando al margen el hecho de que su préstamo está sujeto a un tipo de interés variable, el demandante en el litigio principal no está expuesto a un riesgo imprevisible de variación de la carga económica que se deriva de su préstamo" (§ 119 de las conclusiones del Abogado General Szpunar). Así, el Abogado General considera que la información que el profesional debe facilitar a un consumidor en este tipo de contratos es aquella que le posibilite conocer que el IRPH Cajas se obtiene a partir de la tasa anual equivalente -o TAE- de los contratos de préstamo hipotecario celebrados por cajas de ahorro españolas durante el mes de referencia, resultando que esta información, al tiempo de la celebración del contrato, no se podía deducir de la fórmula matemática incorporada en la cláusula litigiosa, aunque sí que constaba en la Circular 8/1990.

Partiendo de cuanto antecede, el Abogado General viene a concluir que un consumidor medio hubiera podido comprender sin dificultad en qué consistía el IRPH Cajas, atendida, además, la circunstancia de que el prestatario podía acceder gratuitamente a la información que sobre el mismo ofrece el Boletín Oficial del

Estado. Pero es que, a mayor abundamiento, confirmando la doctrina contenida en la STS, Sala Civil, de 14 de diciembre de 2017, el Abogado General pondera que la circunstancia de que al tiempo de la celebración del contrato se tratara de un índice oficial "permite presumir que a un consumidor medio le resultaba especialmente fácil acceder a los sistemas de cálculo de los diferentes índices oficiales y comparar las diferentes opciones que ofrecen las entidades financieras", sin que resulte imprescindible trasladar a la entidad financiera la carga de ofrecer a los consumidores todas las alternativas posibles, pues ello transformaría la obligación informativa de los profesionales en una obligación de asesoramiento, que no es la que persigue la Directiva.

En atención a lo considerado, el Abogado General concluye que, de la documental obrante a las actuaciones, debe colegirse que la entidad bancaria cumplió con las exigencias derivadas del control de transparencia, sin que ello prejuzgue la resolución que corresponde, en última instancia, a los órganos jurisdiccionales nacionales, quienes deberán valorar si, en un caso como el que se discute, en el que la cláusula contiene una fórmula matemática "compleja y poco transparente para un consumidor medio", la información proporcionada es "suficiente para que este pueda tomar una decisión prudente y con pleno conocimiento de causa en lo que se refiere al método de cálculo del tipo de interés aplicable al contrato de préstamo hipotecario y a los elementos que lo componen", lo cual incluye "la definición completa del índice de referencia empleado [así como] las disposiciones de la normativa nacional pertinentes que determinan dicho índice y, por otra parte referirse a la evolución en el pasado del índice de referencia escogido". Y finaliza señalando que, a pesar de que la cláusula cuestionada supere las exigencias del control de transparencia, ello no constituye impedimento para que el juez nacional valore si concurre el determinante de su declaración de nulidad por ser abusiva, considerando la falta de transposición formal del artículo 4.2 de la Directiva. Específicamente declara que, de alcanzarse "la conclusión de que la exigencia de redacción clara y comprensible de las cláusulas contractuales y, por lo tanto, de transparencia ha sido respetada […], ello no implicaría la exención del deber de someter […] la cláusula controvertida a un examen referido a su eventual carácter abusivo en cuanto al fondo, habida cuenta de la posible existencia de un desequilibrio importante causado, en detrimento del consumidor, entre los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato", en definitiva, si la cláusula "cumple asimismo las exigencias de buena fe y equilibrio". Sin embargo, a los efectos del señalado análisis no se expone por parte del concluyente ningún expediente concreto mediante el cual poder verificarlo, aunque cabría recurrir al que el propio Abogado General aplica a los efectos de evaluar la transparencia material de la cláusula, en definitiva, el recurso a las circunstancias en las que se produjo la contratación y al dato de si la entidad financiera predisponente ofreció suficiente información al consumidor para que este último pudiera tener

cabal conocimiento de las consecuencias jurídicas y económicas inherentes a la suscripción del contrato con la cláusula litigiosa, esto es, la aplicación del criterio de las ya referidas "consecuencias económicas, potencialmente significativas". Y así, considera el Abogado General que no procede entrar a valorar ni la letra c) de la segunda pregunta, ni la tercera pregunta formuladas por el órgano jurisdiccional remitente.

III. LA STJUE DE 3 DE MARZO DE 2020.

Como ya se ha indicado, el TJUE, en su Sentencia de fecha 3 de marzo de 2020, ha venido a dar respuesta a las cuestiones prejudiciales formuladas por el Juzgado de Primera Instancia número 38 de Barcelona, en el ámbito de un pleito suscitado entre un consumidor y una entidad financiera en relación con la cláusula relativa al tipo de interés variable y remuneratorio (IRPH) incluida en el contrato de préstamo hipotecario concertado entre las partes litigantes.

Y el TJUE responde exponiendo los argumentos que, en síntesis, seguidamente se resumen y referencian. Así, por el Tribunal de Luxemburgo se viene a declarar lo siguiente.

1º. La cláusula que regula el índice IRPH se encuentra comprendida en el ámbito de aplicación de la Directiva 93/13, toda vez que no le es de aplicación el artículo 1.2 de la misma, por el que se establece que las cláusulas contractuales que reflejen disposiciones legales o reglamentarias imperativas no estarán sometidas a las disposiciones de la Directiva 93/13. Esto es así porque "... la Orden Ministerial, de 5 de mayo de 1994, no obligaba a utilizar en los préstamos a tipo de interés variable un índice de referencia oficial, entre los que se incluye el IRPH de las cajas de ahorros, sino que se limitaba a fijar los requisitos que debían cumplir los «índices o tipos de interés de referencia» para que las entidades de crédito pudieran utilizarlos". El tribunal declara que "el citado precepto establece la exclusión de tales cláusulas del ámbito de aplicación de la Directiva 93/13, exclusión que es de interpretación estricta (...). Pero tal exclusión requiere que concurran dos requisitos: la cláusula contractual debe reflejar una disposición legal o reglamentaria y esta disposición debe ser imperativa (...). Y así, la sentencia declara que: "Para determinar si concurren los mencionados requisitos, el Tribunal de Justicia ha declarado que incumbe al juez nacional comprobar si la cláusula contractual de que se trata refleja normas de Derecho nacional que se apliquen entre las partes contratantes de manera imperativa, con independencia de su elección o normas de naturaleza dispositiva y, por tanto, aplicables con carácter supletorio, es decir, cuando las partes no hayan pactado otra cosa (...)". En atención a lo expuesto, la Sala concluye que no nos hallamos ante una norma imperativa, declarando al respecto lo siguiente: "... la Directiva 93/13, y en particular sus artículos 4, apartado 2, y 8, debe interpretarse en el sentido de

que los tribunales de un Estado miembro están obligados a examinar el carácter claro y comprensible de una cláusula contractual que se refiere al objeto principal del contrato, con independencia de la transposición del artículo 4, apartado 2, de dicha Directiva al ordenamiento jurídico de ese Estado miembro...". Considera la Sala que el referido examen "... ha de comprender, en el marco de un contrato de préstamo hipotecario que estipule la retribución del correspondiente préstamo mediante intereses que se calculan según un tipo variable, la obligación, no solo de que la cláusula considerada sea comprensible para el consumidor en un plano formal y gramatical, sino también de que posibilite que el consumidor medio, normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz, esté en condiciones de comprender el funcionamiento concreto del modo de cálculo de dicho tipo de interés y de valorar así, basándose en criterios precisos y comprensibles, las consecuencias económicas, potencialmente significativas, de tal cláusula sobre sus obligaciones financieras (...)".

2º. La cláusula de las hipotecas que incluye como índice de referencia el IRPF, debe superar el doble control de transparencia para no ser declarada nula por un tribunal español, y ello a tenor de la previsión contenida en la Directiva 93/2013/CEE, cuyos artículos 4º y 5º exigen una redacción clara y comprensible del texto de la cláusula para el consumidor. Desde esta consideración la resolución sienta doctrina sobre el índice IRPH y declara que el IRPH de las cajas de ahorros no es un índice legal o reglamentario de obligada aplicación por los bancos que, por lo tanto, no estaban obligados a incluirlo en las hipotecas concertadas con los consumidores. El Tribunal de Luxemburgo viene a reponer el criterio de que el doble control de transparencia de esta cláusula se aplica incluso en el caso de que el Estado miembro no haya transpuesto a su legislación la Directiva 93/2013, concretamente su artículo 4, apartado 2 de la Directiva. Al respecto se declara que: "Sin perjuicio del artículo 7, el carácter abusivo de una cláusula contractual se apreciará teniendo en cuenta la naturaleza de los bienes o servicios que sean objeto del contrato y considerando, en el momento de la celebración del mismo, todas las circunstancias que concurran en su celebración, así como todas las demás cláusulas del contrato, o de otro contrato del que dependa (…) La apreciación del carácter abusivo de las cláusulas no se referirá a la definición del objeto principal del contrato ni a la adecuación entre precio y retribución, por una parte, ni a los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, por otra, siempre que dichas cláusulas se redacten de manera clara y comprensible".

3º. Considera el TJUE que es necesario que la cláusula que se incluya en el préstamo hipotecario como índice del tipo de interés pueda calcularse para toda la vida del préstamo, y en el supuesto de no ser así, los elementos necesarios para poder realizar el cálculo del índice IRPH de las Cajas de Ahorros deben de ser de fácil comprensión para cualquier persona, al estar publicados en la Circular

8/1990, publicada, a su vez, en el BOE. Y es que la exigida claridad en la citada cláusula permitirá al cliente bancario titular del préstamo hipotecario entender cómo se calcula el índice, según el tipo medio de los préstamos hipotecarios a más de tres años para adquisición de vivienda, incluyendo así los diferenciales y gastos aplicados por tales entidades, y que, en el contrato de préstamo hipotecario que ha dado lugar a la sentencia del TJUE, ese índice se redondeaba por exceso a un cuarto de punto porcentual, incrementado en el 0,25 %.

4º. Por otra parte, y atendida la circunstancia de que la competencia del TJUE comprende exclusivamente la interpretación de las disposiciones del Derecho de la Unión, en este caso de la Directiva 93/13, corresponde únicamente al órgano judicial remitente llevar a cabo las comprobaciones necesarias a este respecto, a la vista de todos los elementos de hecho pertinentes, entre los que figuran la publicidad y la información proporcionadas por el prestamista en el marco de la negociación de un contrato de préstamo. Más precisamente, incumbe al juez nacional, al tener en cuenta el conjunto de circunstancias que rodearon la celebración del contrato, verificar que, en el asunto de que se trate, se hubieran comunicado al consumidor todos los elementos que pueden incidir en el alcance de su compromiso, permitiéndole evaluar, en particular, el coste total de su préstamo. En este sentido se significa que desempeñan un papel decisivo en tal apreciación, entre otras circunstancias, la relativa a si las cláusulas están redactadas de forma clara y comprensible, de manera que permitan a un consumidor medio evaluar tal coste, debiéndose sancionar la falta de mención en el contrato de préstamo de la información que se considere esencial a la vista de la naturaleza de los bienes o de los servicios que son objeto de dicho contrato.

5º. Considera el Tribunal que resulta pertinente a los efectos del señalado análisis la circunstancia de que los elementos principales relativos al cálculo del IRPH de las cajas de ahorros resultaban fácilmente asequibles a cualquier persona que tuviera intención de contratar un préstamo hipotecario, puesto que figuraban en la Circular 8/1990, publicada a su vez en el BOE. Y es que esta circunstancia permitía a un consumidor razonablemente atento y perspicaz comprender que el referido índice se calculaba según el tipo medio de los préstamos hipotecarios a más de tres años para adquisición de vivienda, incluyendo así los diferenciales y gastos aplicados por tales entidades.

6º. Además, la Sentencia precisa que resulta pertinente, a los efectos de evaluar la transparencia de la cláusula controvertida la circunstancia de que, según la normativa nacional vigente en la fecha de celebración del contrato sobre el que versa el litigio principal (anexo VII de la Circular 8/1990), las entidades de crédito estuvieran obligadas a informar a los consumidores de cuál había sido la evolución del IRPH de las cajas de ahorros durante los dos años naturales anteriores a

la celebración de los contratos de préstamo y del último valor disponible. Por otra parte, esta información también puede dar al consumidor una indicación objetiva sobre las consecuencias económicas que se derivan de la aplicación de dicho índice y constituyen un término útil de comparación entre el cálculo del tipo de interés variable basado en el IRPH de las cajas de ahorros y otras fórmulas de cálculo del tipo de interés. En definitiva, el juzgado nacional que conoce del asunto debe comprobar si en el momento y antecedentes a la celebración del contrato de préstamo hipotecario el banco prestamista cumplió efectivamente con todas las obligaciones de información al cliente consumidor establecidas por las leyes y reglamentos españoles. Y es que las entidades de crédito, están y estaban obligadas a realizar el control de transparencia de incorporación de la citada cláusula al contrato, a tenor de la legislación nacional vigente en la fecha de celebración del contrato, en la cual los bancos y financieras estaban obligadas a informar a los consumidores de productos bancarios, del último valor disponible y de cuál había sido la evolución del IRPH de las cajas de ahorros durante los dos años anteriores a la celebración de los contratos de préstamo hipotecario. De esta manera, mediante el conocimiento y manejo de la indicada información, el usuario de los servicios financieros podría tener una información esencial sobre las sobre las consecuencias de la aplicación del índice IRPH, para poder comparar entre el cálculo del IRPH de las cajas de ahorros y otros índices del tipo de interés aplicables a su hipoteca, entre ellos el Euribor.

7º. Considera asimismo el TJUE que el juez competente para conocer de este caso "... podría reemplazar la cláusula controvertida por el índice sustitutivo contemplado en la Ley 14/2013, siempre que pueda considerarse que, con arreglo al Derecho nacional, el referido índice tiene carácter supletorio", si bien siempre y cuando concurran los requisitos siguientes: el carácter abusivo de la cláusula controvertida; que el contrato de préstamo hipotecario sobre el que versa el litigio principal no pudiera sobrevivir sin tal cláusula; y que debido a la anulación del contrato el demandante en el litigio principal pudiera quedar expuesto a consecuencias especialmente perjudiciales. En definitiva, la sentencia no se opone a que el juez nacional en su resolución pueda sustituir la cláusula abusiva del incide IRPH de la hipoteca por otra más equilibrada a tenor de la Directiva 93/2013, a los efectos de evitar anular todos los contratos que contengan ese tipo de cláusulas y reemplazarlas por otras que impongan al contrato un equilibrio real entre los derechos y obligaciones de las partes para restablecer la igualdad entre el contratante consumidor y el empresario. Y en el caso de que no se pudiera sustituir la cláusula abusiva por el juez, esto obligará al juzgador a anular todo el contrato, con la consecuencia para el consumidor de que tendría que devolver al banco prestamista las prestaciones recibidas, es decir, el importe del capital prestado. Para el supuesto de préstamos hipotecarios, la anulación conllevaría, en caso de no poderse devolver el capital por el consumidor, que el banco podría exigir el

pago del importe del préstamo pendiente de devolución, lo que en muchos casos sería imposible para consumidor, resultando que la declaración de nulidad de la cláusula por abusiva penalizaría al consumidor más que al propio prestamista, que seguiría incluyendo en sus contratos este tipo de cláusulas abusivas sin posibilidad de defensa para el consumidor.

8º. Además, el Tribunal razona que, con carácter general, "cuando el juez nacional ha declarado la nulidad de una cláusula abusiva contenida en un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor, el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que se opone a una norma de Derecho nacional que permite al juez nacional integrar dicho contrato modificando el contenido de esa cláusula (…)". No obstante, la Sala precisa que, "en una situación en la que un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor no puede subsistir tras la supresión de una cláusula abusiva, el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13 no se opone a que el juez nacional, en aplicación de principios del Derecho de los contratos, suprima la cláusula abusiva sustituyéndola por una disposición supletoria de Derecho nacional en aquellos casos en que la declaración de nulidad de la cláusula abusiva obligue al juez a anular el contrato en su totalidad, quedando expuesto así el consumidor a consecuencias especialmente perjudiciales, que representen para este una penalización (...)".

9º. La STJUE declara también que: "(E)n el caso de un préstamo, tal anulación podría tener, en principio, el efecto de hacer inmediatamente exigible el pago del importe del préstamo pendiente de devolución, en una cuantía que puede exceder de la capacidad económica del consumidor, y, por esa razón, penalizaría a este más que al prestamista, a quien, como consecuencia, no se disuadiría de insertar cláusulas de ese tipo en los contratos que ofrezca (...)", para concluir que "(...), procede considerar que, en una situación en la que un contrato de préstamo hipotecario celebrado entre un profesional y un consumidor no puede subsistir tras la supresión de una cláusula abusiva que se refiere a un índice legal de cálculo del tipo de interés variable aplicable al préstamo, el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13 no puede interpretarse en el sentido de que se opone a que el juez nacional, con el fin de evitar la nulidad del contrato, sustituya esa cláusula por un índice establecido como supletorio por el Derecho nacional, en la medida en que la anulación del contrato exponga al consumidor a consecuencias especialmente perjudiciales (...)".

En suma, la STJUE permite establecer las siguientes conclusiones:

a) La cláusula IRPH está comprendida en el ámbito de aplicación de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores. Y con referencia a esta cuestión conviene tener en cuenta la posición de las entidades bancarias acerca de que el índice

IRPH, al estar previsto en una norma administrativa, quedaba fuera del control de abusividad, pues sobre este particular el TJUE precisa que la referencia al IRPH de las Cajas de Ahorros no es el resultado de una disposición legal o reglamentaria imperativa, de manera que los bancos no se encontraban obligados a incluirlo en sus préstamos hipotecarios. Todo ello, y sin perjuicio de que el juzgado remitente verifique tal circunstancia, resulta que la cláusula se encuentra comprendida en el ámbito de aplicación de la Directiva 93/13/CEE.

b) Los Tribunales españoles está obligados a examinar el carácter claro y comprensible de una cláusula contractual que se refiera al objeto principal del contrato, independientemente de la trasposición del artículo 4, apartado 2 de la Directiva 93/13/CEE al ordenamiento jurídico. Sobre esta cuestión, la Sala declara que el artículo 5 de la Directiva 93/13/CEE incorpora asimismo la exigencia de redacción clara y comprensible que se contiene en su artículo 4, lo cual permite deducir que la previsión será de aplicación, en cualquier caso, también cuando una cláusula se encuentre comprendida en el ámbito de aplicación del artículo 4, apartado 2, de la Directiva e incluso en el supuesto de que el Estado miembro de que se trate no haya transpuesto esta disposición. Para el supuesto de la cláusula IRPH que incluye una referencia a un tipo de interés variable cuyo valor exacto no puede determinarse en un contrato de préstamo para toda la vigencia del contrato, los elementos principales relativos al cálculo del IRPH de las Cajas de Ahorro deben ser fácilmente asequibles a cualquier persona, toda vez que figuraban en la Circular 8/1990, publicada en el BOE. Conviene reiterar que la señalada circunstancia posibilitaba al consumidor el entender que el índice debía calcularse según el tipo medio de los préstamos hipotecarios a más de tres años para adquisición de vivienda, incluyendo así los diferenciales y gastos aplicados por tales entidades, y que, en el contrato de préstamo hipotecario en cuestión, ese índice se redondeaba por exceso a un cuarto de punto porcentual, incrementado en el 0,25 %. Por otra parte, resulta asimismo idóneo a los efectos del control de transparencia el dato de que, según la normativa nacional vigente en la fecha de celebración del contrato, las entidades de crédito se encontraban obligadas a informar a los consumidores de cuál había sido la evolución del IRPH de las Cajas de Ahorro durante los dos años naturales anteriores a la celebración de los contratos de préstamo y del último valor disponible, pues esta información proporcionaría al consumidor una indicación objetiva sobre las consecuencias económicas de la aplicación del índice y hubiera sido un término útil de comparación entre el cálculo del IRPH de las cajas de ahorros y otras fórmulas de cálculo del tipo de interés.

c) La cláusula IRPH cumplirá la exigencia de transparencia siempre que resulte comprensible tanto formal como gramaticalmente, y si permite que el consumidor medio, normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz, pueda comprender el funcionamiento del modo de cálculo y de valorar sus consecuencias

económicas. Así, el Juez nacional considerará si los elementos principales para el cálculo del tipo de interés son fácilmente asequibles a cualquier persona, y, por otro lado, si se proporcionó información sobre la evolución en el pasado del índice en que se basa el cálculo de ese mismo tipo de interés. Sobre este particular la Sala considera que, no obstante la prohibición general de integración de los contratos, cuando un contrato entre profesional y consumidor no puede subsistir, el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13/CEE no se opone a que el juez nacional, suprima la cláusula abusiva sustituyéndola por una disposición supletoria de Derecho nacional cuando la declaración de nulidad obligue al juez a anular el contrato en su totalidad y deje expuesto al consumidor a consecuencias especialmente perjudiciales. Y es que el TJUE tiene declarado en reiteradas ocasiones que la sustitución de una cláusula abusiva por una disposición supletoria de Derecho nacional resulta plenamente justificada a la luz de la finalidad de la Directiva 93/13/CEE, toda vez que pretende sustituir el equilibrio formal entre los derechos y obligaciones de las partes por un equilibrio real que pueda restablecer la igualdad, y no anular todos los contratos que contengan cláusulas abusivas. Y es que de no permitirse la sustitución de una cláusula abusiva constriñéndose al juez a anular el contrato, el consumidor podría quedar expuesto a consecuencias especialmente perjudiciales, de modo que el carácter disuasorio derivado de la anulación del contrato podría frustrarse. Así, en el supuesto de préstamos, la anulación determinaría la necesidad de la inmediata exigibilidad del pago del importe del préstamo pendiente de devolución, en una cuantía que pudiera exceder de la capacidad económica del consumidor, y, por tal razón, resultaría más penalizado el prestatario que el prestamista, que no iba a resultar disuadido de insertar cláusulas de ese tipo en los contratos que ofrezca.

d) La Directiva 93/13 no se opone a que, en caso de declaración de nulidad de la cláusula IRPH, el juez nacional lo sustituya por un índice legal aplicable a falta de acuerdo en contrario de las partes del contrato, siempre que el contrato de préstamo hipotecario no pudiera subsistir tras la supresión de la cláusula abusiva y que la anulación del contrato en su totalidad dejara al consumidor expuesto a consecuencias especialmente perjudiciales. Sobre este aspecto, el TJUE considera que el índice IRPH, previsto por la Circular 8/1990, fue reemplazado, en virtud de la disposición adicional decimoquinta de la Ley 14/2013, de 27 de septiembre de 2013, por un índice sustitutivo que el Gobierno español calificó de "supletorio, y por tal motivo, sin perjuicio de la comprobación que pueda verificar el juzgado remitente, la disposición establece que se aplicará dicho índice sustitutorio en defecto de otro acuerdo diferente entre las partes del contrato. En este ámbito, en el caso de que el juez remitente comprobara tanto el carácter abusivo de la cláusula controvertida, como la circunstancia de que el contrato de préstamo hipotecario sobre el que versa el litigio principal no podría sobrevivir sin tal cláusula, y también el dato de que, debido a la anulación del contrato, el demandante en

el litigio principal quedaría expuesto a concretas consecuencias especialmente perjudiciales, podría reemplazar la cláusula controvertida por el índice sustitutivo contemplado en la Ley 14/2013[19], siempre y cuando pueda considerarse que, de conformidad con el Derecho nacional, el señalado índice tiene carácter supletorio.

IV. PRONUNCIAMIENTOS MÁS RECIENTES DE NUESTROS JUZGADOS Y AUDIENCIAS PROVINCIALES.

Con posterioridad al dictado de la STJUE 3 marzo de 2020, nuestros tribunales han venido emitiendo resoluciones en sentido no siempre coincidente con la doctrina sentada por el Tribunal de Luxemburgo. Seguidamente, por orden cronológico, reseño algunos de los pronunciamientos más significativos.

1. Sentencias que declaran el carácter abusivo de la cláusula IRPH.

- *SJPI Nº 4 Burgos 4 marzo 2020*[20], en la que se declara nula, por falta de transparencia, la cláusula de IRPH contenida en la escritura y se sustituye por el Euribor, concluyéndose que: "En el caso de autos, la cláusula 3 bis. 3 de la Escritura de Préstamo Hipotecario, evidencia ausencia de información detallada y pormenorizada, que no permite que un consumidor pueda llegar a comprender la forma de cálculo del índice de referencia adoptado ni del sustitutivo, aunque tales tipos de referencia estén legalmente permitidos; pues de la prueba practicada, no se acredita, correspondiendo la carga de la prueba a la entidad demandada, que ésta suministrara a la parte actora información específica relativa al alcance o funcionamiento de este tipo de referencia en virtud de la cual la actora pudieran valorar si le interesaba el préstamo con este tipo de referencia o un préstamo referenciado a Euribor, que era lo habitual en el momento de la constitución del préstamo con garantía hipotecaria, ni tampoco figura información sobre la evolución histórica del tipo de referencia, en comparación con el Euribor. En consecuencia. La entidad bancaria demandada no suministró información suficiente a los actores para que éstos pudieran comprende el alcance económico y jurídico de la cláusula. No se cuenta con la declaración de la actora, habiendo declarado el testigo que no recuerda la operación, ni si el IRPH en el momento de la formalización del préstamo era superior o inferior al Euribor. Y en la propia Oferta Vinculante, que no ha sido firmada por los demandantes, figura el índice de referencia IRPH enmarañado en la cláusula Tercera. Por ello, procede declarar la nulidad por falta de transparencia de la cláusula pacto 3º bis de la Escritura de Préstamo Hipotecario de fecha 2 de agosto de 2005".

19 Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización, publicada en el BOE núm. 233, de 28 de septiembre de 2013.

20 SJPI Nº 4 Burgos 4 marzo 2020 (Roj: SJPI 3/2020 - ECLI: ES:JPI:2020:3).

- *SJPI nº 6 Lleida 9 marzo 2020*[21], en la que se declara lo siguiente:"(...) Los demandantes depusieron en Sala que no recordaban negociaciones previas con el banco, y además, no se les explicó la diferencia entre el índice de referencia Euribor ni IRPH, así como la evolución anterior de éste. Los empleados de la entidad bancaria propuestos como testigos no aportaron claridad al asunto, puesto que uno de ellos a causa de una enfermedad posterior perdió memoria y no recordaba la contratación con los actores, y el otro empleado no recuerdo a los actores ni la contratación de la hipoteca con ellos. Si tenemos en cuenta la inversión de la carga de la prueba del artículo 82.2 del texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, por la que se impone la carga de la prueba sobre una posible negociación e información al empresario, nada se ha probado sobre la información previa facilitada al prestatario. La Jurisprudencia europea (...) exige que para dar cumplimiento a las exigencias de buena fe y equilibrio amparadas en la Directiva 93/13/CEE en los contratos celebrados entre consumidor y profesional, el Bando o entidad financiera correspondiente debe facilitar información que facilite a un consumidor medio la comprensión de las consecuencias jurídicas y económicas que supone referenciar el interés variable de su préstamo hipotecario al índice de referencia IRPH. Y esta información, específicamente, alude a una explicación completa sobre el método de cálculo empleada para obtener tal índice de referencia, así como un estudio de la evolución que tal índice había tenido con anterioridad a la firma del contrato. La demandada arma su defensa a la legalidad del IRPH por tratarse de un índice de referencia oficial, recogido en legislación nacional y controlado por el Banco de España. Sin embargo, y a pesar de lo anterior, como ha señalado el TJUE, debe de superar un control de transparencia material, el cual en el caso presente no se ha probado por el empresario. Lo anteriormente expuesto, conduce a declarar la nulidad del pacto tercero bis de la escritura de préstamo litigiosa, en el cual se pactó que el índice de referencia aplicado para el cálculo de los intereses fuera el IRPH". La Juzgadora, por cuanto se refiere a los efectos de la nulidad de la cláusula relativa al IRPH, declara que: "Sobre esta cuestión, la sentencia C-125/2018 del TJUE establece que: " 67. Por consiguiente, procede responder a la tercera cuestión prejudicial que los artículos 6, apartado 1 , y 7, apartado 1, de la Directiva 93/13 (...) deben interpretarse en el sentido de que no se oponen a que, en caso de declaración de nulidad de una cláusula contractual abusiva que fija un índice de referencia para el cálculo de los intereses variables de un préstamo, el juez nacional lo sustituya por un índice legal aplicable a falta de acuerdo en contrario de las partes del contrato, siempre que el contrato de préstamo hipotecario no pudiera subsistir tras la supresión de la cláusula abusiva y que la anulación del contrato en su totalidad dejara al consumidor expuesto a consecuencias especialmente perjudiciales". En la descrita situación resulta procedente, en consecuencia, que las partes se restituyan recíprocamente cuantas

21 SJPI nº 6 Lleida 9 marzo 2020 (Roj: SJPI 5/2020 - ECLI: ES:JPI:2020:5).

obligaciones hayan satisfecho como consecuencia de la escritura pública litigiosa, y en tanto aquélla no supone la desaparición de la obligación inicial, lo procedente será la sustitución del índice IRPH por el índice de referencia EURIBOR, con la restitución de los intereses indebidamente cobrados por la entidad bancaria al no haberse aplicado el índice Euribor, más los intereses devengados desde cada uno de los cobros indebidos, que se determinará en ejecución de sentencia".

- *SJPI nº 4 Guadalajara 8 abril 2020*[22], en la que se señala, al abordar el "análisis jurídico y jurisprudencial de la cláusula objeto de declaración de nulidad en la presente litis, el Índice de Referencia de los Préstamos Hipotecarios (en adelante IRPH), cabe indicar que la Orden de 5 de mayo de 1994, sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios (actualmente derogada) habilitó al Banco de España para definir un conjunto de índices o tipos de interés de referencia oficiales, susceptibles de ser aplicados por las entidades de crédito a los préstamos hipotecarios a interés variable. En cumplimiento de dicha habilitación, la Circular 5/1994 del Banco de España, de 22 de julio, estableció como oficiales los siguientes índices: a) Tipo medio de los préstamos hipotecarios a más de tres años, para adquisición de vivienda libre concedidos por los bancos (IRPH BANCOS). b) IRPH como "... la media simple de los tipos de interés medios ponderados por los principales de las operaciones de préstamo con garantía hipotecaria de plazo igual o superior a tres años para adquisición de vivienda libre, que hayan sido iniciadas o renovadas en el mes a que se refiere el índice por los bancos, las cajas de ahorros y las sociedades de crédito hipotecario". Y se precisa que: "Tal y como considera razonable la STJUE de 3 de marzo de 2020, en el supuesto de litis, de la documental aportada a las actuaciones no se desprende que la entidad financiera demandada haya informado a los consumidores de cuál había sido la evolución del IRPH durante los dos años naturales anteriores a la celebración de los contratos de préstamo y del último valor disponible. Tal información hubiera podido dar al consumidor una indicación objetiva sobre las consecuencias económicas que se derivan de la aplicación de dicho índice y constituye un término útil de comparación entre el cálculo del tipo de interés variable basado en el IRPH y otras fórmulas de cálculo del tipo de interés". Para concluir que: "Así pues, y en el caso de autos, no se considera que para cumplir con la exigencia de transparencia de una cláusula contractual que fija un tipo de interés variable en un contrato de préstamo hipotecario, dicha cláusula no solo debe ser comprensible en un plano formal y gramatical, sino también permitir que el consumidor medio, normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz, esté en condiciones de comprender el funcionamiento concreto del modo de cálculo del referido tipo de interés y de valorar así, basándose en criterios precisos y comprensibles, las consecuencias económicas, potencialmente significativas, de dicha cláusula

22 SJPI nº 4 Guadalajara 8 abril 2020. Procedimiento 765/2017.

sobre sus obligaciones financieras. Recordemos que en el presente caso la única prueba que existe es la documental por reproducida ya que la entidad bancaria no pudo facilitar datos de la persona que comercializó el préstamo para que depusiera como testigo y la respuesta de la AEAT tampoco es relevante al objeto debatido. En atención a lo expuesto procede declarar la nulidad de la cláusula de IRPH adoptado en el préstamo de litis y de su sustitutivo, por incumplimiento de la normativa comunitaria sobre transparencia en los términos expuestos, de conformidad con la STUJE de 3 de marzo de 2020".

- *SJPI nº 17 Palma de Mallorca 20 abril 2020*[23], declara la nulidad de la cláusula de IRPH. A tal efecto la Juzgadora declara que: "En el caso de litis la cláusula de índice de referencia tiene este tenor literal: "Índice de Referencia Adoptado. Es el "tipo medio de los Préstamos Hipotecarios a más de tres años de cajas de ahorros" que se publica por el Banco de España con periodicidad mensual en el Boletín Oficial del Estado". Fijándose como índice de referencia sustitutivo: "No obstante, en el supuesto de que en la fecha establecida para el cálculo del tipo de interés nominal anual correspondiente a cada período de interés de la segunda fase, hubiese transcurrido más de dos meses sin que el Índice de Referencia Adoptado se hubiese publicado en el BOE, se adoptará como Índice de Referencia el "Tipo activo de referencia de las Cajas de Ahorro" que se define en el Anexo VIII de la Circular 8/90 del Banco de España, índice que se publica por el dicho Banco con periodicidad mensual en el Boletín Oficial del Estado". Se parte de la consideración de esta cláusula como condición general de la contratación. Como ya ha manifestado en numerosas ocasiones el TS desde la STS 9 mayo 2013 (referente a la cláusula suelo), los requisitos para ser condición general de la contratación son los siguientes: a) Contractualidad: se trata de "cláusulas contractuales", que se ha incluido en el contrato por voluntad de los contratantes y no por acatamiento de una norma imperativa que imponga su inclusión. b) Predisposición: la cláusula ha de estar prerredactada, siendo irrelevante que lo haya sido por el propio empresario o por terceros. c) Imposición: su incorporación al contrato debe ser impuesta por una de las partes (suele ser el empresario al consumidor, pero la LCGC no se aplica sólo en el ámbito de la relación entre empresario y consumidor), de tal forma que el bien o servicio sobre el que versa el contrato no pueda obtenerse más que mediante el acatamiento a la inclusión en el mismo de la cláusula. La conocida fórmula "take it or leave it". d) Generalidad: las cláusulas deben estar incorporadas a una pluralidad de contratos con la finalidad de disciplinar uniformemente los contratos que van a realizarse. Frente a las cláusulas negociadas individualmente se utilizan en la llamada contratación en masa o seriada. Aunque resulte lógico que una cláusula que afecta al objeto principal del contrato, como es el interés remuneratorio (el precio de la operación), se incluya

23 SJPI nº 17 Palma de Mallorca 20 abril 2020. Procedimiento 1089/2018.

como una condición particular, es posible que una cláusula que se refiere al objeto principal del contrato se haya incluido en el clausulado general y se configure como una condición general de la contratación (...). En este sentido han resuelto tanto el TS como el TJUE. Y, no constando que en el caso de autos, fuera negociada individualmente, debe considerarse que tiene tal cualidad de condición general, en tanto que reúne todos y cada uno de los requisitos necesarios para su calificación como tal (contractualidad, predisposición, imposición y generalidad). No se utilizó la expresión abreviada IRPH, siglas que más allá de su reciente popularidad a través de la difusión en los medios de comunicación de la cuestión prejudicial elevada ante el TJUE, distaban de ser conocidas para el ciudadano medio en este país, no obstante tampoco se define con precisión dicho índice de referencia, sino que nos hallamos ante una cláusula que establece que la definición de ese índice está en una Circular, es decir, es una cláusula con remisión normativa, no considerada válida como información precontractual o contractual por pacífica jurisprudencia, ya que se obliga a que el contrato contenga perfectamente definidos los elementos del mismo y las fórmulas de cálculo, especialmente los elementos esenciales y las cláusulas complejas u oscuras, sin que sea válida la remisión normativa para que sea el consumidor el que se informe del funcionamiento de dicha cláusula mediante su propia búsqueda de información, fuera del contrato. Cabe destacar asimismo, la especial complejidad y dificultad que presenta este índice IRPH tanto al tenor de su fórmula matemática de cálculo, como por su peculiar configuración (incluye comisiones y además gasto del cliente, y se calcula por una media no ponderada) presenta una complejidad de compresión para el consumidor medio que lo hace idóneo como elemento o componente susceptible del control de transparencia y, por tanto, de las exigencias derivadas para el profesional de facilitar, activamente, una información adecuada y comprensible de su aplicación y funcionamiento en el contrato de préstamo ofertado. El profesional que configura condiciones generales que inciden sobre elementos esenciales se le exige un plus de información, o de exigencia de transparencia, que permita al consumidor adoptar su decisión de contratar con pleno conocimiento de la carga jurídica y económica que les supondrá concertar el contrato, sin necesidad, desde la asimetría de información existente, de realizar por el mismo un análisis minucioso y pormenorizado del contrato. De ahí que esta exigencia comporte que el elemento que presenta cierta complejidad sea objeto de una información principal y comprensible en la formación y perfección del contrato. Para cumplir con esta exigencia de información el profesional puede recurrir a diversos parámetros de compresibilidad del elemento en cuestión, sin que, en principio, haya un listado taxativo o jerárquico de los mismos. Sin embargo, la STJUE de 20 de septiembre de 2017 (en un supuesto de hipoteca multidivisa), con relación a la compresión de estos mecanismos que versan sobre una operativa financiera, caso de la variación en el tipo de cambio de una divisa, pero también de la aplicación de un índice de referencia, resalta el deber del profesional de proporcionar los posibles escenarios

que comporte la aplicación de dichos mecanismos. En el caso de autos no se considera acreditado que la entidad financiera demandada facilitara información específica o adicional al consumidor relativa al alcance y funcionamiento concreto de este índice de referencia en el marco del contrato de préstamo ofertado, tanto en la fase precontractual, como en las fases de perfección y ejecución del contrato. Este parámetro resulta relevante en el presente caso, en donde el profesional, sin duda, conocía la peculiar configuración de este índice, así como el carácter residual de su utilización, pues más del 80% de los préstamos hipotecarios ya venían en el año en el que se concertó el préstamo, referenciados al Euríbor como índice aplicable. Con lo que el plus o exigencia de transparencia era mayor en estos casos, pues debe recordarse que las variaciones del Euríbor, desde el año 2000, fueron objeto de difusión periódica por los canales televisivos y la prensa en general, por lo que el consumidor medio tenía mejor acceso y estaba más familiarizado con el alcance de este índice de referencia que con el IRPH. El consumidor medio puede conocer que, al igual que el interés variable, los índices de referencia pueden fluctuar. Pero no necesariamente puede conocer, sin la información adecuada, que no todos los índices fluctúan de igual forma a tenor de su configuración, ni tampoco su previsible comportamiento sin los escenarios de variación que se hayan producido. Información, junto a otra posible, que el profesional no suministró al consumidor pese a disponer de la misma. En particular, cabe destacar que, desde su aplicación, el IRPH se ha mantenido en valores superiores a otros índices más usuales y conocidos por el consumidor medio, como el EURIBOR. Además, se constata que en el caso de litis no se considera acreditado que se informara al consumidor de las circunstancias concretas del modo de cálculo y de la posibilidad que tenían las Cajas o entidades financieras de influir sobre dicho cálculo. En concreto la documental aportada a autos no arroja información de que el IRPH se calculaba a partir de los datos facilitados por las mismas entidades financieras cada mes; de que el IRPH se calcula como media simple, con el mismo peso de todas las entidades (IRPH sectorial), con independencia del volumen de préstamos concedidos. Por ello, si una entidad por haber incrementado un mes los tipos de interés o comisiones, perdía cuota de mercado, no variaba su representatividad en el IRPH. Por lo tanto, a menos entidades financieras, más influencia en el IRPH de las que quedan y, por consiguiente, cualquiera podía influir en el resultado del IRPH incrementado los intereses o las comisiones que aplicaba en el mes en cuestión. Tampoco se considera acreditado que informara al consumidor que el dato que proporcionaba la entidad bancaria o caja de ahorros para obtener la media aritmética del IRPH lo era con el TAE con comisiones y gastos. Asimismo, y desde el punto de vista de la publicidad que solía acompañar la utilización de este índice de referencia, cabe destacar que era habitual publicitar el IRPH al cliente como un índice menos volátil, más seguro y más estable que el euríbor, por lo que también parece razonable, en opinión de esta Juzgadora que debe exigirse a la entidad financiera, haber facilitado

con carácter precontractual la exhibición de las diferentes gráficas, extraídas con datos del Banco de España y conocidas entonces por la entidad profesional, a las efectos de dar a conocer la evolución de uno (IRPH) y otro tipo (EURÍBOR) al consumidor, así como la realización de simulaciones en diferentes contextos alcistas y bajistas de cada uno de los índices de referencia, a los efectos de que el consumidor pudiera tener una exacta información del coste jurídico y económico que conllevaba acogerse a uno u otro índice de referencia. Todos estos datos, además de su fórmula de cálculo matemático, que también es parte de su comprensibilidad, abocan a que pudiera tratarse de un índice complejo en su conjunto, lo que debería determinar por parte de la entidad financiera un plus de información y publicidad, justamente por afectar a un elemento esencial del contrato. Añadiéndose un plus en la transparencia para nuestro derecho al no transponer el art. 4.2 de la Directiva. Es decir, el nivel de protección debe ser más elevado que el de la propia Directiva 93/13/ CEE. No comparte este Juzgadora la opinión del TS en su mencionada sentencia de 14 de diciembre de 2017 de que esta información del coste comparativo en una evolución de tiempo razonable (dos años antes de la celebración del contrato, tal y como señala la STJUE de 3 de marzo de 2020), mediante exhibición de gráficos y realización de simulaciones que evidenciaran y cuantificaran que si el IRPH evolucionaba más desfavorablemente que el EURIBOR, tal circunstancia perjudicaría y en qué medida concreta al prestatario, si pese a los distintos márgenes, el resultado era superior, sea "una obviedad", "ya que resulta evidente que siempre que existen varios índices oficiales, los prestatarios cuyos préstamos estén referenciados al índice que en el futuro se comporte mejor (en el sentido de que baje más o suba menos) saldrán ganando, y los que lo estén al índice que evolucione peor, saldrán perdiendo. Como ocurre con los préstamos fijos: si el índice al que está referenciado el préstamo a interés variable más el diferencial baja por debajo del tipo fijo, los prestatarios que hayan optado por éste saldrán perdiendo; si ocurre lo contrario, saldrán ganando". No parece que esta simplista comparación realizada por el TS en la citada sentencia sea acertada ni afortunada, ya que resulta evidente que no nos encontramos ante supuestos de similar complejidad y facilidad de entendimiento para el "consumidor medio, normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz". Máxime si tenemos en cuenta que era habitual que el diferencial del IRPH fuera inferior al del EURIBOR, elemento que, en opinión de esta Juzgadora, contribuía más a generar en el consumidor la expectativa de que el IRPH no sólo era un índice de referencia más "seguro y estable" sino más "barato" por tanto con menor coste económico en su préstamo hipotecario. Tal y como considera razonable la STJUE de 3 de marzo de 2020, en el supuesto de litis, de la documental aportada a las actuaciones no se desprende que la entidad financiera demandada haya informado a los consumidores de cuál había sido la evolución del IRPH durante los dos años naturales anteriores a la celebración de los contratos de préstamo y del último valor disponible. Tal información hubiera podido dar al

consumidor una indicación objetiva sobre las consecuencias económicas que se derivan de la aplicación de dicho índice y constituye un término útil de comparación entre el cálculo del tipo de interés variable basado en el IRPH y otras fórmulas de cálculo del tipo de interés. Así pues, y en el caso de autos, no se considera que para cumplir con la exigencia de transparencia de una cláusula contractual que fija un tipo de interés variable en un contrato de préstamo hipotecario, dicha cláusula no solo debe ser comprensible en un plano formal y gramatical, sino también permitir que el consumidor medio, normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz, esté en condiciones de comprender el funcionamiento concreto del modo de cálculo del referido tipo de interés y de valorar así, basándose en criterios precisos y comprensibles, las consecuencias económicas, potencialmente significativas, de dicha cláusula sobre sus obligaciones financieras". Por lo expuesto la Juzgadora declara "la nulidad de la cláusula de IRPH adoptada en el préstamo de litis y de su sustitutivo, por incumplimiento de la normativa comunitaria sobre transparencia en los términos expuestos, de conformidad con la STUJE de 3 de marzo de 2020". En relación a las consecuencias relacionadas con el alcance de la nulidad, la Sentencia señala que el "interés del préstamo afecta a un elemento esencial y podría entenderse que un préstamo no puede sobrevivir sin el interés al ser primordial para el profesional. Es decir, el profesional no hubiera concedido el préstamo, por lo que la nulidad conllevaría la restitución y devolución inmediata e íntegra del préstamo por el deudor, con pérdida del beneficio del plazo, lo que sería claramente perjudicial para el consumidor". Seguidamente se explica que "también podría aplicarse estrictamente el art. 10 LCGC, art. 83 TRLGCU, art. 1303 del Código Civil y el principio de no vinculación en absoluto al consumidor de las cláusulas declaradas nulas por abusivas ex art. 6.1 de la Directiva 93/13 y dejar sin efecto el interés quedando obligado tan solo el consumidor a la devolución del capital en los plazos estipulados. Acorde con el principio declarado por el TJUE relativo a la obligatoriedad del contrato para las partes en los mismos términos, si este puede subsistir sin las cláusulas abusivas, al ser ello jurídicamente posible, y así conseguir el efecto disuasorio y evitar en lo sucesivo la imposición de esta cláusula sin la debida información, conforme con el art. 7 de la Directiva 93/13". La Juzgadora precisa que "la opción de que el préstamo siga desplegando su eficacia, suprimiendo el citado índice de referencia y dejando el préstamo sin intereses no es una opción viable en nuestro ordenamiento jurídico ya que desnaturaliza el contrato de préstamo mercantil que por definición debe ser oneroso" y que "la nulidad total del contrato de préstamo, declarando su vencimiento anticipado, sería gravemente perjudicial para el consumidor". Por ello, se concluye que "procede declarar aplicable al préstamo hipotecario de litis el EURIBOR, condenando a la entidad financiera demandada al recálculo de todos los intereses devengados durante toda la vida del préstamo hipotecario, utilizando como índice de referencia el EURIBOR y a restituir a la parte actora la diferencia resultante en relación a las cantidades percibidas utilizando el IRPH cuya nulidad

se ha declarado. Cantidad a la que habrá que añadir los intereses legales desde la fecha de cada uno de los pagos y hasta su efectiva satisfacción".

- *SAP Málaga, Sección 6ª, 21 abril 2020*[24]. Esta Sentencia mantiene la nulidad del IRPH Cajas y sus sustitutivos, admitiendo parcialmente el recurso de la entidad y acordando su sustitución por el Euribor, así como la fijación de un nuevo diferencial. La resolución ofrece una completa síntesis sobre las exigencias informativas necesarias para superar el control de transparencia que resultan enumeradas, con precisión de los elementos informativos requeridos, y confirma el carácter de proceso informativo y no de acto puntual de información que debe concurrir en la firma, así como el deber de la entidad de informar proactivamente y probar en sede judicial que informó debidamente al consumidor. Esta Sentencia supone una novedad en el panorama nacional, en el aspecto relativo a la asunción de los pronunciamientos del TJUE en cuanto a la aplicabilidad del control de transparencia, estableciendo una línea distinta de la pautada por la Audiencia Provincial de Barcelona. También por especificar aquellos elementos de información necesarios para dar cumplimiento al deber de información, precisando el análisis del cumplimiento o incumplimiento del señalado deber. E igualmente por la "innovación que supone en el aspecto relativo al tratamiento del diferencial aplicable al préstamo una vez declarada la nulidad. En definitiva, la Sentencia elimina el índice fijado en la escritura de constitución de la hipoteca y lo reemplaza, aplicando la Disposición Adicional 15ª Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización, incorporando a su texto un link a la página de Banco de España para el cálculo del nuevo diferencial (https://app.bde.es/asb_www/es/diferencial.html#/principalDiferencial), el "diferencial medio Euribor", que, en función de su interpretación, implica el cambio del diferencial del préstamo, o bien la corrección al alza del Euribor hasta reajustarlo al IRPH. A los efectos de justificar esta sustitución de tipos, la AP de Málaga recoge parcialmente en su Sentencia el pronunciamiento contenido en la STJUE de 3 de marzo de 2020 (C-125-18), pero omitiendo el inciso final siguiente: "La consecuencia no puede ser la aplicación sustitutiva necesariamente, sino aquella que pudiera el Tribunal establecer a petición de parte, en defecto de pacto, y en protección del consumidor. Evidentemente entre ellas podría situarse el que se ha previsto como sustitutivo atendiendo a dicha protección, lo que en el caso, salvo pacto en contrario entre las partes, en virtud de todo lo expuesto, no es posible. Lo anterior es consecuente con lo previsto en el considerando 67 de la referida Sentencia de 3 de marzo de 2020 del TJUE: "...deben interpretarse en el sentido de que no se oponen a que, en caso de declaración de nulidad de una cláusula contractual abusiva que fija un índice de referencia para el cálculo de los intereses variables de un préstamo, el juez nacional lo sustituya por un índice legal aplicable a falta

24 SAP Málaga, Sección 6ª, 21 abril 2020. Recurso: 1227/2017.

de acuerdo en contrario de las partes del contrato, siempre que el contrato de préstamo hipotecario no pudiera subsistir tras la supresión de la cláusula abusiva y que la anulación del contrato en su totalidad dejara al consumidor expuesto a consecuencias especialmente perjudiciales (F.Jco 5º)". Y es que, por sorprendente que pueda parecer el hecho de que el préstamo hipotecario quede remunerado exclusivamente por el diferencial, la cuestión esencial es que la dinámica de "integración" que la resolución aplica viene a eliminar el carácter correctivo que, de futuro, tienen las disposiciones de la Directiva 93/13/CEE. Mediante esta Sentencia la AP de Málaga se alinea con el Tribunal de Justicia de la Unión Europea y considera que la cláusula que establece el índice de referencia (IRPH cajas y TAR) es condición general, asumiendo expresamente el criterio que sostiene que no es de aplicación la excepción del art. 1.2 de la Directiva 93/13/CEE por lo que cabe el análisis de transparencia de la incorporación. Y al no estar excluida (*ex* art. 1.2 de la Directiva 93/13/CEE), procede verificar el análisis de transparencia en su incorporación al contrato de préstamo, resultando que, analizados los hechos concretos, la resolución ratifica lo acordado en la instancia, para concluir que no se supera el control de transparencia, confirmando la nulidad obtenida.

- *SAP Toledo 29 abril 2020*[25]. La Sala declara lo que sigue: "En este caso la demanda afirma que no existió explicación alguna por parte de la entidad financiera a los prestatarios acerca de cómo se haya el IRPH ni como se había comportado el IRPH en los últimos años y la demandada como se expuso no se especifica claramente cuál fue la información dada concretamente a D. y A. sino que habla de "la práctica habitual de mi principal", es decir que no existe certeza de lo que en este caso se ha hecho, que "era y es explicar verbalmente y por escrito al cliente todos los pormenores relativos a los intereses que debería pagar por su préstamo, lo que incluía lo relativo a la cláusula en donde se establecía el índice de referencia aplicable al Préstamo –IRPH-". A lo que se añade que: "Pero aparte de lo expuesto, en ningún momento ni se alega ni menos aún se prueba (no olvidemos que sólo se aporta documental y no se ha practicado la prueba de interrogatorio de parte) que la entidad bancaria haya explicado las consecuencias económicas que se derivan de la aplicación de dicho índice y concretamente cuál había sido la evolución del IRPH de las cajas de ahorros durante los dos años naturales anteriores a la celebración de los contratos de préstamo y del último valor disponible".

- *SAP Toledo 20 mayo 2020*[26]. La Sala analiza la cláusula relativa al IRPH declarando lo siguiente: "(...) la cláusula contemplada en el contrato gozaba de una cierta complejidad, puesto que la mera descripción del tipo contemplado en la estipulación contractual no permitía una fácil comprensión no sólo de su

25 SAP Toledo 29 abril 2020. Recurso: 87/2018.

26 SAP Toledo 20 mayo 2020. Recurso: 694/2018.

contenido gramatical, sino, esencialmente, de las consecuencias económicas e implicaciones que la misma conllevaría durante la ejecución del contrato, tampoco una información sobre su concepto, evolución y especificidades. Y la entidad de crédito no ha acreditado que se facilitara información al consumidor al respecto. Esto es, tal y como queda reflejado en la sentencia de instancia no informó a los clientes de la existencia de dicha cláusula relativa al IRPH, impidiendo así a ellos clientes que pudieran alcanzar un conocimiento adecuado a lo que firmaban. Tampoco consta información relevante sobre otras opciones para que los clientes pudieran valorar su inclusión en el contrato o pudieran, en su caso, variar las condiciones del mismo. Hemos de partir de que el predisponente es quien tiene atribuida la obligación de facilitar la información necesaria en los contratos concertados con consumidores. Así se indica en numerosas resoluciones de la Sala 1ª del Tribunal Supremo, v.gr, sentencia núm. 188/2019 de 27 de marzo, a cuyo tenor: "(...) El control de transparencia se proyecta sobre el cumplimiento de estos especiales deberes de información y comprensibilidad material que incumben al predisponente en la formación y perfección del contrato". En coherencia con lo anterior, hemos de colegir que pesa sobre la demandada la carga de la prueba en relación al cumplimiento suficiente de la obligación que le incumbe, conforme al principio de facilidad y disponibilidad probatoria contenido en el artículo 217.7 LEC. Resulta impensable hacer recaer sobre el consumidor la prueba negativa de que la entidad bancaria no ha cumplido de modo suficiente con sus obligaciones informativas. En la jurisprudencia del Tribunal Supremo, la falta de constancia del cumplimiento de estas obligaciones siempre ha perjudicado al predisponente (...). Es por lo expuesto por lo que, en aras a asegurar el principio de primacía del Derecho Comunitario, reconocido en la jurisprudencia del TJUE (v. gr., SSTJUE 15 de julio de 1964, asunto Costa contra Enel) y la aplicación de la Directiva 13/93, y conforme ha sido desarrollada por la jurisprudencia del TJUE citada en el asunto C- 125/18, procede declarar abusiva la estipulación que regula el tipo de interés remuneratorio en el contrato". La Audiencia concluye que: "El efecto de tal decisión, en la medida en que la supresión de la cláusula que regula el tipo de interés podría afectar a la viabilidad de la propia pervivencia del préstamo, ocasionando perjuicios para el consumidor, será la sustitución del índice pactado por el índice EURIBOR, con las consiguientes consecuencias económicas que su sustitución genere desde el inicio del contrato. De esta forma, se deberá efectuar un recálculo de las cantidades (cuotas de amortización) que hubieran debido abonar los demandantes para el caso de que el índice de referencia pactado en el contrato a partir del período previsto contractualmente hubiera sido el EURIBOR, debiendo, en su caso, ser abonada la diferencia existente a la parte actora, más el interés legal devengado en aplicación de los artículos 1100 y 1108 del Código Civil desde la fecha de cada uno de los cobros. Asimismo, el contrato podrá continuar subsistente en lo sucesivo, si bien mediante la aplicación, como

índice de referencia del interés remuneratorio, del EURIBOR, más el diferencial pactado en el contrato".

- *SAP Guadalajara 27 mayo 2020*[27], en la que se declara lo siguiente: "..., el Juez nacional deberá tener en cuenta, al determinar el carácter abusivo o no de la cláusula controvertida, el carácter claro y comprensible de su redacción -control de incorporación-, y si el empresario cumplió efectivamente con su obligación de dar información al consumidor antes y en el momento de la celebración del contrato -control de transparencia-, sobre el funcionamiento concreto del modo de cálculo de dicho tipo de interés, basándose en criterios precisos y comprensibles, y sobre la evolución en el pasado de ese índice, de forma que pudo conocer las consecuencias económicas, potencialmente significativas, de tal cláusula sobre sus obligaciones financieras. (ii). En el presente caso, debemos partir de que, conforme la documental aportada con la demanda, aunque no se ha discutido este extremo, la parte demandante ostenta la condición de consumidor, en la acepción que recoge el artículo 3 del RDL 1/2007. Así, consta que el objeto del préstamo hipotecario tenía como objeto la construcción de lo que iba a ser la vivienda habitual de los actores, sin que ello tuviera ninguna relación con una actividad comercial, empresarial, oficio o profesión de la parte prestataria. En cuanto a la cláusula controvertida, como señala la sentencia recurrida, en la escritura pública de fecha 23 de febrero de 2001, de constitución del crédito hipotecario, en la cláusula tercera bis se establece que el tipo de interés variable, a aplicar tras el periodo de carencia, es decir, a partir del 1 de septiembre de 2001, estaría determinado, según el apartado B) por el índice de referencia (IRPH) más el diferencial, siendo el índice de referencia adoptado el "tipo medio de los Préstamos Hipotecarios a más de tres años de cajas de ahorros" que se publica por el Banco de España con periodicidad mensual en el Boletín Oficial del Estado", conocido como IRPH Cajas. Fijándose como índice de referencia sustitutivo, en el apartado C), el tipo activo de referencia de las Cajas de Ahorro", conocido como IRPH CECA; y como sustitutivo de este el último publicado (doc. 2 de los acompañados a la demanda). Dicha cláusula de IRPH Caja y CECA, en primer lugar, constituye (...) una condición general de la contratación pues está incorporada como modelo tipo a una pluralidad de contratos, y ha sido predispuesta por el empresario, de tal modo que el adherente no tuvo otra posibilidad que aceptarla o rechazarla, sin posibilidad de negociar de forma singularizada el establecimiento de otro tipo de interés que no fuera la aplicación del índice de referencia indicado, reuniendo, por tanto, los requisitos que el artículo 1 apartado primero de la LCGC exige para que se trate de una condición general de contratación. El hecho de que se hubiera acordado un periodo de carencia o el capital o plazos de devolución, no es óbice para considerar que nos encontramos ante una condición general pues una cosa

27 SAP Guadalajara 27 mayo 2020. Recurso: 278/2019.

es que las cláusulas se ajusten a las necesidades de financiación requeridas para la adquisición de la vivienda hipotecada y las posibilidades de pago del préstamo, y otra distinta que ello suponga una negociación sobre las cláusulas en las que se incluyen tales elementos, o que los prestatarios interviniesen directamente en la redacción de estas. En todo caso, la carga de la prueba de que ha existido tal negociación particular le corresponde al predisponente, concurriendo una apariencia externa de encontrarnos ante cláusulas estandarizadas con el objeto de incluirse en múltiples contratos con clientes, algo, por otra parte, lógico en atención al sector en que opera la demandada. Lo anterior no puede verse enervado por el hecho de que las mismas sean aceptadas voluntariamente por el adherente o se suscribiera a petición del actor. En consecuencia, del conjunto probatorio obrante en autos, la redacción y términos de la cláusula atinente al IRPH Caja incorporada al contrato, constituye una propuesta e iniciativa de la entidad demandada y fue un clausulado redactado y predispuesto por ésta, sin que se haya probado que, con respecto a la misma, hubiera existido una negociación personal e individualizada con la parte prestataria". (…) "No consta que se les informase, ni por escrito ni verbalmente de las circunstancias concretas del modo de cálculo del IRPF Cajas y de la posibilidad que tenían las Cajas o entidades financieras de influir sobre dicho cálculo. En concreto, no consta que se les informase de que el IRPH Cajas se calculaba a partir de los datos facilitados por las mismas entidades financieras cada mes y como media simple, con el mismo peso de todas las entidades (IRPH sectorial), con independencia del volumen de préstamos concedidos; que si una entidad, por haber incrementado un mes los tipos de interés o comisiones, perdía cuota de mercado, no variaba su representatividad en el IRPH; que, a menos entidades financieras, más influencia en el IRPH de las que quedan y, por consiguiente, cualquiera podía influir en el resultado del IRPH incrementado los intereses o las comisiones que aplicaba en el mes en cuestión. Tampoco consta acreditado que se informara a los consumidores que el dato que proporcionaba la entidad bancaria o caja de ahorros para obtener la media aritmética del IRPH lo era con el TAE con comisiones y gastos. Y tampoco consta que dicha información se realiza en relación con los índices que se establecían como sustitutivos. Tampoco consta, pues no se ha aportado, que se les hiciese simulaciones de escenarios diversos de los índices de referencia posibles, sobre los distintos escenarios que podían producirse (principalmente aquellos más desfavorables en función de la evolución del índice de referencia), ni la práctica de advertencias claras, precisas y comprensibles sobre el coste comparativo entre ambos índices, lo que sin duda hubiera contribuido a comprender los riesgos que suponía una opción u otra" (…) "La propia naturaleza de la obligación protectora de consumidores requería y exigía tener un control sobre la información que se daba a los consumidores sobre dichos índices de referencia, debiendo ser completa. No debe olvidarse que la oferta vinculante y la minuta para la redacción de la escritura pública fueron redactados por la propia entidad, y su aceptación genérica, es totalmente

inoperante para demostrar que se produjo una información en las condiciones precisadas para el entendimiento de la opción del índice de referencia indicado, su funcionamiento, su sustitutivo y los riesgos que el mismo entrañaba. Así, no resulta probado que se suministrase, ni por escrito ni verbalmente, la información precontractual necesaria para que los prestatarios conocieran adecuadamente la naturaleza y riesgos vinculados a las cláusulas relativas al tipo de interés a aplicar".

- *SAP Valencia 1 junio 2020*[28], en la que se declara que "no consta que la entidad prestamista cumpliese con tal información, pues, si bien medió oferta vinculante, exhibida al Notario autorizante (así escribe el fedatario en la escritura pública), no consta la expresión del valor último del IRPH Cajas, tampoco su evolución en los dos últimos años, y en las advertencias finales del notario tampoco se menciona tales datos…". Dice que la Orden Ministerial de fecha 05/05/1984, en los "presupuestos de su aplicación a préstamo o créditos hipotecarios, fijaba el límite cuantitativo de 25 millones de pesetas, (artículo 1-3º que no fue modificado expresamente y mantuvo esa redacción hasta su derogación por la EH OM 2899/2011), pero el artículo 48.2 de la Ley 26/1988 sobre Disciplina e Intervención de las entidades de crédito, (que es de reiterar desarrolla aquella Orden Ministerial) ni en su redacción original ni en su modificación en el año 2002, fijó una limitación cuantitativa para el cumplimiento de la información y publicación de los índices aplicables en esos contratos y el precepto legal fue modificado por la Ley 41/2007 de 7 de diciembre, con una redacción en la que claramente ya dispuso el cumplimiento de los deberes informativos, en esta clase de operación, con independencia de la cuantía". Se declara, en cuanto a la consecuencia de la nulidad de la cláusula relativa al IRPH, que: "si bien estamos ante un elemento esencial del contrato, cuya nulidad y desaparición, dada tal naturaleza llevaría a que el contrato no pueda subsistir, en claro perjuicio de los consumidores, por su inmediata obligación de la restitución de todo el montante adeudado, (...), resulta palmario que los actores interesan la prosecución del contrato y por ende su vigencia, aún con su eliminación, desde el momento en que en su pretensión principal solicitan se regle la retribución del crédito con la aplicación del índice Euribor más un punto o subsidiariamente con el IRPH Entidades".. La Sala considera que "(...) en el pacto Tercero bis se fijó la aplicación del índice IRPH Cajas y con carácter sustitutivo (siguiendo precisamente los dictados de la citada Orden Ministerial, el IRPH CECA). Es decir, en momento alguno hubo una previsión contractual de aplicar como índice el Euribor que, además, la demanda anexaba solo a la nulidad del IRPH Cajas por manipulable, motivo este que como se ha motivado supra se ha rechazado y ajustándonos al principio de rogación y congruencia, resulta inviable tal aplicación". Y, después de recordar que el TJUE, en su Sentencia de fecha 3 de marzo de 2020, declaró que "los artículos 6, apartado 1, y 7, apartado 1, de la Directiva 93/13 deben

28 SAP Valencia 1 junio 2020 (ECLI: ES:APV:2020:539).

interpretarse en el sentido de que no se oponen a que, en caso de declaración de nulidad de una cláusula contractual abusiva que fija un índice de referencia para el cálculo de los intereses variables de un préstamo, el juez nacional lo sustituya por un índice legal aplicable a falta de acuerdo en contrario de las partes del contrato, siempre que el contrato de préstamo hipotecario no pudiera subsistir tras la supresión de la cláusula abusiva y que la anulación del contrato en su totalidad dejara al consumidor expuesto a consecuencias especialmente perjudiciales", la Sala argumenta lo siguiente: "Los índices legales al año 2005 (fecha de contrato) a los que remitía la OM 5/5/1995, venían establecidos por el organismo regulador (Banco de España) en la Circular 5/1999, con modificación de la Circular 8/1990, sobre transparencia de las operaciones y protección de la clientela y fijó; "3. A efectos de lo previsto en la Disposición Adicional Segunda de la Orden sobre préstamos hipotecarios, se consideran oficiales los siguientes índices o tipos de referencia, cuya definición y forma de cálculo se recoge en el anexo VIII: a) Tipo medio de los préstamos hipotecarios a más de tres años, para adquisición de vivienda libre concedidos por los bancos. b) Tipo medio de los préstamos hipotecarios a más de tres años para adquisición de vivienda libre concedidos por las cajas de ahorro. c) Tipo medio de los préstamos hipotecarios a más de tres años, para adquisición de vivienda libre concedidos por el conjunto de las entidades de crédito. d) Tipo activo de referencia de las cajas de ahorro. e) Tipo de rendimiento interno en el mercado secundario de la deuda pública de plazo entre 2 y 6 años. f) Tipo interbancario a 1 año (Mibor). El Banco de España dará una difusión adecuada a estos índices que, en todo caso, se publicarán, mensualmente, en el "Boletín Oficial del Estado"". No estaba en tal relación el Euribor y, además, los contratantes como sustitutivo fijaron el Tipo CECA. La Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización, en su Disposición Adicional Decimoquinta, Régimen de transición para la desaparición de índices o tipos de interés de referencia, ha fijado una "novación legal" para los contratos donde se pactaron los índices IRPH CAJAS; IRPH Bancos y Tipo CECA, determinando su sustitución por el tipo de interés oficial denominado "tipo medio de los préstamos hipotecarios a más de tres años, para adquisición de vivienda libre, concedidos por las entidades de crédito en España" (es decir, el denominado IRPH Entidades). Por consiguiente, nos encontramos que para esta clase de préstamos con esos índices que dejaron de publicarse, es el legislador quien ha impuesto, el índice aplicable en su retribución, implicando una novación del contrato de carácter imperativa, porque así califica en la propia Ley y por consiguiente obligatoria, hasta el punto de eliminar la viabilidad de cualquiera acción por tal modificación al establecer: "4. Las partes carecerán de acción para reclamar la modificación, alteración unilateral o extinción del préstamo o crédito como contrapartida de la aplicación de lo dispuesto en esta Disposición". Es decir, no se trata de verificar ahora el cumplimiento de la obligación informativa sobre el Índice IRPH Entidades al momento de la contratación, sino de aplicar un precepto

imperativo sustitutivo por ley que fija cual es el índice del tipo de interés que ha de aplicase al contrato y sin posibilidad de accionar por tal cambio. Aparte de ello es que no concurre un acuerdo contrario a tal efecto entre partes, pues basta leer el segundo suplico del escrito de demanda. En consecuencia, la nulidad del tipo IRPH Cajas ha de ser sustituido, en el caso presente, por el Tipo IRPH Entidades que, además, es el que efectivamente viene aplicando la entidad demandada en cumplimiento de la citada disposición legal, desde diciembre de 2013. Por consiguiente, deberá la entidad demandada restituir el exceso abonado por los demandantes entre el tipo aplicado con el IRPH CAJAS en comparación con la aplicación del Tipo IRPH entidades, desde la fecha de contrato hasta diciembre de 2013"[29].

- *SAP Castellón 28 julio 2020*[30], en la que en aplicación de la STJUE de 3 de marzo de 2020 se declara nulo el IRPH, por abusivo, estableciéndose, no obstante, un índice sustitutorio. Al respecto, inicialmente la Sala considera que "no apreciamos óbice alguno a que se someta al control de transparencia (en su doble vertiente de incorporación y comprensibilidad) derivado la normativa protectora de consumidores y usuario, la cláusula debatida que fija un interés remuneratorio variable y su cálculo tomando como referencia el IRPH Cajas más un diferencial. Aun cuando regula un elemento esencial del contrato que forma por tanto parte de su objeto principal, es bien sabido que conforme al art.4.2 de la Directiva 93/13/CEE, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con los consumidores, quedará exenta del denominado control de contenido siempre que sea clara y transparente, y de ahí lo expuesto, todo ello partiendo de que la cuestión introducida y extensamente tratada por la parte actora acerca de la incorporación de dicha norma a nuestro ordenamiento interno ha sido zanjada por la Sentencia antedicha del TJUE estableciendo su aplicabilidad directa. Junto a ello tenemos que, pese a la insistencia de la parte demandada en defender lo contrario, no consta que haya sido negociada individualmente, debiendo sentarse por ello que se está en presencia de una condición general como por otro lado es habitual en este sector del tráfico. Incumbiendo a la entidad financiera la prueba de dicha circunstancia (art. 82.2 RD Legislativo 1/07 por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras Leyes Complementarias), ningún elemento probatorio apunta hacia la misma, no siéndolo tal desde luego la mera presencia de una oferta vinculante que nada indica en este sentido (como se desprende de la Sentencias del Tribunal Supremo de fecha 15 de noviembre de 2017 y 16 de julio de 2019). Es más, apunta claramente en sentido contrario el hecho que el empleado de la entidad bancaria que gestionó la operación manifestara que ofreció dicho índice porque era con el que trabajaban,

29 En el mismo sentido cfr. SSJPI nº 50 bis Barcelona, número 1625/2020, de 20 de mayo. Procedimiento: 4286/2017 y número 1636/2020, de 2 de junio. Procedimiento: 2893/2017.

30 SAP Castellón 28 julio 2020. Rollo de apelación: 931/2020.

no pudiendo por ello en modo alguno afirmarse que pudo influir la parte prestataria de modo sustancial en su contenido (en este sentido, Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 14 de diciembre de 2017)". Para concluir, sobre este particular que, "discrepando de la apreciación vertida en la instancia entendemos que la cláusula reseñada no supera dicho control de transparencia y que por dicha razón resulta abusiva, lo que deriva esencialmente de que no conste que fuera informada debidamente la parte prestataria de un elemento esencial del mencionado índice (evolución pasada del mismo) en orden a adoptar la pertinente decisión de contratar el producto ofertado por la apelada con debido conocimiento de la carga jurídica y económica que podía suponer, todo ello de conformidad con la doctrina más reciente del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sentencia de fecha 3 de marzo de 2020) y la aplicación práctica de la misma que resulta en los términos que ya hemos determinado en Sentencias recaídas en la fecha en que estaba señalada la deliberación de la presente resolución (Sentencias n. 462 y 464 de fecha 16 de julio de 2020), no debiendo de extrañar por ello que se reproduzcan a continuación consideraciones y determinaciones vertidas en la misma y plenamente aplicables o extensibles al supuesto litigioso". Y es que: "En el presente supuesto, aun cuando la primera exigencia pudiere considerarse debidamente atendida, pese a las reticencias al respecto de la parte apelante, dada la extensa referencia en la escritura al modo básico de cálculo del índice en relación con las publicaciones oficiales en que consta, lo que desde luego no consta en modo alguno es que se haya informado y facilitado a la parte apelante en méritos a su posición contractual la evolución en el pasado del índice, y de ahí la abusividad previamente apuntada. Así resulta, por mucho que se trate de elementos probatorios que no hayan merecido mucha atención por las partes pese a su trascendencia, de la ausencia de referencia a la misma en la oferta vinculante y declaración testifical del empleado de la entidad bancaria a las que ha estado la Juez de primer grado para sentar la transparencia de la cláusula. De hecho, éste último reconoció que no entregó folleto alguno informativo sobre el IRPH, lo que concentra toda la información documental derivada del contrato en su propio contenido y oferta vinculante, llegándose así al resultado señalado". Resuelta la cuestión del control de transparencia se plantea la consecuencia de la declaración de nulidad de la cláusula IRPH, respecto de lo cual se declara lo siguiente: "Debemos plantearnos a continuación cuales son las consecuencias de la declaración de la nulidad por abusiva de la referida cláusula, aspecto respecto el que la demanda postula simplemente la exclusión de su aplicación (sin referencia siquiera a la virtualidad de los índices sustitutivos previstos en el propio contrato) y el reintegro de las sumas percibidas en su aplicación. Circunstancia básica de la que debemos partir es que en el ámbito de la contratación bancaria el interés remuneratorio es un elemento esencial del contrato sin el que no puede subsistir como tal, de donde derivaría un notorio perjuicio al consumidor al conllevar la obligación de restitución inmediata de la totalidad del capital prestado.

Consecuentemente no puede más que plantearse la posibilidad de aplicar un tipo sustitutivo, considerándose, tal como determinamos en las sentencias antedichas, que el índice que debe aplicarse es el establecido por la Disp. Adicional Decimoquinta de la Ley 14/2013, en vigor desde el 29 de septiembre de 2013. Su apartado 1 suprimió el índice cuestionado en este procedimiento y su apartado 2 acordó su sustitución por el "tipo medio de los préstamos hipotecarios a más de tres años, para adquisición de vivienda libre, concedidos por las entidades de crédito en España", aplicándole un diferencial equivalente a la media aritmética de las diferencias entre el tipo que desaparece y el citado anteriormente, calculadas con los datos disponibles entre la fecha de otorgamiento del contrato y la fecha en la que efectivamente se produce la sustitución del tipo". Para concluir la sustitución por el índice IRPH Conjunto de Entidades, en relación con lo cual se indica que: "Dos circunstancias avalarían dicha solución en el presente caso. Por un lado, los índices sustitutivos previstos en el contrato, dado que es el que legalmente ha sustituido al anulado (primer tipo sustitutivo), dándose la misma situación respecto el siguiente (Índice CECA), con previsión además de sustitución igualmente por el que legalmente le sustituya para el caso de dejar de publicarse, que aunque no es la situación que aquí se da como tal guarda la precisa analogía por la necesidad de aplicar un tipo de referencia sustitutivo para el mantenimiento del contrato y resultar ello acorde al principio de la autonomía de la voluntad, deviniendo idéntica situación en el caso de considerarse que procediera la declaración de nulidad de la previsión contractual de este último por estar aquejado de los mismos defectos de transparencia que el principal que fue objeto únicamente de la demanda. En todo caso, de albergarse alguna duda al respecto por la diferencia situación contractualmente prevista, susceptible desde luego de consideraciones más que diversas, en la ya mencionada Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 3 de marzo de 2020 (…)". A lo que se añade que: "Esta solución (sustitución por el índice IRPH Conjunto de Entidades conforme a la Disposición Adicional Decimoquinta de la Ley 14/13 ya reseñada), por otro lado, es la que viene siendo considerada pertinente también por otros tribunales para el caso que nos incumbe (fundamentalmente por lo determinado al respecto en la antedicha Sentencia básica del TJUE de fecha 3 de marzo de 2020), pudiendo citarse en este sentido la Sentencia de la Audiencia Provincial de Tarragona, S.1, de 11 de marzo de 2020, y las Sentencias de la Audiencia Provincial de Valencia, S.9, de 1 y 30 de junio de 2020".

2. Sentencias que no acogen la abusividad de la cláusula IRPH.

- *SAP Cáceres 11 de marzo 2020*[31], en la que se declara que: "(...) En la Escritura Pública de Préstamo Hipotecario de fecha 9 de Noviembre de 2.006 (...) se fija el tipo de interés ordinario en el pacto Tercero y en el pacto Tercero Bis

31 SAP Cáceres 11 de marzo 2020. Recurso: 997/2020.

(que es la estipulación que la parte impugnante considera nula por abusiva) se establece la determinación del tipo de interés variable, con un diferencial (que es válido) de 0,75 puntos que incrementa el tipo de referencia que es el "tipo medio de los préstamos hipotecarios a más de tres años de cajas de ahorro". Asimismo, se establece un índice sustitutivo, si el anterior dejara de aplicarse, bajo la denominación "tipo activo de referencia de las cajas de ahorro-indicador CECA tipo activo"". La Sala considera que "el índice de referencia que se cuestiona ("tipo medio de los préstamos hipotecarios a más de tres años de cajas de ahorro") no es abusivo ni, por tanto, nulo, en la medida en que supera el estándar de transparencia y, por supuesto, el de incorporación, no solo porque se trata de un índice oficial, sino porque es claro y de sencilla comprensión para el prestatario, así como de fácil conocimiento. En el propio Pacto Tercero Bis, se indica que se publica en el Boletín Oficial del Estado, "sin realizar ningún tipo de ajuste o conversión, tomándose el publicado como nominal", de tal modo que para la determinación del índice de referencia no es necesaria ningún tipo de operación matemática ni financiera al objeto de conocer el tipo de interés en cada momento, y siempre es público. Finalmente, la transparencia del Pacto se torna patente con las indicaciones puestas de manifiesto por el Notario actuante en el otorgamiento del instrumento público conforme a la Orden de 5 de Mayo de 1.994, especialmente las siguientes: la advertencia expresa al prestatario de que el tipo de interés aplicable durante el periodo inicial es inferior al que resultaría teóricamente de aplicar en dicho periodo inicial el tipo de interés variable pactado para periodos posteriores; en segundo lugar, la advertencia a ambas partes de que no se han establecido límites a la variación del tipo de interés, y, finalmente, que el proyecto de esa Escritura Pública había estado a disposición de la parte prestataria, en su despacho, durante los tres días hábiles anteriores al del otorgamiento". Por todo lo cual, la Sala concluye que el "Pacto Tercero Bis de la Escritura Pública de Préstamo Hipotecario supera los controles de incorporación y, sobre todo, de transparencia, claridad y comprensión, sin que se puedan suscitar dudas racionales sobre el conocimiento por el prestatario del tipo de interés variable aplicable en cada momento, dicha Estipulación no se considera abusiva ni, por ende, nula"[32].

- *SAP Barcelona 24 abril 2020*[33]. Se mantiene que la cláusula analizada no es condición general y, por consiguiente, no resulta aplicable el control de transparencia, por lo que la consecuencia práctica es que la cláusula que establece los índices de referencia no es abusiva[34]. A este respecto el Tribunal considera que la cláusula de referenciación al IRPH resulta encuadrable dentro del art. 1.2 93/13/CEE y, por lo tanto, no es susceptible de aplicar el análisis transparencia,

32 En igual sentido, entendiendo que la cláusula IRPH analizada es válida, por superar el control de transparencia, se expresa la SAP Sevilla, Sección 5ª, 23 abril 2020. Rollo de apelación: 4956/2018. Y la SAP Alicante, Sección 8ª, 30 abril 2020. Rollo de apelación: 1532/2019.

33 SAP Barcelona 24 abril 2020. Recurso: 1557/2019.

34 Participa del mismo criterio la SAP Granada, Sección 3ª, 11 mayo 2020.

por lo que se concluye que la cláusula ha resultado incorporad válidamente a la hipoteca y cabe apreciar abusividad. En opinión de quien esto escribe, esta posición resulta contraria a la del Tribunal Supremo en su Sentencia nº 669/2017 y también a la STJUE 3 marzo 2020 (asunto C-125/18). Es contraria a la postura del Tribunal Supremo (STS 669/2017), toda vez que la cláusula que establece el índice de referencia constituye para el Alto Tribunal una condición general de la contratación y no resulta excluida por la vía del 1.2 de la Directiva 93/13/CEE, por lo que no puede pretenderse con carácter general que, al referirse la cláusula a un elemento principal y esencial del contrato, deja de ser automáticamente una condición general[35]. En definitiva, habrá que estar al caso concreto y comprobarse por el tribunal si la cláusula fue negociada individualmente o no, incumbiendo la prueba de esta negociación a la entidad predisponente. Por su parte, como ya hubo ocasión de explicar, el TJUE en su Sentencia de 3 de marzo de 2020 (asunto C-125/18) declara que la cláusula que establece el índice de referencia no se encuentra dentro de la exclusión prevista en el artículo 1.2 de la Directiva 93/13/CEE[36].

- *SAP Barcelona 26 de mayo 2020*[37], en la que se concluye que el índice de referencia no es una condición general de la contratación. En este sentido, se argumenta lo siguiente: "En un contrato de préstamo, el tipo de interés será el que libremente establezcan las partes. Aunque rija el principio de libertad de

35 Con precisa referencia a la consideración de condición general de la cláusula, la STS 14 diciembre 2017, en su Fundamento Jurídico Segundo declara: "4.- En consecuencia, como conceptualmente no es imposible que una cláusula en la que se establece el interés remuneratorio de un contrato de préstamo sea una condición general de la contratación, y como no consta que la que aquí nos ocupa fuera negociada individualmente, debe considerarse que tiene tal cualidad de condición general, en tanto que reúne todos y cada uno de los requisitos que hemos visto que son necesarios para su calificación como tal. 5.- Así lo ha considerado también el TJUE en diversas sentencias relacionadas con intereses remuneratorios de préstamos a consumidores (…) 6.- Por lo que este primer motivo de casación debe ser desestimado". Así, el alto Tribunal deja sentado que no se puede realizar una valoración de carácter general y erga omnes de esta condición, ni en un sentido ni en otro, por mucho que sea un elemento esencial y principal del contrato. Lo mismo sucede con las cláusulas que establecen un suelo, que no por afectar al precio dejan de ser una condición general. Por otra parte, resulta de interés señalar que la STS 669/2017 recoge la postura del TJUE al respecto de la no inclusión de esta cláusula en el ámbito del art. 1.2 93/13/CEE. A tal efecto el Alto Tribunal declara: "Esta conclusión queda reafirmada si se atiende a la propia interpretación que el TJUE realiza sobre la referida excepción del art. 1.2 de la Directiva. En efecto, el Tribunal expresamente ha resaltado que dicha excepción debe ser objeto de una interpretación «restrictiva» (STJUE de 10 de septiembre de 2014, Kusionová, C- 34/13), de forma que el elemento de la cláusula predispuesta no sólo debe reflejar directamente una disposición legal o reglamentaria, sino que ésta además debe ser imperativa. Requisito que tampoco concurre en el presente caso, en donde el profesional emplea uno de los posibles índices de referencia de entre los siete autorizados en su momento (entre otros, el Mibor, Ceca y Euríbor), por lo que el IRPH-Entidades no constituía el único índice como valor de referencia y su aplicación no resultaba imperativa para el profesional".

36 Precisamente lo contrario de lo que establece la STJUE en su punto 37 y también en su fallo - punto 1-: "El artículo 1, apartado 2, de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, debe interpretarse en el sentido de que sí está comprendida en el ámbito de aplicación de esa misma Directiva la cláusula de un contrato de préstamo hipotecario celebrado entre un consumidor y un profesional que estipule que el tipo de interés aplicable al préstamo se base en uno de los índices de referencia oficiales establecidos por la normativa nacional y que las entidades de crédito pueden aplicar a los préstamos hipotecarios, cuando esa normativa no establezca ni la aplicación imperativa del índice en cuestión con independencia de la elección de las partes en el contrato ni su aplicación supletoria en el supuesto de que las partes no hayan pactado otra cosa".

37 SAP Barcelona 26 de mayo 2020. Recurso: 1308/2019.

pacto, el legislador estableció la posibilidad de que el Ministerio de Economía, a través del Banco de España, publicara unos tipos oficiales de referencia para que las entidades bancarias pudieran aplicar a los préstamos a interés variable que suscribieran con sus clientes. Por lo tanto, las partes pueden pactar libremente los intereses, pero si se remiten a estos tipos oficiales, su definición, su publicación y su control corresponden al Banco de España". Considera la Sala que el control del índice de referencia corresponde a la Administración Pública y no a los Tribunales. Y declara que "normalmente las partes de un contrato de préstamo no definen el índice de referencia contractualmente, sino que lo que hacen es remitirse a uno de los índices oficiales regulados mediante disposiciones generales para este tipo de contratos. Es a la Administración Pública a quien corresponde controlar que esos índices no sean abusivos, lo que hace que ese control quede fuera de los tribunales (al menos de los tribunales del orden civil)".

- *SAP Girona 29 mayo 2020*[38], en la cual, con mención de su Sentencia número 498/2018, de 31 de octubre, se declara que: "(...) La escritura, en el último párrafo de la cláusula tercera bis C), dispone lo siguiente: "Durante los periodos en que, por no haberse publicado durante el plazo mencionado, ninguna de las previsiones anteriores, no exista tipo de referencia específico utilizable, se mantendrá el mismo tipo de interés nominal aplicado en el periodo de interés anterior". Las previsiones anteriores era que se aplicaría como índice principal el IRPH Cajas (apartado B) y como índice sustitutivo el CECA (apartado C) Al haber desaparecido y dejado de publicarse tanto el índice IRPH- Cajas como IRPH-CECA, el préstamo de autos ha pasado a tener un tipo de interés fijo de acuerdo con la previsión contractual referida. La demandante considera que la cláusula está redactada de forma clara, por lo que no se infringiría el artículo 5.5 de la Ley 7/1998, sino que la infracción se encontraría en la falta de información suficiente y se infringiría el apartado 5.1 de dicha Ley, así como el artículo 7, a), al no haber tenido la adherente oportunidad de conocer de manera completa al tiempo de la celebración del contrato dicha cláusula. Dicho argumento no puede ser compartido, pues dicha cláusula forma parte y se integra dentro del pacto relativo a la estipulación del índice referencia principal y del sustitutivo, por lo que si se ha declarado en la sentencia recurrida y se acepta por el recurrente que la fijación del interés variable con base al IRPH Cajas y de forma sustitutiva CECA se efectuó con la debida transparencia, no existe razón para que no se informara debidamente y el prestatario no conociera que en el caso de la desaparición de dicho índices, el interés se convertiría el fijo. Si dicha estipulación se encontrara en otro pacto y enmascarado con otras estipulaciones, podría aceptarse el argumento de la recurrente. Por otro lado, el pacto es de una claridad meridiana que no precisa de ninguna explicación, pues desparecidos los índices de referencia, se aplica el último determinado. La

38 SAP Girona 29 mayo 2020. Recurso: 134/2020.

información que debe darse ha de referirse a aquellas estipulaciones que puedan ser difíciles de comprender o que sean perjudiciales para el consumidor, sin que tal estipulación como veremos, tenga porque serlo".

- *SAP Barcelona 29 mayo 2020*[39], en la que se declara que: "La cláusula no ofrece ninguna dificultad de comprensión y, lógicamente, al igual que acontece con el interés variable vigente hasta la supresión de aquellos tipos oficiales, define directamente el precio. Su ubicación en la escritura es la adecuada, en la medida que aparece inmediatamente después del interés variable aplicable transcurrido el primer periodo pactado. Es natural que ambas partes prestaran mayor atención a la referencia principal (IRPH Cajas), dado que no era previsible que los dos primeros índices fueran suprimidos". Además, se precisa que "aunque aceptáramos como hipótesis que el último de los índices sustitutivos no se incorporó con transparencia o que faltó información, no estimamos que sea abusivo. Recordemos que para que pueda prosperar la acción de nulidad y conseguir el efecto práctico pretendido de expulsar la cláusula del contrato, no basta con constatar que ha existido infracción del deber de información, sino que es preciso que la cláusula pueda considerarse abusiva, esto es, que, en contra de las exigencias de la buena fe cause, en perjuicio del consumidor y usuario, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato. Ese análisis, además, debe hacerse atendidas las circunstancias existentes en el momento en que se suscribió el contrato, sin que puede verse condicionado el juicio de abusividad por hechos posteriores, como puede ser la evolución de las distintas referencias hipotecarias. Pues bien, en este caso la desaparición del IRPH, en sus dos modalidades, es un hecho ajeno a la entidad de crédito y absolutamente imprevisible cuando se suscribió el préstamo. No advertimos, por tanto, que la demandada actuara contraviniendo las exigencias de la buena fe ni podemos concluir que sea perjudicial para el consumidor un tipo fijo tan reducido como el que resultaba de aplicar el último interés vigente antes de la desaparición del IRPH. Ante un escenario altamente improbable cuando se firmó el contrato (la desaparición de todas las referencias hipotecarias), no nos parece desequilibrado que el contrato contemple que se mantenga el último tipo resultante de aplicar las previsiones contractuales". Concluye señalando que "es la propia Ley 14/2013, de 27 de septiembre, que dispone la desaparición del IRPH, la que otorga prioridad al tipo o índice de referencia previsto en el contrato frente al tipo de interés oficial que establece el apartado tercero de la disposición adicional decimoquinta de la citada Ley".

- *SAP Cantabria 8 junio 2020*[40], en la que se considera que "la cláusula relativa a los intereses debe ser considerada una condición general, pues ninguna prueba se

39 SAP Barcelona 29 mayo 2020. Recurso: 1944/2019.

40 SAP Cantabria 8 junio 2020. Recurso: 814/2019.

ha aportado sobre que fuese fruto de una negociación individualizada". La Sala entiende que "la cláusula resulta clara y formalmente comprensible; la cláusula Tercera Bis se ocupa claramente de la definición del tipo de interés aplicable, destacando que se trata de IRPH, explicando con suficiente claridad la aplicación de un tipo fijo el primer año y variable el resto, revisable anualmente y que es el resultado de añadir al tipo de referencia un diferencial de 0,10 puntos; y explica qué se entiende por tipo de referencia a efectos del contrato y en que consiste el IRPH (...) la cláusula reúne los requisitos para considerarla válidamente incorporada al contrato conforme a la LCGC., por más que el recurrente alegue desde su contestación a la demanda que fue omitida en la negociación y que no fue comunicada su existencia al prestatario. Al respecto debe destacarse, además, que en la escritura de préstamo consta comprobado por el sr. Notario, conforme a lo dispuesto en la OM de 5 de mayo de 1994, que no existía discrepancia alguna entre las condiciones financieras de la oferta vinculante y las clausulas financieras contenidas en la escritura, y que la minuta de la escritura con las condiciones generales de la contratación estuvo a disposición del prestatario en la notaria desde el día 21 de noviembre anterior, con lo que evidencia que el empleo del índice IRPH constaba ya en aquella oferta y no fue en modo alguno sorpresivamente introducido en el momento de la perfección del contrato". La Sala considera que: "Distinta respuesta debe darse al juicio de transparencia material. En efecto, es patente que la cláusula es clara en cuanto se refiere al tipo de interés a pagar por el préstamo, en términos tales que no pudo pasar desapercibida para el consumidor, (...), pues es el precio mismo del préstamo; como no es posible razonablemente considerar que el ahora recurrente, conforme al parámetro de "consumidor razonablemente diligente y perspicaz", no advirtiera que el tipo de interés se fijaba con un tipo de referencia oficial y un diferencial añadido, como consta con evidencia en la escritura, en la que además tal diferencial era cero para el caso de sustitución del índice IRPH Entidades por el IRPH Cajas, diferencia claramente apreciable. Además, en la escritura (Anexo), constaba el importe de las cuotas mensuales a pagar en el primer periodo de interés fijo - 375,46 euros-. Tampoco puede dejar de considerarse que, (...), el tipo de referencia del contrato es un índice oficial, elaborado conforme a una regulación publicada en el BOE y cuyo resultado se publicaba mensualmente en el Boletín oficial del Estado, lo que consta en el contrato mismo, lo que constituye un poderoso factor de transparencia porque permite a dicho consumidor medio conocer ese índice y su forma de elaboración, como antes se ha expuesto según lo razonado por el Tribunal Supremo, cuyos criterios acerca de la no exigencia de ofrecer comparaciones con otros índices oficiales o no asesorar al respecto son de plena aplicación al caso". No obstante, el tribunal explica que "no consta el cumplimiento por parte de la entidad bancaria de su obligación de informar de la evolución, del tipo de interés de referencia durante, al menos, los dos últimos años. Tal información era obligada por la Orden Ministerial antes mencionada precisamente como elemento de trasparencia en la

contratación de los préstamos hipotecarios y tiene relación directa con la evaluación por parte del cliente de la carga económica que asumía al contratar conforme al tipo de referencia de que se trataba, y es precisamente uno de los elementos a considerar por el tribunal conforme a la doctrina del TJUE (...). Ciertamente, esa información no era exigible en todos los contratos sino solo en los incluidos en el ámbito de aplicación de la Orden Ministerial, entre los que se encuentra el de este proceso; y aunque con posterioridad y desde la EHA/2899/2011 ya no se contempla tal información como relevante a efectos de trasparencia, lo cierto es que sí lo era en el momento de celebración del contrato que nos ocupa. No consta tampoco que la entidad facilitara esa información por otras vías o procedimientos. En tales condiciones no puede por menos de afirmarse un déficit de trasparencia respecto de la cláusula analizada". En el caso examinado, la Sala considera las siguientes circunstancias: "... no se ofrecen por el recurrente concretas razones para sostener esa abusividad, salvo la mera alusión a la condición de índice más gravoso que el Euribor; pero, al margen de la falta total de prueba al respecto y aun admitiendo que históricamente este último índice haya tenido un comportamiento más favorable para los prestatarios que el IRPH Entidades aquí utilizado, es patente que esa sola diferencia no justifica la afirmación de que el empleo de este último índice provocara ya al tiempo de celebración del contrato -que es el momento a considerar-, un desequilibrio importante para el consumidor en contra de la buena fe, porque: a) El tipo de referencia no es el componente exclusivo del precio del préstamo, pues habitualmente se añadía y se añade al mismo un diferencial, como en este caso ocurre, de manera que el coste final debe contemplar los dos elementos, no bastando por tanto comparar solo los tipos de referencia, sino también el diferencial, obviamente variable y en este caso claramente muy pequeño; en el mismo contrato se aprecia el distinto diferencial aplicado al IRPH Entidades previsto como índice de referencia principal, y al aplicable al tipo previsto como supletorio. b) El hecho de que históricamente se haya constatado un mayor valor del índice IRPH Entidades en relación al Euribor - atendiendo únicamente al índice de referencia-, no permite afirmar un desequilibrio importante en el momento de la contratación, que es el que debe considerarse, ni permite imputar a la entidad de crédito mala fe dado que por definición no es previsible la evolución de los tipos de intereses, ni puede afirmarse que la entidad pudiera prever que ocurriera. Ninguna prueba se ha aportado de que el índice pactado, con el diferencial añadido, fuera ya al tiempo del contrato perjudicial para el consumidor por notoriamente superior al resultado de aplicar otros índices con el diferencial habitualmente aplicado en ellos. c) No hay base para pensar, en términos de la jurisprudencia del TJUE (...), que el profesional pudiera estimar que, tratando de manera leal y equitativa al consumidor, este no aceptaría una cláusula de este tipo en el marco de una negociación individual; no se ha puesto de relieve ninguna circunstancia del caso que permita considerarlo así, y no cabe considerar en términos generales que el empleo por una entidad de

crédito de cualquiera de los índices oficiales, elaborados por el Banco de España conforme a un método también oficial y público sea una conducta de mala fe, ni que de por sí cause un perjuicio al consumidor; desde luego, no cabe presumir su alteración dolosa o manipulación por las entidades de crédito, cuya sola posibilidad podría predicarse de cualquiera de los índices de referencia existentes en la medida en que su cálculo tome en consideración el funcionamiento mismo del mercado en el que intervienen lógicamente las entidades de crédito; y el hecho de que el índice oficial tome en cuenta datos facilitados por la propia prestamista en tanto entidad de crédito considerada para su elaboración, es patente que no es en si mismo indicativo de manipulación. d) No puede valorarse como conducta de mala fe por parte del profesional, como tampoco de falta de trasparencia según se expuso, la falta de información sobre otros tipos de interés de posible empleo, pues la entidad no tenía obligación de asesoramiento sobre distintos productos o sobre los comercializados por la competencia; e) El legislador mismo, a través de la Ley 14/2013 de Emprendedores, en su Disposición Adicional Decimoquinta, estableció el índice IRPH Entidades -que es el de referencia del contrato que nos ocupa, como supletorio legal de los demás índices IRPH Bancos y Cajas y del tipo activo de referencia de las Cajas de Ahorro- (…); y f), el mismo TJUE, en la sentencia de 3 de Marzo 2020, ha admitido la posibilidad de que, en caso de que se considerara la nulidad de la cláusula y se considerara necesaria la integración del contrato en beneficio del consumidor y para evitar su nulidad, esta se hiciera con el índice IRPH Entidades conforme a esa norma legal, siempre que el juez nacional la considere norma supletoria (Fundamento de Derecho 66, apartado 3) del Fallo); de suerte que en este caso incluso en la hipótesis sostenida por el recurrente, habría de integrarse el contrato con el mismo tipo de interés IRPH Entidades que se combate". Por todo lo expuesto, la Sala rechaza la declaración de nulidad por abusiva de la cláusula del contrato relativa a los intereses remuneratorios en el periodo de interés variable del contrato.

- *SAP Palma de Mallorca 25 junio 2020*[41], en la que se rechaza la nulidad, por falta de transparencia, del IRPH, al considerar la Sala que no resulta exigible de la entidad bancaria una información más exhaustiva que la proporcionada a sus clientes en relación con el referido índice, entendiendo que de la misma se deduce que el consumidor pudo conocer las consecuencias económicas que se le derivaban de su contratación[42].

41 SAP Palma de Mallorca 25 junio 2020. Rollo de apelación nº 418/2019.

42 En el mismo sentido la Sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga, Sección Sexta, nº 638/2020, de 29 de junio. Rollo de apelación nº 883/2018. Ponente: Ilmo. Sr. D. Luis Shaw Morcillo, acuerda que el IRPH contenido en la escritura de referencia supera el control de transparencia y, por consiguiente, no procede su declaración de nulidad.

BIBLIOGRAFÍA

Cámara Lapuente, S.: "El control de cláusulas abusivas sobre el precio: de la STJUE 3 junio 2010 ("Caja Madrid") a la STS 9 mayo 2013 sobre cláusulas suelo", *Revista CESCO de Derecho de consumo*, núm. 6, 2013

Martínez Espín, P.:

- Las cláusulas IRPH son transparentes ¿o no?", *Revista CESCO de Derecho de consumo,* 2018.

- "Nuevo índice hipotecario para sustituir al IRPH de las Cajas", *Revista CESCO de Derecho de consumo*, agosto 2013.

DETERMINACIÓN DE LA EDAD DE UN EXTRANJERO INDOCUMENTADO, A PROPÓSITO DE LA SENTENCIA DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE BARCELONA, DE 24 DE ENERO DE 2020

DETERMINATION OF THE AGE OF AN UNDOCUMENTED FOREIGNER BY THE JUDGMENT OF THE PROVINCIAL COURT OF BARCELONA, OF JANUARY 24, 2020

Rev. Boliv. de Derecho Nº 31, enero 2021, ISSN: 2070-8157, pp. 550-575

Alfonso
ORTEGA
y Lerdys
HEREDIA

ARTÍCULO RECIBIDO: 19 de septiembre de 2020
ARTÍCULO APROBADO: 13 de noviembre de 2020

RESUMEN: En los últimos años se ha incrementado la inmigración de menores de edad, lo que conlleva a que las administraciones establezcan un trato diferenciado a este sector de la inmigración por el hecho de tratarse de menores de edad; son muchos los aspectos a tener en cuenta en estos casos, entre ellos verificar la minoría de edad, hecho que se complica más cuando se trata de adolescentes. Es lo que analiza la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, de 24 de enero de 2020, que confirma la Resolución de la Dirección General de Atención a la Infancia y la Adolescencia, que acordó el cierre del expediente de desamparo y el ingreso del demandante en un centro de protección hasta la comprobación de sus circunstancias personales, dado que este no aportaba ningún tipo de documentación.

PALABRAS CLAVE: Menor extranjero no acompañado; mayoría de edad; minoría de edad; inmigración.

ABSTRACT: *In recent years, immigration of minors has increased, which means that administrations establish a differentiated treatment for this sector of immigration due to the fact that they are minors; There are many aspects to take into account in these cases, including verifying the minority age, a fact that is more complicated when it comes to adolescents. This is what is analyzed by the Judgment of the Provincial Court of Barcelona, of January 24, 2020, which confirms the Resolution of the General Directorate of Attention to Children and Adolescents, which agreed to the closure of the homelessness file and the admission of the plaintiff in a Protection Center until the verification of their personal circumstances, since it did not provide any type of documentation.*

KEY WORDS: *Unaccompanied foreign minor; majority; minority; immigration.*

SUMARIO.- I. PLANTEAMIENTO.- II. HECHOS, ALEGACIONES DE LAS PARTES Y CUESTIONES CONTROVERTIDAS. III. LA DETERMINACIÓN DE LA EDAD DE LA PERSONA FÍSICA Y EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO.- 1. La edad como criterio clave de actuación por parte de la Administración. 2.- Los problemas de competencia para determinar la edad.- 3. Las pruebas de determinación de la edad de los menores extranjeros.- 4. La autorización judicial de las pruebas para determinar la edad.- IV. PROTOCOLO MARCO SOBRE DETERMINADAS ACTUACIONES EN RELACIÓN CON LOS MENORES EXTRANJEROS NO ACOMPAÑADOS.- 1. Observaciones realizadas por el Comité de los Derechos del Niño de la ONU.- 2. El papel de La Unión Europea.- V. CONCLUSIONES.

I. PLANTEAMIENTO.

1. La determinación de la edad de los extranjeros indocumentados es un aspecto de especial interés dentro del fenómeno de la inmigración irregular y de los menores inmigrantes. Desde hace algún tiempo se ha constatado, no sin preocupación, el aumento de la inmigración infantil, es decir, de aquella protagonizada por jóvenes extranjeros que, aun siendo menores de edad, emprenden un proyecto migratorio propio e independiente de sus familias, a quienes se les ha dado el nombre de menores extranjeros no acompañados (en adelante, MENAs). Se adopta la definición del art. 1 de la Resolución del Consejo de Europa de 26 de junio de 1997 relativa a los menores no acompañados nacionales de países terceros[1], el cual establece que "Las personas contempladas en los dos párrafos anteriores se denominarán en lo sucesivo menores no acompañados".

Los problemas derivados de esta peculiar inmigración se han colocado en los últimos años en el centro del debate político-jurídico sobre esta nueva realidad social, determinar la edad de estos menores en muchos casos es fácilmente verificable puesto que se trata de menores de muy corta edad (bebés o niños menores de 12 años); sin embargo, un grupo elevado de MENAs se sitúa en una franja de edad en la que es más difícil de determinar la minoría de edad, al tratarse de adolescentes.

1 Resolución del Consejo de Europa de 26 de junio de 1997, relativa a los menores no acompañados nacionales de países terceros (DOUE *núm.* C 221, de 19 de julio de 1997).

• Alfonso Ortega Giménez
Prof. Titular de Derecho internacional privado de la Universidad Miguel Hernández de Elche (acreditado a Profesor Titular de Universidad)

• Lerdys Heredia Sánchez
Prof. Ayudante de Derecho internacional privado de la Universidad Miguel Hernández de Elche.

2. La situación creada con estos movimientos migratorios ha puesto de manifiesto las carencias, insuficiencias y lagunas del sistema legal español diseñado para acoger y proteger a los MENAs, carencias que se agudizan en el caso de los migrantes que se encuentran en el límite de edad, donde resulta difícil determinar si son menores o adultos. Por otro lado, el régimen jurídico que se aplica a la situación de irregularidad es diferente en función de la edad del extranjero. El régimen de los extranjeros menores ha de estar inspirado en el principio de protección del interés superior del menor en virtud del art. 39.4 de la Constitución Española[2] (en adelante, CE), que impide su expulsión del territorio, sanción en la que, por otra parte, se concreta el tratamiento jurídico que de ordinario se brinda al extranjero irregular cuando es adulto. La idea es que la cláusula social del Estado de Derecho ha consagrado un tratamiento universal de protección a la infancia que ha de desplazar, en el ámbito de la extranjería, a cualquier tratamiento normativo basado en el control de los flujos migratorios. Para dar respuesta a este objetivo, el art. 35 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social[3] (en adelante LOEX) prevé dos posibles soluciones para el fenómeno de la inmigración infantil. La primera consiste en la repatriación del menor para reagruparlo con su familia y, sólo cuando esto no sea posible, como segunda y última alternativa, se permite la residencia del menor en España, que sería regular hasta que adquiriera la mayoría de edad. En definitiva, mediante este trato específico se pretende enervar la solución general prevista por la legislación para aquellos extranjeros que no son menores y que consiste, con carácter general, en la expulsión del territorio.

3. En este contexto, la mayoría o minoría de edad, condiciona la aplicación de un régimen jurídico u otro. Como consecuencia de las expectativas que genera el régimen de los menores extranjeros, sobre todo en la medida que se considere prohibida su expulsión, es lógico sospechar que existan personas que aleguen ser menores cuando en realidad no lo son, para, de esta manera, huir de la aplicación del régimen general de extranjería. Cuando no se pueda comprobar la verdadera edad del extranjero porque carece de documentos o porque los que posee pueden resultar falsos, se impone arbitrar instrumentos que permitan determinar la edad y delimitar así el régimen jurídico que deviene aplicable, tal y como ha sucedido en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, (en adelante, SAP 24 de enero de 2020)[4] la cual confirma la resolución en primera instancia en el caso de la determinación de la edad de un extranjero, el apelante no aportó a los autos documento alguno del que pueda inferirse una edad menor, ni certificado

2 Constitución Española (BOE *núm.* 311, de 29 de diciembre de 1978).

3 Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social (BOE *núm.* 10, de 12 de enero de 2000).

4 SAP Barcelona 24 de enero 2020 (ECLI: ES: APB:2020:64).

de nacimiento ni pasaporte, ni ha propuesto otro tipo de prueba del que se pueda obtener esta información por lo que el Tribunal desestima la apelación presentada.

II. HECHOS, ALEGACIONES DE LAS PARTES Y CUESTIONES CONTROVERTIDAS.

4. La SAP Barcelona 24 de enero de 2020 confirma la Resolución de la Dirección General de Atención a la Infancia y a la Adolescencia (en adelante, DGAIA), que acordó el cierre del expediente de desamparo abierto respecto al demandante y su ingreso en un centro de protección hasta la comprobación de sus circunstancias personales, dado que no aportaba ningún tipo de documentación.

La representación de Baltasar formula Recurso contra la Sentencia de instancia que desestima su oposición a la Resolución de la DGAIA que acordaba el cierre del expediente de desamparo abierto respecto al demandante. Baltasar, ingresó en un centro de protección y en un primer momento se le prestó atención inmediata hasta la comprobación de sus circunstancias personales, dado que no aportaba ningún tipo de documentación. Durante su estancia en el centro protagonizó un incidente el día 21 de agosto de 2018, llegando a amenazar a una educadora del centro con un cuchillo y fugándose. La Fiscalía, tras practicarse pruebas médicas, y a la vista del Informe Forense de 24 de agosto de 2018, emitió Decreto que consideraba que era mayor de edad lo que motiva la Resolución del Servicio de Atención a la Infancia y a la Adolescencia de fecha 15 de octubre de 2018. El apelante no aportó a los autos documento alguno del que pueda inferirse una edad menor, ni certificado de nacimiento ni pasaporte, ni ha propuesto otro tipo de prueba del que se pueda obtener esta información. Manifestó no haber sido escolarizado en Marruecos, no saber leer ni escribir y no compareció al acto de la vista.

5. La STS de 16 de enero de 2015, seguida de otras de 18 de junio y 3 de julio de 2015[5] a propósito de la minoría de edad de menores extranjeros en situación irregular y sobre la realización de pruebas para descartar la veracidad de los documentos oficiales que aseveran la minoría de edad, ha señalado, recogiendo la doctrina jurisprudencial recogida en las STS de 23 y 24 de septiembre de 2014,[6] "que el inmigrante de cuyo pasaporte o documento equivalente de identidad se desprenda su minoría de edad no puede ser considerado un extranjero indocumentado para ser sometido a pruebas complementarias de determinación de su edad pues no cabe cuestionar sin una justificación razonable por qué se

5 STS 16 enro 2015 (RJ 2015\121); STS 18 junio 2015 (RJ\2015\2764), STS 3 julio 2015 (RJ\2015\2561)

6 STS 23 de septiembre 2014 (ECLI: ES:TS:2014:3818), STS 24 de septiembre 2014 (ECLI: ES:TS:2014:3817) Comentadas por Comentadas por Cebrián Salvat , M. A. en Yzquierdo Tolsada, M. (dir.) y Espín Granizo, J. (coord.): *Comentarios de las sentencias de unificación de doctrina (Civil y Mercantil),* Volumen 6º (2013-2014), BOE, Dykinson, Madrid, 2016, pp-367-376.

realizan tales pruebas cuando se dispone de un pasaporte valido. Por tanto, procede realizar un juicio de proporcionalidad y ponderar adecuadamente las razones por las que se considera que el documento no es fiable y que por ello se debe acudir a la prueba de determinación de la edad. En cualquier caso, ya se trate de persona documentada como indocumentada las técnicas médicas especialmente si son invasivas, no podrán aplicarse indiscriminadamente para la determinación de la edad". En la STS de fecha 8 de junio de 2015[7], el TS precisa que "Dispone el artículo 35.3 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, modificada por Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre[8], que "en los supuestos en que los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado localicen a un extranjero indocumentado cuya minoría de edad no pueda ser establecida con seguridad, se le dará, por los servicios competentes de protección de menores, la atención inmediata que precise, de acuerdo con lo establecido en la legislación de protección jurídica del menor, poniéndose el hecho en conocimiento inmediato del Ministerio Fiscal, que dispondrá la determinación de su Edad, para lo que colaborarán las instituciones sanitarias oportunas que, con carácter prioritario, realizarán las pruebas necesarias", puntualizando en su art. 25.1 que el extranjero que pretenda entrar en España deberá hacerlo por los puestos habilitados al efecto, hallarse provisto del pasaporte o documento de viaje que acredite su identidad, que se considere válido para tal fin en virtud de convenios internacionales suscritos por España y no estar sujeto a prohibiciones expresas.

6. En cuanto a los arts. 6 y 190 del Reglamento de la Ley de Extranjería, según el primero, para acreditar su identidad, el extranjero que pretenda entrar en España deberá hallarse provisto de alguno de los documentos que cita, entre ellos el pasaporte expedido por las autoridades competentes del país de origen o procedencia o por las organizaciones internacionales habilitadas para ello por el derecho internacional y contener, en todo caso, datos suficientes para la determinación de la identidad y nacionalidad de los titulares.

El apelante fue sometido a una serie de pruebas médicas que indicaban una edad superior a la que se podía deducir de la documentación presentada. No compareció al acto de la vista, no ha aportado documentación alguna que acredite una edad menor a aquella que indican las pruebas médicas y tampoco a propuesta prueba que pueda desvirtuar, si tan siquiera indiciariamente, la presunción de mayoría, por lo que la resolución de instancia no puede más que ser confirmada. En consecuencia y por todo lo expuesto, se procede a desestimar el recurso.

7 STS 8 de junio 2015 (ECLI: ES:TS:2015:2347).

8 Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social (BOE *núm.* 10, de 12 de enero de 2000).

III. LA DETERMINACIÓN DE LA EDAD DE LA PERSONA FÍSICA Y EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO.

7. Como hemos señalado anteriormente la determinación de la edad es una cuestión vital en el tratamiento jurídico de los extranjeros, puesto que la legislación sobre protección de la infancia y el principio universalmente reconocido del interés superior del menor, desplazan en el ámbito de la extranjería cualquier tratamiento normativo inspirado de forma exclusiva en el control de los flujos migratorios.

La minoría de edad constituye la base y la justificación de un tratamiento más favorable que resulta especialmente importante en el caso de los menores extranjeros no acompañados. En primer lugar, evita que el menor pueda ser objeto de las medidas sancionadoras, como la expulsión, que el ordenamiento dispensa a los extranjeros que se encuentran en situación de irregularidad administrativa; además, motiva que la Administración reconozca jurídicamente la situación fáctica de desamparo en la que se encuentran, asumiendo su tutela y ocupándose de su guarda y cuidado; en tercer lugar, los derechos de los menores extranjeros no se encuentran limitados por su situación administrativa, como ocurre en el caso de los extranjeros mayores de edad. Por último, también será distinto el trato que reciben en caso de cometer actos tipificados como delitos.

8. Esto hace enormemente relevante la cuestión de la exactitud, la seguridad y la certeza en la determinación de la edad de aquellos extranjeros que dicen ser menores de dieciocho años. En multitud de casos el propio menor tiene que defender su condición de tal frente a actuaciones de la Administración que ponen en duda su minoría de edad y vulneran sus derechos. Entra aquí en juego la cuestión de la documentación del menor y de la validez que se le otorgue, y su confrontación con las pruebas médicas de determinación de la edad. En la SAP de Barcelona, de 24 de enero de 2020, el Tribunal señala que el apelante no aportó a los autos documento alguno del que pueda inferirse una edad menor, ni certificado de nacimiento ni pasaporte, ni ha propuesto otro tipo de prueba del que se pueda obtener esta información, solo manifestó no haber sido escolarizado en Marruecos, no saber leer ni escribir y no compareció al acto de la vista, por lo que el Tribunal desestima el Recurso interpuesto.

9. La edad es uno de los aspectos que afectan a la capacidad de obrar de las personas físicas, de modo que, a afectos civiles, y de acuerdo con el Derecho internacional privado español, su determinación se haga según la ley personal de sujeto. Esta ley es la que viene determinada por el art. 9.1 Código Civil[9] (en lo adelante, CC); la ley personal, que es igual a la ley de la nacionalidad. Dicha ley

9 Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil (Gaceta de Madrid *núm*. 206, de 25 de julio de 1889).

regulará los siguientes aspectos: 1) la intervención de terceros para completar la capacidad; 2) los efectos jurídicos derivados de los actos jurídicos llevados a cabo por los menores (tales como determinados contratos, las causas de emancipación, etc.); y 3) cuándo la persona alcanza la mayoría de edad.

Si partimos por dar la verdadera importancia que encierra el tercer aspecto referente al momento en el que el menor alcanza la mayoría de edad, tendremos que replantear el procedimiento por el cual la Administración española analiza si un menor no lo es ante la "duda" que pueden plantear los documentos extranjeros que portan los MENAs a su llegada a España, o bien ante la duda generada por la complexión física que presentan quienes se encuentran en la franja de edad donde la apariencia se acerca a la de un adulto pero la persona sigue siendo menor de edad.

10. Fuera de ese supuesto, la Administración -como regla general- debería, y siempre de acuerdo con la ley personal del MENA, entender y atender como menores a quienes así lo acrediten, máxime si se tiene en cuenta que no todos los Estados fijan los 18 años como edad a partir de la cual se alcanza la mayoría de edad, por ejemplo, países iberoamericanos como Honduras y otros africanos como Camerún, Egipto y Guinea, entre otros, fijan la mayoría de edad a los 21 años. Canadá por su parte, en determinados Estados de su territorio, la fija en 19 años[10].

Tal y como ha señalado Durán Ruiz, desde el año 2008, y como magistralmente expuso en el I Congreso Internacional sobre Migraciones en Andalucía, la minoría de edad en el caso de los MENAs constituye la base de un tratamiento más favorable ya que, en primer lugar, evita que el menor pueda ser objeto de medidas sancionadoras aplicables a extranjeros en situación irregular, como la expulsión. En segundo lugar, obliga a que la Administración reconozca la situación jurídica de desamparo y, en consecuencia, disponga respecto a su acogida y tutela; y, en tercer lugar, porque en caso de comisión de delitos, el tratamiento penal es diferenciado[11].

A pesar de la importancia que encierra la determinación de la edad a efectos civiles, administrativos y, puntualmente, penales, el ordenamiento jurídico español carece de una regulación coherente y que proporcione un procedimiento unificado de actuación con efectos jurídicos transversales respecto a todos los aspectos de

10 *Vid.* Calvo Caravaca, A. y Carrascosa González, J.: *Derecho internacional privado* (Granada, Comares, 2017), vol. II, pp. 66-68.

11 *Vid.* Durán Ruiz, F. J.: "Derechos de los menores extranjeros y la determinación de su edad: cuestiones sustantivas y procesales", *Actas del I Congreso Internacional sobre Migraciones en Andalucía,* Granada, (Universidad de Granada/Instituto de Migraciones, 2011) p. 851-852. Y sobre este mismo tema, del mismo autor "Los derechos de los menores no acompañados inmigrantes y solicitantes de asilo en la Unión Europea de las fronteras fortificadas y sus Estados miembros*", Revista Trace. Travaux et recherches dans les Amériques du Centre* (Centro de Estudios Mexicanos y Centroamericanos, núm. 60), pp.9-24, texto disponible en https://journals.openedition.org/trace/1723#text, (consultado el 30/01/2020).

la vida de los MENAs, encontrándose en una situación de doble vulnerabilidad ya que las mismas instituciones que les han de garantizar la protección, dudan de la minoría de edad lo cual les coloca de facto, en una situación de desamparo.[12]

11. Es lo que se aprecia en la SAP de Barcelona, la representación de Baltasar formula Recurso contra la Sentencia de instancia que desestima su oposición a la Resolución de la DGAIA que acordaba el cierre del expediente de desamparo abierto respecto al demandante. Baltasar, ingresó en centro de protección y en un primer momento se le prestó atención inmediata hasta la comprobación de sus circunstancias personales, dado que no aportaba ningún tipo de documentación. Durante su estancia en el centro protagonizó un incidente el día 21 de agosto de 2018, llegando a amenazar a una educadora del centro con un cuchillo y fugándose. La Fiscalía, tras practicarse pruebas médicas y a la vista del Informe Forense de 24 de agosto de 2018, emitió Decreto que consideraba que era mayor de edad, lo que motiva la Resolución del Servicio de Atención a la Infancia y a la Adolescencia, de fecha 15 de octubre de 2018.

1. La edad como criterio clave de actuación por parte de la Administración.

12. Para el reconocimiento de los derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico a los extranjeros en España "la edad" es el criterio que determina el régimen jurídico a aplicar para calificar el estatuto jurídico del sujeto en función de si es mayor o menor de edad. La correcta identificación de quiénes son menores será relevante a efectos civiles: un menor de edad -que lo será conforme a su ley personal, no en atención al Derecho Civil español- será objeto de una acogida y protección adecuadas al interés superior del menor que se tendrá en cuenta, inclusive, para intentar su repatriación y/o devolución a los familiares en su país de origen. La condición de menor de edad como situación de especial vulnerabilidad tiene reflejo en la regulación que nuestro ordenamiento trata de reforzar con la creación de numerosas instituciones que velan por el desarrollo integral del menor en tanto sujeto necesitado de una protección de especial intensidad, como bien apunta Peláez Fernández.

En el ámbito penal la edad tiene una importancia innegable, ya que a los ilícitos cometidos por un menor o un mayor condicionará la aplicación de un régimen jurídico u otro, pues la responsabilidad penal de los menores está enmarcada en a una franja de edad muy concreta (a partir de los 14 años y hasta antes de cumplir los 18). Mientras que quienes son considerados mayores a todos los efectos, serán

12 La situación de vulnerabilidad en la que se encuentran los MENAs fue denunciada por la Fundación RAICES (vinculada Consejo General de la Abogacía Española) ante el Congreso de los Diputados, en la Comisión sobre derechos de la infancia y la adolescencia, disponible en http://www.fundacionraices.org/?p=2813, (consultado el 08/07/2020).

responsables penalmente y, por tanto, sujetos de un procedimiento que puede dar lugar a la privación de libertad.

13. En consecuencia, la determinación de la edad desde el punto de vista de las normas de extranjería repercute en la situación jurídica del inmigrante. Si se determina que es mayor de edad se convertirá en un extranjero indocumentado y en situación irregular, siendo objeto de un expediente sancionador por estancia irregular en España y que dará lugar, muy probablemente a su expulsión.

Para evitar fraudes al respecto la fiscalía se ha pronunciado al respecto en la Instrucción 3/2003, en la cual hace mención sobre la procedencia del retorno de extranjeros menores de edad que pretendan entrar ilegalmente en España y en quienes no concurra la situación jurídica de desamparo, ha estado "devolviendo" de manera sistemática a los menores extranjeros, bajo el fundamento de que "se han de extremar las precauciones para que el sistema de derechos y garantías de los Estados de la Unión Europea (en adelante, UE) no pueda ser fraudulentamente utilizado por los infractores de las respectivas legislaciones de extranjería para forzar una residencia de todo punto improcedente. Un ejemplo evidente de lo que se acaba de exponer se refleja en el tratamiento jurídico y asistencial que, hasta la fecha, se está dando en España a la avalancha de extranjeros menores de edad e indocumentados, que, sin familia ni medios de vida, acceden ilegalmente a nuestro país por los más variados medios. La situación en que se encuentran estos menores determina, por regla general, la tutela automática de la Administración y, como consecuencia, la futura residencia legal en España".

14. Sin embargo estas averiguaciones son realizadas respecto a menores que a pesar de disponer de la documentación correcta de sus respectivos países, se duda de su validez porque las instituciones del Estado de origen no "ofrecen" garantías en su expedición, por lo que una cuestión básica que rige las relaciones privadas internacionales, como es el efecto internacional de los documentos extranjeros, se cuestiona constantemente por parte de las autoridades españolas, colocando a los MENAs como víctimas de las irregularidades del sistema[13].

En estos momentos, podemos decir que la situación institucional para hacer frente a este problema es tensa, y por momentos, contradictoria. Y ello es así por dos razones fundamentales: primera, que desde enero de este año 2018 el TS a través de su Sentencia Nº 131/2018[14], denegó el recurso de casación Nº 2289/2016, promovido por la representación de la Fundación Raíces antes mencionada, contra la Sentencia Nº 236/2016, de 2 de junio, Sección 7ª de la

13 Fragmento del Planteamiento de dicha Instrucción, disponible en https://www.fiscal.es/memorias/estudio2016/INS/INS_03_2003.html, (consultado el 28/01/20).

14 STS 31 de enero de 2018, 262/2018-ECLI: ES: TS:2018:262.

Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional (en lo adelante, AN), en el recurso contencioso-administrativo Nº 378/2015 interpuesto contra el contenido de Protocolo Marco sobre determinadas actuaciones en relación con los Menores Extranjeros No Acompañados, publicado por el Ministerio de Presidencia mediante Resolución de 13 de Octubre de 2014; y segunda, se apoya en las Observaciones realizadas por el Comité de los Derechos del Niño de las Naciones Unidas al Estado español, en marzo de este mismo año, y que en relación con los MENAs, recoge en su Observación Nº 44 dos preocupaciones principales que afectan directamente a las funciones que están atribuidas al Ministerio Fiscal, por el art. 35 de Ley Orgánica 4/2000, sobre los derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, por el art. 48 de la Ley 12/2009, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria[15] (en lo adelante, Ley de asilo) y en el art. 12 de la Ley Orgánica del Protección Jurídica del Menor[16] (en lo adelante, LOPJM reformada por la Ley 26/2015, de 28 de julio, de Modificación del Sistema de Protección a la Infancia y a la Adolescencia).

15. Debemos tomar en cuenta que la protección contra la expulsión la brinda la situación de desamparo del menor, pero en ocasiones se matiza indicando que esto no significa que todos los menores extranjeros que se encuentran en España estén legalmente desamparados. En concreto, se presume que aquellos extranjeros de más de 16 años no lo están, pues aun concurriendo en ellos un elemento de carácter subjetivo, como puede ser la ausencia de asistencia moral, falta en estos casos otra condición que ha de cumplirse acumulativamente se refiere a la falta de asistencia material. Al respecto la Fiscalía señala que estos menores no carecen de medios para vivir pues habitualmente realizan actividades remuneradas. Así, se presume que los jóvenes de más de 16 años tienen, en realidad, una vida independiente consentida por sus padres y familiares, razón por la cual han de considerarse emancipados y ser tratados, no como menores, sino como personas con capacidad para regir sus bienes y persona (de acuerdo con los arts. 319 y 323 del CC).

Esta postura plantea serios problemas de legalidad, incluso de constitucionalidad. Tratándose de menores, en nuestro ordenamiento, se impone la interpretación de las normas inspirada en el superior interés del menor, de acuerdo con el mandato constitucional de protección de la infancia. Así, considerar emancipado al inmigrante mayor de 16 años, porque vive de forma independiente con el consentimiento de sus padres, representa una lectura de la emancipación, además de forzada, pues no se creó para el fenómeno de la inmigración infantil, siendo perjudicial para el interés del menor, se permite que sea inmediatamente expulsado del territorio.

15 BOE *núm.* 263, de 31 de octubre de 2009.

16 BOE *núm.* 15, de 17 de enero de 1996.

16. Al respecto la SAP de Barcelona, de 24 de enero de 2020, analiza detenidamente el caso en cuestión a propósito de la minoría de edad de menores extranjeros en situación irregular y sobre la realización de pruebas para descartar la veracidad de los documentos oficiales que aseveran la minoría de edad, recogiendo la doctrina jurisprudencial recogida en STS de 23 y 24 de septiembre de 2014 –ya citadas- la cual señala "que el inmigrante de cuyo pasaporte o documento equivalente de identidad se desprenda su minoría de edad no puede ser considerado un extranjero indocumentado para ser sometido a pruebas complementarias de determinación de su edad pues no cabe cuestionar sin una justificación razonable por qué se realizan tales pruebas cuando se dispone de un pasaporte valido".

2. Los problemas de competencia para determinar la edad.

17. La minoría de edad constituye la base y la justificación de un tratamiento más favorable que resulta especialmente importante en el caso de los menores extranjeros no acompañados. Esto hace enormemente relevante la cuestión de la exactitud, la seguridad y la certeza en la determinación de la edad de aquellos extranjeros que dicen ser menores de dieciocho años. En multitud de casos el propio menor tiene que defender su condición de tal frente a actuaciones de la Administración que ponen en duda su minoría de edad y vulneran sus derechos. Entra aquí en juego la cuestión de la documentación del menor y de la validez que se le otorgue, y su confrontación con las pruebas médicas de determinación de la edad. Es el art. 35 de la LOEX que regula esta situación, la cual se refiere a la determinación de la edad del extranjero que se cree puede ser menor, al respecto en su apartado 3 señala que "En los supuestos en que los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado localicen a un extranjero indocumentado cuya minoría de edad no pueda ser establecida con seguridad, se le dará, por los servicios competentes de protección de menores, la atención inmediata que precise, de acuerdo con lo establecido en la legislación de protección jurídica del menor, poniéndose el hecho en conocimiento inmediato del Ministerio Fiscal, que dispondrá la determinación de su edad, para lo que colaborarán las instituciones sanitarias oportunas que, con carácter prioritario, realizarán las pruebas necesarias".

La determinación de la edad, tal como la prevé el legislador, sólo adquiere pleno sentido jurídico si se pone en relación con las demás previsiones contenidas en el mismo artículo. En efecto, a lo largo de los apartados siguientes se instaura el régimen jurídico administrativo de los extranjeros menores de edad que se encuentren en nuestro territorio. Es decir, se puede afirmar que, en él, se regula el estatuto específico del menor extranjero que se encuentra en España, pero sin limitarse a la residencia o estancia.

18. En realidad, el art. 35 de la LOEX establece todo un proceso administrativo encaminado a decidir sobre la situación jurídica del extranjero menor que puede concretarse en la residencia legal, pero, sobre todo, en su repatriación. La repatriación se configura, así como el tratamiento administrativo que el legislador exige con carácter prioritario y, por eso, el art. 35 de la LOEX concreta el procedimiento de actuación administrativo a través del cual se ejerce la potestad decisoria de repatriar a un extranjero localizado en nuestro territorio. Con la atribución de la competencia para repatriar a la Administración periférica del Estado, sobre la base de su título competencial en materia de extranjería, se está enfatizando el carácter de control de flujos sancionador y policial que reviste, de forma inadecuada, la figura de la repatriación que, por propio mandato legal, debería tender a la realización del interés del menor y su reagrupación familiar.

19. Uno de los problemas competenciales más serios en torno a la determinación de la edad, es ocasionado por la intervención del Ministerio Fiscal, en principio indiscutible, dada la función de protección de menores que tiene encomendada. El art. 35 de la LOEX exige que, cuando sea localizado un extranjero indocumentado cuya minoría de edad no pueda establecerse con seguridad, se ponga el hecho en conocimiento inmediato del Ministerio Fiscal, que dispondrá la determinación de la edad. El inconveniente se debe, no al hecho de la participación del Ministerio Fiscal en este trámite, sino al alcance que ésta ha de tener, ya que, al no poder deducirse exclusivamente del tenor de la Ley, debe estar condicionada por el tipo de pruebas que deben practicarse para establecer la edad del inmigrante.

Así lo señala la SAP de Barcelona, de 24 de enero de 2020 en la que hace mención al art. 35.3 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero , sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, modificada por Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre, señalando que "en los supuestos en que los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado localicen a un extranjero indocumentado cuya minoría de edad no pueda ser establecida con seguridad, se le dará, por los servicios competentes de protección de menores, la atención inmediata que precise, de acuerdo con lo establecido en la legislación de protección jurídica del menor, poniéndose el hecho en conocimiento inmediato del Ministerio Fiscal, que dispondrá la determinación de su Edad, para lo que colaborarán las instituciones sanitarias oportunas que, con carácter prioritario, realizarán las pruebas necesarias".

3. Las pruebas de determinación de la edad de los menores extranjeros.

20. La edad y la identidad del extranjero normalmente se prueba por medio de un documento identificativo, como ser el pasaporte u otro documento válido, aunque en el caso de la acreditación de la edad por parte de los menores extranjeros no acompañados se acepta cualquier documento identificativo al

que la legislación nacional del extranjero otorgue eficacia en este sentido y que permita conocer la edad del menor de forma fehaciente.

Junto con el grupo de medios de prueba que podemos denominar jurídicos, pues consisten en la consulta de datos personales en el Registro de Menores en situación legal de desamparo o en ciertas instituciones públicas o privadas, nacionales o extranjeras (art. 35.5 LOEX), existen otro tipo de pruebas de carácter médico más problemáticas.

21. Las pruebas de carácter médico normalmente consisten en una peritación ósea de forma que, mediante el contraste de una radiografía de la mano o muñeca de la persona examinada con un modelo preestablecido, se obtiene como resultado un arco de edades posibles en función de los nudos de osificación y de la persistencia de cartílagos. El método que cuenta con más difusión se llama *Güilliche y Pile*[17], aunque también se utiliza otro muy similar denominado *Tanner-Whitehouse*[18].

La determinación de la edad ósea presenta el problema de la fiabilidad, ya que adolece de un serio riesgo de sobreestimación o subestimación de la edad biológica. Esto se debe a que los estándares de comparación son antiguos y se realizaron para descubrir patologías relacionadas con el crecimiento y otras finalidades distintas de las que se persiguen ahora. A lo que hay que añadir que se hicieron tomando como muestra población de raza blanca, normalmente de origen inglés o estadounidense y de familias acomodadas, cuando está demostrado que las malas condiciones de vida afectan al proceso de maduración ósea y que ésta no se produce a la misma velocidad en todas las razas. Por esta razón, el arco de edades posibles ha de tomar en consideración, como mínimo, unos dieciocho meses de riesgo de sobreestimación de la edad y, de entre este arco de edades, habrá que estar siempre a la inferior, pues es lo que, en general, satisface el interés del menor.

22. Estos medios de prueba de la edad son los que permiten cuestionar ciertas intervenciones del Ministerio Fiscal en el procedimiento. En realidad, cuando se trate de meras comprobaciones jurídicas sólo cabe cuestionar la eficacia de la intervención del Misterio Fiscal disponiéndolas, pues se trata de actuaciones que

17 El método de *Greulich y Pile* consiste en un Atlas en el cual la edad ósea es evaluada por comparación de la radiografía de la mano izquierda de un paciente con una de las radiografías estándar más cercanas del atlas. Este método fue desarrollado usando las radiografías de niños caucásicos en Cleveland, *Ohio*, Estados Unidos de Norteamérica, durante el periodo de 1931 a 19421. Se ha reportado que los caracteres sexuales secundarios de los niños y niñas estadounidenses en la actualidad, comienzan más temprano que varias décadas atrás, por lo tanto, podría ser difícil evaluar exacta mente la edad ósea en los niños de hoy en día con este método.

18 Para más información se puede consultar ACNUR, Informe sobre la Determinación de la Edad en España. Programa de Menores No Acompañados Solicitantes de Asilo, Madrid, 2002., disponible en https://www.acnur.org/es-es/5cf926764.pdf consultado el 30/07/2020.

puede llevar a cabo la policía por sí misma. En cambio, cuando estemos ante pruebas de carácter médico, la intervención del Ministerio Fiscal ha de ser examinada con más cuidado, si en su práctica pueden afectarse derechos fundamentales. Ciertamente, las pruebas radiológicas, como los demás reconocimientos médicos que se han de efectuar por decisión de un poder público, constituyen intervenciones corporales susceptibles de afectar determinados derechos fundamentales, como el de integridad física o intimidad. Esto significa que, para que la afectación del derecho sea constitucionalmente irreprochable, han de practicarse y acordarse revestidas de determinadas garantías.

En efecto, en la medida que un derecho fundamental pueda verse afectado, la actuación del Ministerio Fiscal puede plantear problemas de validez, debido a que tiene prohibida la adopción de cualquier medida limitativa de derechos fundamentales. Entre las garantías que constitucionalmente cabe exigir en la realización de las pruebas que permitan deducir la edad, hay que citar que deben ser practicadas por un profesional con la pericia necesaria, no suponer un grave riesgo para la salud y, como no podía ser de otro modo, ser proporcionadas. En general, se ha contemplado que sean autorizadas judicialmente.

23. Al respecto varias Sentencias han analizado esta cuestión desde hace varios años, es el caso de la SJPI número 1, de Santander, de 6 de mayo de 2004[19], aborda esta cuestión al resolver la impugnación de un menor frente a la resolución administrativa de la Dirección General de Bienestar del Gobierno de Cantabria que acordó la extinción de la guarda de un menor extranjero y su correspondiente baja del centro en el que se hallaba acogido, al determinar que tenía 18 años tras realizarle una prueba ósea por el método *Greulich y Pile*.

En la SAP de Barcelona, de 24 de enero de 2020, objeto de análisis, el Tribunal señala que las técnicas médicas, especialmente si son invasivas, no podrán aplicarse indiscriminadamente para la determinación de la edad. El hecho se pondrá en conocimiento inmediato del Ministerio Fiscal, que dispondrá la determinación de su Edad, para lo que colaborarán las instituciones sanitarias oportunas que, con carácter prioritario, realizarán las pruebas necesarias. El apelante fue sometido a una serie de pruebas médicas que indicaban una edad superior a la que se podía deducir de la documentación presentada.

4. La autorización judicial de las pruebas para determinar la edad.

24. La autorización judicial de estas pruebas constituye una garantía esencial de respeto de los derechos fundamentales pues, en nuestro modelo constitucional,

19 Comentada por Durán Ruiz, F.: "Derechos de los menores extranjeros y la determinación de su edad:cuestiones sustantivas y procesales", *cit*, P.856.

se atribuye a los jueces la condición de garantes ordinarios de los derechos de las personas. En el plano constitucional, está justificada la idoneidad de la intervención del juez en garantía de derechos, frente a actuaciones administrativas que puedan suponer una situación de riesgo específico de vulneración de dichos derechos. Sin embargo, cuando la Constitución se refiere a la función garantizadora de derechos de los Jueces en el art. 117.4 CE, exige una ley expresa que se la atribuya. A pesar de la libertad del legislador, se puede considerar que la Constitución fija unos parámetros en relación con ciertos sujetos y situaciones a proteger. En concreto, impone singulares deberes a los poderes públicos para la garantía de los derechos de los menores (arts. 39, 49 y 9.2 CE). De esta forma, se podrían deducir algunos criterios que, más allá de la voluntad política, penetrarían en el campo de los deberes jurídicos de los poderes públicos y, por ello, deberían ser tenidos en cuenta por el legislador a la hora de atribuir funciones de garantía de sus derechos. Cuando el legislador no los desarrolle de forma explícita, como ocurre con la autorización judicial de las pruebas de determinación de la edad, la previsión se podría inferir y aplicar directamente de la Constitución. El deber de protección del interés de la menor ampara, entonces, la interpretación del principio de intervención judicial como principio constitucional.

25. La intervención judicial constituye una garantía para los derechos de los menores extranjeros, pero esta función garantizadora no sería, en sentido estricto, una tarea jurisdiccional (art. 117. 1 CE). Esta actuación judicial se encuadra más bien en el ámbito de administración de justicia (art. 117. 4 CE) a modo de colaboración con otros poderes del Estado. Se trataría así de la participación de un juez en una función administrativa, como colaboración entre poderes, de forma que la determinación de la edad se mantiene como acto de trámite dentro de un procedimiento administrativo, para cuya formación se exigiría la colaboración judicial (no jurisdiccional) de un juez en garantía de derechos.

IV. PROTOCOLO MARCO SOBRE DETERMINADAS ACTUACIONES EN RELACIÓN CON LOS MENORES EXTRANJEROS NO ACOMPAÑADOS.

26. Respecto al Protocolo Marco sobre determinadas actuaciones en relación con los menores extranjeros no acompañados (en adelante, Protocolo MENA), suscrito el 22 de julio 2014[20], se prevé, en ciertos casos, tener por "indocumentados" a menores extranjeros no acompañados provistos de pasaporte o documento equivalente de identidad del que resulte su minoría de edad. A la vista del contenido del Protocolo resultaría que su espíritu y finalidad no se vendría a conjugar en toda su extensión con la interpretación que el TS ha realizado del concepto "indocumentado" del art. 35.3 LOEX. La condición de

20 Resolución de 13 de octubre de 2014, de la Subsecretaría, por la que se publica el Acuerdo para la aprobación del Protocolo Marco sobre determinadas actuaciones en relación con los Menores Extranjeros No Acompañados (BOE *núm*. 251, de 16 de octubre de 2014).

inmigrante y las políticas migratorias de nuevo se antepondrían a la condición de menor y las políticas de infancia. Por ello, debe tenerse en cuenta que el propio TS ha recordado que un menor extranjero no acompañado "es ante todo un niño ex-puesto a un peligro potencial y la protección de los niños, y no las políticas de inmigración, deben ser el principio rector de los Estados miembros y la Unión Europea en este ámbito, respetándose el interés superior del niño"[21]

27. El contenido del Protocolo MENA puede resumirse como sigue: En cuanto a su objeto es doble: por un lado, tiene la finalidad de coordinar la intervención de todas las instituciones y administraciones involucradas desde la localización del menor o supuesto menor hasta su identificación, la determinación de su edad, la puesta a disposición de la entidad pública de protección de menores y documentación. Por otro lado, el Protocolo MENA está dirigido a lograr el adecuado funcionamiento del Registro de Menores Extranjeros No Acompañados (en lo adelante, RMENA), ya que es la única fuente de información fidedigna y completa relativa a los menores migrantes.

Respecto a los sujetos a los que resulta de aplicación, serán: 1) al extranjero menor de dieciocho años que sea nacional de un Estado al que no le sea de aplicación el régimen de la Unión Europea y que llegue a territorio español sin un adulto responsable de él, ya sea legalmente o con arreglo a la costumbre, apreciándose riesgo de desprotección del menor; 2) a cualquier menor extranjero que una vez en España se encuentre en esta situación; 3) también, a los menores extranjeros que se encuentren en situación de riesgo por haber entrado de manera clandestina o subrepticia en territorio nacional o pretendieran traspasar los puestos fronterizos españoles en unión de un adulto que, aparentando ser su progenitor, pariente o responsable del niño, no aporte documentación veraz o fiable del vínculo alegado, y además se aprecie un peligro objetivo para la protección integral del menor; 4) a los menores extranjeros que se hallaren en situación de patente desamparo o desprotección, por padecer riesgo de sometimiento a redes de trata de seres humanos; 5) a aquellos menores extranjeros que se hallen como polizones a bordo de un buque, nave o aeronave que se encuentre en un puerto o aeropuerto español; 6) a los MENA que hubieran sido localizados por los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad con ocasión de la comisión de un hecho delictivo de los que pudieran ser imputados conforme a la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores[22].

21 Resolución del Parlamento Europeo de 12 de septiembre 2013, sobre la situación de los menores no acompañados en la UE. DOUE, 9 de marzo de 2016 (2012/2263(INI)) (2016/C 093/26).

22 *Vid.* apartado segundo, del Capítulo del texto del Protocolo, Resolución de 13 de octubre de 2014, de la Subsecretaría, por la que se publica el Acuerdo para la aprobación del Protocolo Marco sobre determinadas actuaciones en relación con los Menores Extranjeros No Acompañados (BOE *núm.* 251, de 16 de octubre de 2014).

28. En relación con el procedimiento de determinación de la edad, cuestión objeto de crítica en estas líneas, se distinguen dos supuestos: a) cuando la minoría del menor tiene carácter indubitado, en cuyo caso se procede a su identificación, registro y asignación a los servicios de acogida y tutela correspondientes de la Administración, y b) los supuestos dudosos, en este caso la consideración que hace de un menor indocumentado incluye en esta categoría a menores con documentación de sus países de origen, con pasaportes y partidas de nacimiento expedidas por sus embajadas y consulados correspondientes, a los que no otorga valor legal a efectos de determinar la edad del MENA; y al mismo tiempo se aprecia una falta de garantías en el procedimiento de determinación de la edad ya que el Protocolo vulnera el derecho a ser escuchado y la asistencia letrada obligatoria.

Especialmente llamativo resulta el carácter irrecurrible de los Decretos del Ministerio Fiscal que determinan la mayoría o minoría de edad de estos menores, así como que el documento avala la realización sistemática de pruebas médicas de determinación de la edad, que en tantas ocasiones han sido criticadas por el Defensor del Pueblo, quien se ha pronunciado contrario a la aplicación de las pruebas para determinar la edad en el caso de los MENA, debido a su carácter inapropiado y la inseguridad jurídica derivada de sus resultados[23].

Aunque el art. 190.2 del Reglamento de la LOEX dispone que el procedimiento de determinación de la edad de menores, solo procede en el caso de los que estén indocumentados, el Protocolo establece una "definición de indocumentación" en la que los pasaportes, partidas de nacimiento, certificados de identidad consulares, cartas nacionales de identidad, etc. emitidos por las autoridades de países tales como Marruecos, Ghana, Mali, Camerún, Guinea Conakry, Costa de Marfil, entre otros, carecen de validez.

29. El Tribunal Supremo prohíbe someter a las pruebas para determinar la edad a los inmigrantes menores con pasaporte válido que se encuentran de forma irregular en España, tal y como se analiza a continuación. En este sentido, las STS del 2014 resuelven los casos de un ciudadano de Guinea Conakry y de una ciudadana de Ghana respectivamente, quienes a pesar de tener pasaportes expedidos en sus países de origen, acreditando la fecha de nacimiento y la minoría de edad, fueron declarados mayores de edad tras la realización de las pruebas médicas y dejaron de estar tutelados por los servicios de las administraciones autonómicas correspondientes (Diputación Foral de Álava y Generalitat de Cataluña, respectivamente). En ambos casos, el Tribunal Supremo dispuso que

23 *Vid.* Informe de Defensor del Pueblo de España ¿Menores o adultos? Procedimientos para la determinación de la edad. Disponible en https://www.defensordelpueblo.es/wp-content/uploads/2015/05/2011-09-Menores-o-Adultos-Procedimientos-para-la-determinaci%C3%B3n-de-la-edad1.pdf, (consultado el 10/07/2020).

debían quedar bajo la protección que la ley dispensa a los MENA, marcando una doctrina clara: "el inmigrante de cuyo pasaporte o documento equivalente de identidad se desprenda su minoría de edad no puede ser considerado un extranjero indocumentado para ser sometido a pruebas complementarias de determinación de su edad, pues no cabe cuestionar sin una justificación razonable por qué se realizan tales pruebas cuando se dispone de un pasaporte válido". Por lo que la Sala Civil deja establecido que cuando el extranjero es menor de edad de acuerdo con el pasaporte, debe ponerse a disposición de los servicios de protección del menor sin que se le realicen las pruebas por estar documentado. En los casos en los que se dude de la fiabilidad del documento, dispone que los tribunales tendrán que hacer un juicio de proporcionalidad sobre las razones por las que se considera que el documento no es fiable y que por ello se tienen que realizar las pruebas, sin olvidar que cualquier duda basada en la apariencia física debe resolverse a favor del menor.

1. Observaciones realizadas por el Comité de los Derechos del Niño de la ONU.

30. Las Observaciones realizadas por el Comité de los Derechos del Niño de las Naciones Unidas al Estado español, en marzo de este mismo año, y que, en relación con los MENA, recoge en su Observación Nº 44 dos preocupaciones principales que afectan directamente a las funciones que están atribuidas al Ministerio Fiscal, por los arts. 35 de LOEX y 48 de la Ley de Asilo, así como por el art. 12 de la LOPM.

Otra de las deficiencias que se señalan hace referencia a las devoluciones en frontera (devoluciones en caliente) contempladas en la Ley Orgánica 4/2015, de 30 de marzo, de protección de la seguridad ciudadana[24], por las cuales se puede repatriar/expulsar –en un breve período de tiempo y con una escasa tramitación- a los extranjeros que acceden de forma irregular a España. Diariamente vemos en las noticias las redadas policiales en la frontera con Ceuta y Melilla para detectar a los MENA que se esconden en camiones y otros medios de transporte.

31. Estas Observaciones, dirigidas con preocupación al Estado español, han dado lugar a que la Fiscalía del Estado a través de la Unidad de Extranjería, emitiera la "Nota Interna Nº 2 de 2018, Sobre seguimiento de los expedientes de revisión de los decretos de determinación de la edad de extranjeros indocumentados cuya minoría de edad no puede ser establecida con seguridad". En este documento (de acceso público a través de www.fiscalia.es) es el marco desde el cual se rebaten las preocupaciones manifestadas por el alto organismo internacional, sobre

24 BOE *núm.* 77, de 31 de marzo de 2015.

la competencia exclusiva de la fiscalía en este asunto. Considerando que dicha preocupación "parece recoger un prejuicio asentado en un sector de la sociedad española", de acuerdo con que esta institución actúa siguiendo las órdenes del Gobierno de quien depende, de tal manera que cualquiera de las decisiones de los fiscales en materia de extranjería –como es la aplicación del art. 35 LOEX[25]- estaría condicionada por la necesidad de proteger la política inmigratoria definida por el ejecutivo español.

Para la Fiscalía española esta visión es "patentemente errónea, al margen de que carece de fundamento alguno suponer que la política migratoria del Gobierno es contradictoria con la salvaguardia del interés superior del menor, pues es lo cierto que el Ministerio Fiscal español ni recibe ni puede recibir órdenes del Gobierno en ningún área de su actividad. Todo lo contrario, el Ministerio Fiscal sólo está vinculado al estricto cumplimiento de la legalidad de conformidad con lo prescrito en el art. 124 CE y en el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal". No obstante, se aclara en este documento que "en relación con esta cuestión, es patente que desde nuestra Unidad no puede tomarse iniciativa alguna dirigida a paliar ese sentimiento de desconfianza. Dados los términos de la Observación del Comité, sus únicos destinatarios son los poderes del Estado que tengan capacidad para promover los cambios legislativos sugeridos", de este modo queda bastante claro a quién corresponde dicha responsabilidad: al Estado.

32. La segunda de las preocupaciones manifestadas por el Comité de los Derechos del Niño de la ONU, sobre el uso de métodos intrusivos de evaluación de la edad, incluso en casos en que los documentos de identificación parezcan ser auténticos, particularmente en las ciudades autónomas de Ceuta y Melilla, y a pesar de varias decisiones del Tribunal Supremo sobre esta práctica", la Fiscalía entiende que afecta directamente al ámbito de su actividad, especialmente en dos cuestiones muy relevantes: una, concierne a los criterios de valoración por el Fiscal de la documentación presentada por los extranjeros a los efectos de decretar su mayoría o minoría de edad; y la segunda afecta a los métodos y pruebas utilizados por los facultativos para la evaluación de la edad. En este aspecto, la Nota recuerda cuáles son los principios que ordenan la actividad sobre MENA: el interés superior del menor; la aplicación de la "pro minoría" en caso de duda; y en cuanto a la naturaleza del Decreto fiscal, se destaca su carácter interlocutorio, lo que supone que puede ser revisada por el propio Ministerio Fiscal y judicialmente por cualquier orden jurisdiccional.

25 Este artículo tiene un doble espectro de incidencia: administrativo y civil. Esta doble vertiente supone que, si la determinación de la edad implica que el sujeto es menor, su dimensión será de tipo civil, al amparo del régimen de tutela que corresponda. Mientras que, si el resultado deriva en una mayoría de edad, implica a priori la aplicación del régimen sancionador de extranjería por estancia irregular, lo que puede llevar aparejado una orden de expulsión del territorio español.

33. En cuanto a las pruebas médicas, el epígrafe 6 de la Nota hace referencia a las mismas, recordando que los arts. 35.3 LOEX y 48.2 de la Ley de Asilo imponen a las "las instituciones sanitarias oportunas" el deber de colaboración con el Ministerio Fiscal en su función de determinación de la edad de los extranjeros indocumentados, cuya minoría de edad no pueda ser establecida con seguridad. En este sentido, se pone manifiesto la evidencia de que "no es posible que el Ministerio Fiscal imponga a un médico perteneciente a las instituciones sanitarias oportunas, cuáles han de ser las pruebas a practicar, los métodos valorativos y el contenido del dictamen. El desiderátum es que los médicos se ajusten, como recoge el Protocolo Marco MENA siguiendo las indicaciones del Defensor del Pueblo, a las Recomendaciones sobre métodos de estimación de la edad de los menores extranjeros no acompañados (Documento de buenas prácticas entre los institutos de Medicina Legal, 2010)"[26].

Conviene analizar una norma jurídica que, aunque no está dirigida específicamente a los menores, nos sirve para fundamentar la crítica que sostenemos respecto al procedimiento de determinación de la edad. Se trata 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[27], que reconoce en su art. 2, como principio básico, la dignidad de la persona humana -sin distinguir en ningún momento sobre edad, nacionalidad, raza, etc.- y al mismo tiempo, reconoce una serie de derechos fundamentales, como la autonomía, información, el derecho a la intimidad, los cuales han de ser garantizados en el ámbito de la sanidad.

34. Como medio para respetar la autonomía del paciente, esta Ley señala el consentimiento libre y voluntario del paciente, en sus arts. 8 y 9, lo que incluye a los menores, recociéndoles su derecho a tal efecto. De modo que al practicar las pruebas médicas que han de determinar la edad, estos menores deben prestar su consentimiento en virtud del art. 9.4 si tienen 16 años o más, justo la franja de edad que más dudas genera respecto a la minoría de edad. De igual forma lo requiere el art. 12.4 de la LOPJM, por lo que es preceptivo que para las pruebas que hayan de realizarse al menor se exigiera previamente su consentimiento informado,

26 *Vid.* Nota Interna núm. 2 de 2018, Sobre seguimiento de los expedientes de revisión de los decretos de determinación de la edad de extranjeros indocumentados cuya minoría de edad no puede ser establecida con seguridad, p. 11. Hay dificultades para reconocer a los menores como tales, sin que prevalezca el hecho de ser inmigrante; así, se antepone la nacionalidad a la edad y esta es, en parte, la consecuencia de que ante la más mínima duda se intenta fijar la mayoría de edad. Tanto los especialistas forenses, en su Documento de Buenas Prácticas entre los Institutos de Medicina Legal de España como el Defensor del Pueblo han expresado su preocupación sobre la excesiva exposición de los menores a radiaciones ionizantes con fines únicamente periciales, sin proceder a una comprobación anterior de los datos del Registro Central de Menores Indocumentados y sin proceder a un cruce de datos tanto de los Cuerpos de Seguridad del Estado como de las instituciones sanitarias.

27 BOE *núm.* 274, de 15 de noviembre de 2002.

afirmando el respeto a su dignidad y sin que suponga en ningún momento un riesgo para su salud[28].

Con independencia de la agilidad que debe presidir el procedimiento para la determinación de la edad, no puede obviarse el derecho que toda persona tiene a ser oída, en estos casos el presunto menor de edad. No obstante, las investigaciones realizadas por el Defensor del Pueblo muestran que los interesados no son informados por los servicios policiales sobre el inicio del procedimiento, su alcance y sobre la naturaleza de las pruebas a las que van a ser sometidos. Tampoco consta que en este momento se recabe el consentimiento de los interesados, en todos los casos, para la realización de estas pruebas. Como bien apunta La Font Nicuesa, la cuestión más conflictiva en relación con los expedientes de determinación de la edad en los casos dudosos, radica en cómo resolver la contradicción existente entre la fecha de nacimiento que figura en un documento que se contradice con el resultado de otras pruebas practicadas, sin dudas, una cuestión polémica donde las haya[29].

2. El papel de La Unión Europea.

35. En el contexto comunitario el objetivo ha sido gestionar el fenómeno migratorio desde la cooperación de los Estados miembros, de ahí que siga siendo un problema enquistado, pues son éstos los que siguen teniendo competencias para gestionar y controlar los flujos migratorios en sus territorios, de acuerdo con su normativa interna. No obstante, es necesario tener en cuenta que tanto del Derecho originario, como el Derecho derivado de la UE incluyen normas, de distinto alcance, que regulan aspectos relativos a la protección de los menores, partiendo de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, que en su art. 24.2 consolida el "el interés superior del menor", como principio básico que ha de guiar a los Estados miembros en sus actuaciones respecto a los niños y niñas que se encuentran en Europa[30].

28 Sobre este aspecto, *vid.* el análisis realizado por Peláez Fernández, P.: "Estado de la cuestión sobre los derechos de los MENAS en España…", pp. 59-60, texto disponible en http://www.eduso.net/res/winarcdoc.php?id=1158, (consultado el 09/08/2020). En apoyo a las críticas al sistema español tuvimos oportunidad de exponerlo en Ortega Giménez, A. y Heredia Sánchez, L.: "Efectos jurídicos de la determinación de la edad de los menores extranjeros no acompañados. La polémica que no termina", en Cebrián Salvat, M. A/Lorente Martínez, I. (coords): *Protección de menores y Derecho internacional privado*, Comares, Granada, 2019, pp. 19-34. Desde un punto de vista comparado, entre el sistema español y el que se aplica en Italia a efectos de proteger a los MENAs. *Vid* Ortega Giménez, A. y Heredia Sánchez, L.: "Difficulties and detrimental effects in the determination of the age of unaccompanied foreing minors, legal protection in Spain and Italy", *International Journal of Law, Policy and Social Review,* Volume 2, Issue 2, 2020, pp. 4-14.

29 *Vid.* La Font Nicuesa, L.: *La determinación de la edad del presunto menor extranjero. Pasaporte contra pruebas médicas. Aspectos civiles, penales y contenciosos administrativos,* Valencia, Tirant Lo Blanch, 2018, p. 29.

30 Resulta muy interesante, por lo actual y completo de su contenido, el análisis realizado por Velasco Retamosa, J. M.: "La protección de menores extranjeros en la Unión Europea: situación actual y desafíos de futuro", en Velasco Retamosa, J. M. (dir.): *Menores extranjeros: problemas actuales y retos jurídicos*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2018, pp. 85-113. También, el artículo publicado por De Bartolomé Cenzano, J. C.: "Nuevos desafíos para la determinación de la edad de los menores no acompañados. Un estudio a la luz

En el Derecho derivado varias normas de Derecho internacional privado dan cuenta del interés demostrado por parte de las instituciones comunitarias respecto a cuestiones claves de la vida de los menores en el ámbito familiar, así contamos con varios Reglamentos comunitarios que regulan aspectos relativos a la responsabilidad parental, alimentos, sustracción internacional, entre otros, donde destaca especialmente el Reglamento 2201/2003[31] cuya pretensión enfoca hacia la pretendida unificación el Derecho de Familia en la UE. Además, debemos tener en cuenta el conjunto de Directivas dirigidas a armonizar las normas estatales para la erradicación de la violencia sobre los menores, así como para favorecer el acceso a procedimientos ágiles en materia de asilo y protección internacional.

Y por último, la Carta Europea de los Derechos del Niño[32], que a pesar de su carácter no vinculante, reconoce expresamente que la minoría de edad debe ser entendida como un momento determinante en la vida de cualquier persona, quedando los Estados obligados a garantizar y defender los derechos de los menores bajo cualquier circunstancia.

36. En definitiva, el centro el problema radica, en nuestro criterio, en que la UE no tiene competencias para regular directamente esta cuestión, su papel es el de promover y apoyar la actuación coordinada entre los Estados para garantizar que los menores no queden en situación de desprotección, tanto si son extranjeros como si no lo son. Por tanto, no puede de momento, generar normas de aplicación directa ya que la materia migratoria y la regulación de la inmigración de menores extranjeros es competencia de los Estados miembros.

V. CONCLUSIONES.

37. Sin lugar a dudas la determinación de la edad de los extranjeros indocumentados es un aspecto de especial interés dentro del fenómeno de la inmigración irregular y de los menores inmigrantes. La minoría de edad constituye la base y la justificación de un tratamiento más favorable que resulta especialmente importante en el caso de los menores extranjeros no acompañados. Esto hace enormemente relevante la cuestión de la exactitud, la seguridad y la certeza en la determinación de la edad de aquellos extranjeros que dicen ser menores de dieciocho años. En multitud de casos el propio menor tiene que defender su condición de tal frente a actuaciones de la Administración que ponen en duda su minoría de edad y vulneran sus derechos. Entra aquí en juego la cuestión de la documentación del menor y de la validez que se le otorgue, y su confrontación con las pruebas médicas de determinación de la edad. Es lo que se aprecia en la

de los estándares nacionales e internacionales de protección de derechos fundamentales, *REDF*, núm. 26. 2015, pp. 79-109.

31 DOCE de 23 de diciembre de 2003.

32 DOCE *núm.* C 241, de 21 de septiembre de 1992.

SAP de Barcelona, de 24 de enero de 2020, en un primer momento se le prestó atención inmediata al extranjero hasta la comprobación de sus circunstancias personales, dado que no aportaba ningún tipo de documentación que demuestre su minoría de edad, se procedió a archivar el expediente.

38. La determinación de la edad desde el punto de vista de las normas de extranjería repercute en la situación jurídica del inmigrante. Si se determina que es mayor de edad se convertirá en un extranjero indocumentado y en situación irregular, siendo objeto de un expediente sancionador por estancia irregular en España y que dará lugar, muy probablemente a su expulsión. A pesar de la importancia que encierra la determinación de la edad a efectos civiles, administrativos y, puntualmente, penales, el ordenamiento jurídico español carece de una regulación coherente y que proporcione un procedimiento unificado de actuación con efectos jurídicos transversales respecto a todos los aspectos de la vida de los MENAs, especialmente de aquellos cuya minoría de edad es dudosa, no sólo por su apariencia física, sino también por la documentación que portan para acreditarlo, ya la que las autoridades no le dan credibilidad.

39. La edad y la identidad del extranjero normalmente se prueba por medio de un documento identificativo, como ser el pasaporte u otro documento válido. Junto con el grupo de medios de prueba que podemos denominar jurídicos, existen otro tipo de pruebas de carácter médico más problemáticas. El método que cuenta con más difusión se llama Greullich y Pile, aunque también se utiliza otro muy similar denominado *Tanner-Whitehouse*. En la SAP de Barcelona de, 24 de enero de 2020, el Tribunal manifiesta que el apelante fue sometido a una serie de pruebas médicas que indicaban una edad superior a la que se podía deducir de la documentación presentada, por lo que se confirma la Resolución de la Dirección General de Atención a la Infancia y la Adolescencia que acordó el cierre del expediente de desamparo y el ingreso del demandante en un centro de protección hasta la comprobación de sus circunstancias personales, dado que no aportaba ningún tipo de documentación.

40. A pesar de que contamos con normas jurídicas de naturaleza civil, de naturaleza administrativa (Derecho de extranjería) y de Derecho internacional público, entre otras, que comprometen al Estado español en la protección de los menores a unos niveles elevados, falta congruencia en la actuación para determinar su edad. Si miramos hacia la UE podemos constatar que, hoy día, no contamos ni contaremos con una normativa institucional específicamente aplicable por los Estados miembros, con carácter obligatorio y coherente, que asegure los derechos de los MENAs.

BIBLIOGRAFÍA

Aparicio Chofré, L.: "Avances y desafíos en la regulación de los menores extranjeros no acompañados en España", *Revista Boliviana de Derecho*, núm. 20, 2015.

Armenteros León, M.: "Análisis del tratamiento jurídico previsto para los menores extranjeros en situación irregular", *Boletín del Ministerio de Justicia*, Año 60, núm. 2017, 2006.

Calvo Caravaca, A. y Carrascosa González, J.: *Derecho internacional privado,* Granada Comares, vol. II, 2018.

Cebrián Salvat, M. A. en Yzquierdo Tolsada, M. (dir.) y Espín Granizo, J. (coord.): *Comentarios de las sentencias de unificación de doctrina (Civil y Mercantil*), Volumen 6º (2013-2014), BOE- Dykinson, Madrid, 2016, pp-367-376.

Cobas Cobiella, M. E.: "Menores y extranjería: situaciones de regularización", *Revista Boliviana de Derecho,* núm. 20, julio 2015.

De Palma del Teso A. y González García, A. "La determinación de la edad de los menores extranjeros no acompañados tras la reciente doctrina jurisprudencial del tribunal supremo", *Revista Juridica de Catalunya*, Nº3, 2015, pp. 38-65, disponible en http://www.fundacionraices.org/wp-content/uploads/2015/11/Art%C3%ADculo-determinaci%C3%B3n-de-la-edad.pdf, consultado el 15/08/2020.

De Bartolomé Cenzano, J. C.: "Nuevos desafíos para la determinación de la edad de los menores no acompañados (un estudio a la luz de los estándares nacionales e internacionales de protección de derechos fundamentales), *REDF*, núm. 26, 2015.

Durán Ruiz, F. J.:

- "Derechos de los menores extranjeros y la determinación de su edad: cuestiones sustantivas y procesales", *Actas del I Congreso Internacional sobre Migraciones en Andalucía,* Granada, Universidad de Granada/Instituto de Migraciones, 2011.

- "Los derechos de los menores no acompañados inmigrantes y solicitantes de asilo en la Unión Europea de las fronteras fortificadas y sus Estados miembros*", Revista Trace. Travaux et recherches dans les Amériques du Centre*, Centro de Estudios Mexicanos y Centroamericanos, núm. 60, texto disponible en https://journals.openedition.org/trace/1723#text, consultado el 30/01/2020.

Fuentes Sánchez, R.: "Menores Extranjeros No Acompañados (MENA)", Azarbe: *Revista Internacional de Trabajo Social y Bienestar*, núm. 3, 2014.

La Font Nicuesa, L.: *La determinación de la edad del presunto menor extranjero. Pasaporte contra pruebas médicas. Aspectos civiles, penales y contencioso administrativos*. Valencia, Tirant Lo Blanch, 2018.

Moreno-Torres Sánchez, J.: *La seguridad jurídica en el sistema de protección de menores español,* Pamplona, Thomson Reuters. Aranzadi, 2009.

Ortega Giménez, A. y Heredia Sánchez, L.:

- "Critical Analysis of the Process of Determination of the Age of Unaccompanied Foreign Minors in Spain", *International Journal of Latest Research in Humanities and Social Science (IJLRHSS,* Volume 03- Issue 03, 202.

- "Difficulties and detrimental effects in the determination of the age of unaccompanied foreing minors, legal protection in Spain and Italy", *International Journal of Law, Policy and Social Review,* Volume 2, Issue 2, 2020.

- "Efectos jurídicos de la determinación de la edad de los menores extranjeros no acompañados. La polémica que no termina,", en Cebrián Salvat, M. A/Lorente Martínez, I. (coords.): *Protección de menores y Derecho internacional privado*, Comares, Granada, 2019.

Ortega Giménez, A., Heredia Sánchez, L. y Lorente Martínez, I.: *Materiales de Derecho Internacional Privado para el Grado en Derecho*, Difusión Jurídica, Madrid, 2020.

Peláez Fernández, P.: "Estado de la cuestión sobre los derechos de los MENAS en España: entre la protección y el abandono", *Revista de Educación Social,* núm. 27, julio-diciembre 2018, texto disponible en http://www.eduso.net/res/winarcdoc.php?id=1158, consultado el 01/08/2020.

Perazzo Aragoneses, C. y Zuppiroli, J.: *Los más solos*. Save the Childen. España. 2018. disponible en https://www.savethechildren.es/sites/default/files/imce/los_mas_solos_vok.pdf, consultado el 30/07/2020.

Velasco Retamosa, J. M.: "La protección de menores extranjeros en la Unión Europea: situación actual y desafíos de futuro", en Velasco Retamosa, J. M (dir.): *Menores extranjeros: problemas actuales y retos jurídicos*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2018.

LA INSCRIPCIÓN DE LA CIUDADANÍA EN LA CUBA NEOCOLONIAL (1902-1919). SUCINTA REFERENCIA HISTÓRICO-JURÍDICA

THE REGISTRATION OF CITIZENSHIP IN THE NEOCOLONIAL CUBA (1902-1919). SUCCESSFUL HISTORICAL-LEGAL REFERENCE

Rev. Boliv. de Derecho Nº 31, enero 2021, ISSN: 2070-8157, pp. 576-393

Alejandro
PÉREZ DIZ

ARTÍCULO RECIBIDO: 19 de septiembre de 2020
ARTÍCULO APROBADO: 13 de noviembre de 2020

RESUMEN: Este recuento histórico-jurídico que abarca sucintamente 17 años de actividad registral civil realizada en la época neocolonial por Jueces Municipales y Secretarios, específicamente la inscripción de la ciudadanía cubana, resulta de notable importancia para entender y profundizar en los orígenes de ese complejo proceso, así como lograr un reencuentro con la historia de quienes transitaron por esos tiempos, que por estar oculta en la actualidad en las sombras de los Registros Civiles, no deja de estar viva y permitirnos encontrar todo lo bello que hubo en ella.

PALABRAS CLAVE: Registro Civil; actividad registral civil; ciudadanía; emigrados; cubanos.

ABSTRACT: *This historical-legal account brieflycovering 17 years of civil registration activity carried out during the neocolonial period by Municipal Judges and Secretaries, specifically that related to registration of Cuban citizens)becomes considerably relevant to understand and to godeeper into the origins of this complex process, as well asto achieve a re-encounter with the history of those who passed through those times, currently a hidden history in the shadows of Civil Registration offices, but still alive and thus allowing us to find all the beauty that there was in it.*

KEY WORDS: *Civil Status Registry; civil registry activity; citizenship; emigrants; Cubans.*

SUMARIO.- I. INTRODUCCIÓN.- II. PRIMERAS INSCRIPCIONES.- 1. Una mirada al proceso de inscripción.- 2. Algunas problemáticas en las inscripciones.- III. SITUACIÓN ACTUAL DE LA INSCRIPCIÓN DE LA CIUDADANÍA.- 1. Breve referencia al panorama actual.- 2. La Sección de Ciudadanía de los Registros Civiles.- IV. PROPUESTAS.- V. CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN.

La inscripción de la ciudadanía cubana en la época neocolonial representa un acontecimiento histórico-jurídico sobre el cual no encontramos ninguna referencia bibliográfica de autores cubanos ni extranjeros. Ello derivó en el interés de escribir este artículo y escogimos el Registro Civil del municipio de Arroyo Naranjo por ser la entidad donde laboramos.

Para conformar esta investigación, partimos del estudio de los 35 tomos (libros) que contienen 20 200 folios, pertenecientes a la Sección de Ciudadanía del Registro del Estado Civil de Arroyo Naranjo, que recogen las inscripciones realizadas entre 1902 y 1989. Del total de tomos, escogimos el primero como muestra para nuestra investigación, por ser el libro inicial en esta labor y abarcar la mayor cantidad de años (17). Dicha muestra fue trabajada minuciosamente y aportó los datos esenciales para poder adentrarnos en los detalles de la actividad registral civil desarrollada en la época estudiada, así como en la historia de vida de cientos de emigrados y cubanos con ciudadanías extranjeras, asentados en Arroyo Naranjo.

Entre estas inscripciones encontramos una diversidad de asuntos tratados, pero su tipología documental nos permitió extraer informaciones similares con la cual confeccionamos una base de datos que facilitó el acceso a los mismos. Entre estos encontramos: nombre de los Jueces y Secretarios actuantes, fecha y hora de la inscripción, nombres de los comparecientes, naturalidad, edad, estado conyugal, profesión, vecindad, respaldo legal de la solicitud, nombres de esposa e hijos (en caso de tenerlos), datos sobre el proceso migratorio (incluye nombre del barco utilizado, fecha de llegada y categoría migratoria), nombres de los testigos, entre otros.

• Alejandro Pérez Diz
Licenciado en Derecho. Máster en Administración Pública. Ha sido Asesor Jurídico de Organismos de la Administración Central del Estado entre los años 2007-2018. Actualmente labora como Registrador del Estado Civil. Autor de varias publicaciones relacionadas con derecho mercantil y registral en revistas nacionales. Correo electrónico: alejopd83@gmail.com.

El estudio de estas variables permitió realizar un acercamiento al tema –antes que se pierda en el tiempo la historia registrada en dichos libros, que está siendo comida por polillas debido al paso de los años– y puede servir en alguna medida, para incentivar la realización de otros trabajos similares, con el objetivo de rescatar este valioso patrimonio documental.

Además, es un esfuerzo por continuar ilustrando la actividad del Registro del Estado Civil, teniendo en cuenta que este campo del Derecho en Cuba, padece de profundas carencias investigativas. Sirva el presente texto para contribuir al saber jurídico de los estudiantes de Derecho y acercar a los juristas al conocimiento y valoración de esta significativa actividad.

II. PRIMERAS INSCRIPCIONES.

Al iniciarse en Cuba la neocolonia[1] la legislación que regulaba la actividad registral civil era la que había llegado de la Metrópoli[2]. La nueva realidad económica, política y social demandaba adoptar esa legislación para resolver conflictos jurídicos en torno a la inscripción de todos los actos y hechos concernientes al Estado Civil de las personas, reflejado en la Constitución de la República de 21 de febrero de 1901, que estableció en la Séptima Disposición Transitoria, continuar utilizando todas las leyes, decretos, reglamentos, órdenes y demás disposiciones que estaban en vigor en el momento de promulgarse esta Carta Magna, siempre y cuando no se opusieran a ella o hubiesen sido legalmente derogadas o modificadas.

Fue así como en 1902 aparecieron las primeras inscripciones -pertenecientes a la Sección de Ciudadanía- en el barrio de Arroyo Naranjo. Ejemplo de ello es el tomo 1 escogido como muestra para este estudio, en cuya primera hoja aparece la diligencia de apertura realizada por el Licenciado Eduardo Chaple Luany, Juez

1 Según Torres Cueva, E. y Loyola Vega, O.: *Historia de Cuba. Formación y liberación de la nación*, Pueblo y Educación, La Habana, 2001, p. 396; "el 10 de diciembre de 1898, en París, se firmó el Tratado entre España y Estados Unidos, que representó el traspaso de la Isla de Cuba a los norteamericanos, incluyendo a Puerto Rico, Filipinas y algunos otros enclaves menores. Entrando el año 1899 se produciría la ocupación militar del territorio de Cuba por las tropas intervencionistas de los Estados Unidos".

2 Como indica Rodríguez Corría, R. y Proenza Reyes, M.: "Pasado, presente y futuro del Registro del Estado Civil en Cuba", *Santiago*, vol. 1, 2016, pp. 5-6. (www.santiago.uo.edu.cu); "hacia 1869 en España, las cortes constituyentes decretaron con carácter provisional el establecimiento del Registro Civil con arreglo a la Ley del 17 de junio de 1870, que comenzó a regir el primero de enero de 1871 y que se mantuvo vigente hasta 1957. Fue complementada por el Reglamento del 13 de diciembre de 1870, para la ejecución de la leyes de matrimonio y Registro Civil, lo cual es considerado desde lo histórico-jurídico, un antecedente cardinal de la materia. Para la Isla de Cuba tuvo especial importancia, al hacerse extensiva a este territorio por Real Decreto de 8 de enero de 1884, reglamentada en fecha 6 de noviembre de ese propio año, y comenzó a regir el primero de enero de 1885. Con la intervención norteamericana en el país y posterior proclamación de la República neocolonial (1902-1959) la Ley Provisional 2/1870 del Registro Civil se mantuvo vigente, no obstante, fueron introducidas modificaciones en materia registral en relación a la equiparación matrimonial, la invalidez, la orfandad, entre otras". Al respecto, la actividad registral civil se llevaba a cabo en todos los Juzgados Municipales de la Isla, siendo los responsables los Jueces Municipales, asistidos de los Secretarios de dichos Juzgados, según se establecía en el apartado segundo, art. 1, Capítulo II De las oficinas del Registro Civil y su persona, del Reglamento. Los asientos se practicaban en libros separados en correspondencia con cada una de las Secciones del Registro Civil: nacimiento, matrimonio, defunción y ciudadanía, como referían el art. 5 de la Ley y el 12 del Reglamento, respectivamente.

Municipal del Distrito del Este, en funciones de Primera Instancia del Distrito del Oeste, quien certificó la entrega del libro correspondiente a la Sección de Ciudadanía al Doctor Manuel Escobedo Fernández, Juez Municipal de Arroyo Naranjo; conformado por seiscientos folios útiles y un índice alfabético al final, así como se encuentran selladas todas sus hojas con el cuño del Juzgado. Al terminar la diligencia están plasmadas las firmas de los jueces antes mencionados y la de sus secretarios respectivos, con la fecha en que se realizó este acto[3].

La primera inscripción se realizó el 15 de marzo de 1902. Haciendo un análisis de la información que logramos extraer de la muestra seleccionada, pudimos determinar que en el período comprendido entre 1902-1919 se inscribieron un total de 210 personas, de las cuales 172 son naturales de diferentes regiones como: España, Francia, Italia, Estados Unidos, Chile, Suiza, Costa Rica y México, y otras 38 eran cubanas.

El flujo migratorio hacia Cuba de los inscriptos se llevó a cabo entre 1860 y 1912. Entre estos, 7 se trasladaron como tripulantes y 59 como pasajeros, sobre el resto no se precisa esta información en el asiento registral; y los barcos más utilizados en las travesías fueron los vapores "La Navarre", "Conde Wifredo" y "Antonio López"[4].

En lo que respecta a la emigración por regiones de procedencia, los españoles presentan una mayor cifra. Dentro de estos, los canarios (44), junto a los asturianos (26), son los grupos de más inscripciones en el Registro Civil de Arroyo Naranjo. La cifra de migrantes hispánicos evidencia que la migración española hacia Cuba tuvo una marcada presencia en el país[5]. Al respecto veamos la siguiente figura:

3 El art. 24 del Reglamento refería que "los Jueces de Primera Instancia entregarán los libros a los Jueces Municipales respectivos, extendiéndose antes en la primera hoja útil de cada uno la diligencia prevenida en el art. 14, la cual deberá ser firmada y autorizada por el Juez de Primera Instancia, los Jueces Municipales y sus Secretarios, con el sello que los respectivos Juzgados acostumbren a usar". Por su parte, dicho art. 14 expresaba que "los libros oficiales del Registro se encabezarán con una diligencia expresiva de la Sección y Registro a que corresponden, del número de folios que contengan y de la fecha de la diligencia".

4 El vapor "La Navarre" fue de origen francés. Por su parte, los vapores "Conde Wifredo" y "Antonio López" eran de origen español. El "Conde Wifredo" fue construido en Inglaterra para la compañía Ybarra de Barcelona; inició sus travesías en 1888 y realizaba grandes viajes trasatlánticos desde España hasta Estados Unidos, Puerto Rico y Cuba; fue nombrado en honor al Conde Wifredo El Velloso, personaje histórico catalán. En el caso del "Antonio López", fue construido en 1881 por la compañía Denny and Bross, Dumbarton, Escocia, para la compañía Trasatlántica Española; fue el primer buque español con casco de acero y dotado de luz eléctrica; recibió su nombre del Primer Marqués de Comillas (Santander, España) Antonio Víctor López y López de Lamadrid, quien en 1860 fundó la compañía naviera A. López y Co., la que más tarde se transformó en la compañía Trasatlántica Española, una de las principales de su ramo.

5 La misma opinión posee Ramos Martínez, J.A.: "Los inmigrantes en Cuba, de región a nación" (1880-1902), *Archive ouverte en Sciences de l´Homme et de la Societé*, 2010, pp. 2-8 (www.halshs.archives-ouvertes.fr) pues desde su punto de vista los españoles formaron parte de una de las corrientes migratorias básicas de Cuba, motivada esencialmente por la búsqueda del progreso socio-económico.

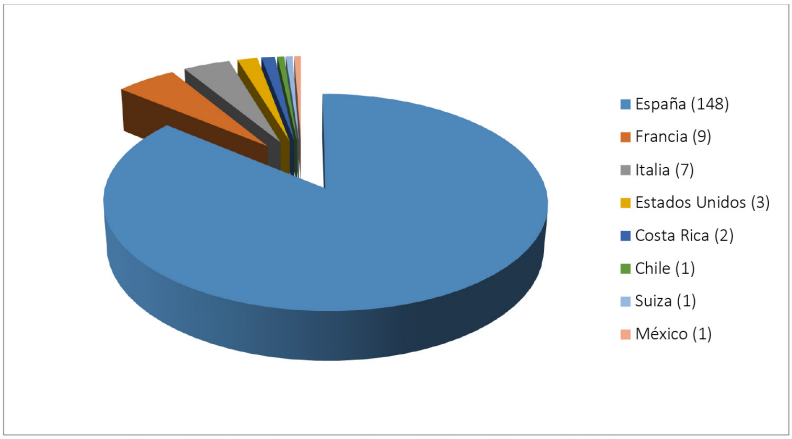


Figura 1. Emigrados por regiones. Elaboración propia del autor

El análisis de la muestra seleccionada denota, en primer lugar, absoluto predominio de migración masculina. De los 172 identificados, 168 son hombres, y solo aparecen 4 mujeres (3 españolas y 1 italiana) lo cual indica desbalance porcentual en cuanto al sexo.

La inserción de los emigrantes en la organización laboral del barrio de Arroyo Naranjo se caracterizó por el predominio de los comerciantes, que sumaban 46. En segundo lugar aparecen aquellos que realizaban oficios como jornaleros (27) y labradores (20), que concretamente alcanzan la cifra de 47 personas. Le siguen en número 14 empleados. En menor medida, se encuentra un grupo de emigrados que se desempeñaron como propietarios, marineros, mecánicos, músicos, entre otras profesiones. La variedad de ocupaciones a las que se incorporaron demuestra su intervención en la organización socio-económica del barrio de Arroyo Naranjo; así como la inserción de la mayoría en las capas populares.

El examen del estado conyugal de los 172 emigrados registrados, refleja que la mayoría era soltero, 90 en total. Estos se encontraban entre los 20 y 60 años de edad. Por su parte, los casados suman 80. Como se puede apreciar, la soltería era una condición lógica de los emigrantes, si se tiene en cuenta que la mayoría viajaba para mejorar su estatus económico personal. Solo se identificaron 2 viudos.

Entre el grupo de casados había 74 españoles, 3 franceses, 1 italiano y 1 costarricense. En el caso de los primeros, estaban unidos en matrimonio con mujeres españolas (38) y con mujeres cubanas (36). De estas uniones solo 53 tuvieron descendencia, de las cuales nacieron 185 hijos, entre los que había (92) hembras y (92) varones. Los otros 21 matrimonios no habían procreado hasta el momento de la inscripción.

Unido al grupo anterior de emigrantes, se inscribieron 38 cubanos que poseían otras ciudadanías adquiridas, en su mayoría de padres provenientes de España, Francia, Alemania, Inglaterra, Venezuela, Siria, Cantón-Asia, Dominicana y Estados Unidos. Entre estos hijos de tierra cubana, sobresalen 23 que poseían ciudadanía española, los cuales eran descendientes de padre español y madre cubana (18), ambos padres españoles (3), padre español y madre estadounidense (1), así como viuda[6] de ciudadano español (1). Se presentan de manera gráfica estos datos en la siguiente figura:

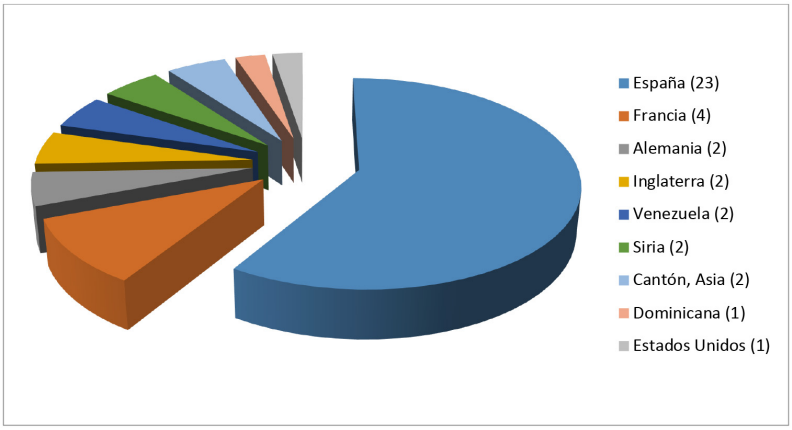


Figura 2. Ciudadanía de los cubanos por países. Elaboración propia del autor

Es necesario apuntar que todas las mujeres, tanto las inscriptas para obtener la ciudadanía cubana (9 cubanas, 3 españolas y 1 italiana) como las esposas de los 197 hombres registrados (comprende el total de emigrados y cubanos) eran amas de casa, devenido rasgo común característico de la discriminación de la mujer en esa época. Un reflejo de dicha discriminación está presente en la redacción del art. 35 del Reglamento de la Ley del Registro Civil, el cual planteaba en su apartado segundo que las mujeres que no tenían una profesión u oficio específico, se decía que se dedicaban a las ocupaciones propias de su sexo, por lo que al parecer había profesiones solo para el sexo femenino.

Otro ejemplo es el art. 86 del propio Reglamento donde se expresaba que las mujeres cubanas casadas con extranjeros podían recuperar la nacionalidad cubana -porque adquirían la del esposo al contraer matrimonio- una vez que cesaba la

6 El art. 22 del Código Civil español (1889) refería que "la mujer casada seguía la condición y nacionalidad de su marido". Por otra parte, en el art. 86 del Reglamento de la Ley del Registro Civil se expresaba que "podrá recuperarla asimismo la mujer cubana casada con extranjero después de cesar la autoridad marital, para lo cual hará la declaración, renuncia e inscripción. En este caso la interesada habrá de presentar el documento que compruebe la cesantía de dicha autoridad marital. Cuando esta haya tenido lugar por viudez, se consignarán en el acta el nombre, apellido, naturaleza y último domicilio del marido difunto". Es decir, que la mujer cuando se casaba adquiría la nacionalidad del marido y una vez este falleciera, entonces podía recuperar la nacionalidad que tenía antes de contraer matrimonio.

autoridad marital. En este caso, según refiere la redacción, la autoridad en la pareja le pertenece al hombre.

Ambos ejemplos denotan la existencia de una concepción de subordinación que tenía la mujer en relación con el hombre, así como una inferioridad jurídica y social. De acuerdo con lo planteado, esta fue una etapa donde el derecho de la mujer al trabajo y su reconocimiento social no encontraron cabida en la norma jurídica del Registro Civil.

1. Una mirada al proceso de inscripción.

En este estudio se ha podido determinar que en el período comprendido entre 1902 y 1919 se inscribieron 210 personas, de ellas 88 fueron realizadas entre las 7 y las 10 de la mañana, inscribiéndose 122 en horario de la tarde comprendido entre las 2 y las 4. Los datos anteriores reflejan que la mayor parte de la actividad registral se realizaba en horario vespertino.

Los principales funcionarios[7] encargados de esta labor en el período estudiado fueron los Jueces Municipales: Félix Jesús Lezama Arritola; Juan José Gómez Fernández; José Luis Pérez Trujillo Valdés Brito y Nicolás Coronado García. Intervinieron como Secretarios: Francisco de Paula Garrido López; Laureano Ferregur Matamoros; José Brito Guzmán y José Peña Fernández.

Dentro de las inscripciones realizadas por los Jueces y Secretarios anteriormente mencionados, fueron utilizados como respaldo legal para otorgar la ciudadanía cubana: el inciso tercero y cuarto del artículo sexto[8] y el inciso segundo del artículo quinto[9]; así como la Segunda Disposición Transitoria[10], todos de la Constitución (1901). En tal sentido, resumimos este apartado, para el caso de los emigrantes a través de la siguiente figura:

7 El art. 1 de la Ley del Registro Civil establecía que "las Oficinas del Registro del Estado Civil serán desempeñadas por el Encargado del Registro, asistido del correspondiente Secretario". Unido a esto, en el art. 1 del Reglamento se establecía que "habrá Registro del Estado Civil de las personas en todos los Juzgados Municipales de la Isla, a cargo de los Jueces Municipales asistidos de los Secretarios de dichos Juzgados". Conforme a lo dispuesto en ambos artículos, se entenderá que los Encargados del Registro Civil eran los Jueces Municipales asistidos de sus respectivos Secretarios.

8 Artículo sexto en su apartado tercero refería que eran cubanos por naturalización "los extranjeros que, después de cinco años de residencia en el territorio de la República, y no menos de dos desde que declaren su intención de adquirir la nacionalidad cubana, obtengan carta de naturalización con arreglo a las leyes" y el apartado cuarto aseveraba que eran cubanos por naturalización "los españoles residentes en el territorio de Cuba el 11 de abril de 1899 que no se hayan inscrito como tales españoles en los Registros correspondientes, hasta igual mes y día de 1900".

9 El artículo quinto en su apartado segundo expresaba que eran cubanos por nacimiento "los nacidos en el territorio de la República de padres extranjeros, siempre que cumplida la mayor edad, reclamen su inscripción como cubanos, en el Registro correspondiente".

10 Segunda Disposición Transitoria refirió que "los nacidos en Cuba o los hijos de naturales de Cuba que, al tiempo de promulgarse esta Constitución, fueran ciudadanos de algún estado extranjero, no podrán gozar de la nacionalidad cubana sin renunciar, previa y expresamente, la que tuvieren".

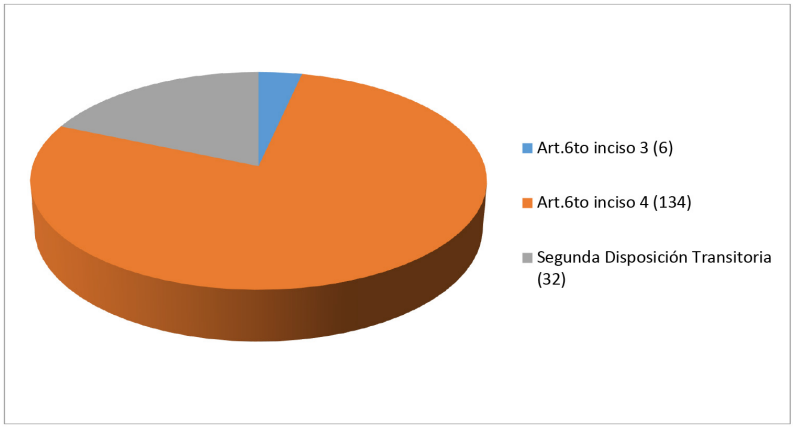


Figura 3. Postulados legales para los emigrados. Elaboración propia del autor

Como se puede apreciar, aparece en primer lugar el artículo sexto inciso cuarto, el cual fue utilizado para la inscripción de 134 españoles; en segundo lugar la Segunda Disposición Transitoria que respaldó la obtención de la ciudadanía cubana de 32 extranjeros (9 españoles, 8 franceses, 7 italianos, 3 estadounidenses, 2 costarricenses, 1 chileno, 1 suizo y 1 mexicano) y en último lugar se utilizó el artículo sexto inciso tercero para 6 extranjeros (5 españoles y 1 francés).

Es necesario destacar que la regulación jurídica de la inscripción de la ciudadanía cubana para el caso de los españoles, se encontraba fragmentada en diversos cuerpos legales[11]. Para una mejor comprensión y visualización de lo estipulado en dichas normas, expondremos un fragmento de una inscripción de la muestra seleccionada, la cual refiere: "En La Habana, barrio de Arroyo Naranjo,

11 Constitución (1901): Establecía en su art. 4 que "la condición de cubano se adquiere por nacimiento o por naturalización"; y en los arts. 5 y 6 menciona los requisitos para la adquisición de la condición de cubano por nacimiento y por naturalización respectivamente. Es en este último, en su inciso 4, donde se planteaba que son cubanos por naturalización "los españoles residentes en el territorio de Cuba el 11 de abril de 1899 que no se hayan inscrito como tales españoles en los Registros correspondientes, hasta igual mes y día de 1900".
Decreto 859/1908: Fue dictado por el Gobierno Provisional. Establecía en el art. 7 que "para ser inscriptas como ciudadanos cubanos, las personas comprendidas en el inciso cuarto del artículo sexto de la Constitución, deberán justificar ante el Encargado del Registro Civil de su domicilio en Cuba, que no se hallan inscriptas en el Registro de Españoles establecido con arreglo a lo dispuesto en el Tratado de París de 10 de diciembre de 1898, que son mayores de edad y que residían en este Isla en 11 de abril de 1899. La justificación de no estar inscriptas en el mencionado Registro de Españoles, deberá hacerse necesariamente, por medio de un certificado expedido por el funcionario que tenga a su cargo dicho Registro. La circunstancia de mayoría de edad y de la residencia, se acreditará por medio de información testifical, recibida bajo juramento, ante el Encargado del Registro del Estado Civil, expresando los testigos que ellos residían en la mencionada fecha, 11 de abril de 1899, en la misma localidad que el promovente de la justificación. En defecto de la información testifical mencionada, bastará con la declaración prestada por el interesado bajo juramento, para probar los referidos particulares de la edad y la residencia".
Tratado de París: Reguló en su artículo IX que "los súbditos españoles, naturales de la Península, residentes en el territorio cuya soberanía España renuncia o cede por el presente Tratado, podrán permanecer en dicho territorio o marcharse de él (…) En el caso de que permanezcan en el territorio, podrán conservar su nacionalidad española, haciendo ante una oficina de Registro, dentro de un año después del cambio de ratificaciones de este Tratado, una declaración de su propósito de conservar dicha nacionalidad, a falta de esta declaración, se considerará que han renunciado a dicha nacionalidad y adoptado la del territorio en el cual pueden residir".

a las ocho de la mañana del día veintidós de marzo de mil novecientos seis, ante el Señor Juan José Gómez y Fernández, Juez Municipal y Laureano Ferregur Matamoros, Secretario Suplente, comparece el Señor (X) natural del pueblo de Icod, perteneciente a Canarias, provincia de Santa Cruz de Tenerife, de veintiséis años de edad, soltero, propietario y vecino de este barrio en el caserío de Las Cañas, solicitando se inscriba en este Registro Civil su declaración de opción a la nacionalidad cubana, por hallarse comprendido en el párrafo cuarto del artículo sexto de la Constitución de la República de Cuba, toda vez que reside en esta Isla desde el día diez y nueve de abril de mil ochocientos noventa y ocho, que llegó a este puerto procedente de Canarias como pasajero en el vapor Conde Wifredo (…) y por no estar inscripto en el Registro General de Españoles, lo que se comprueba con el Certificado expedido por el Jefe de Negociado de Asuntos Contenciosos y Judiciales de la Secretaría de Estado y Justicia de fecha dos del corriente mes, (…) y para justificar estas circunstancias presenta en este acto a los testigos, los cuales prestaron juramento en forma legal y ofrecieron decir verdad".

Con relación a la otra parte de los extranjeros (32), constituida por los 9 españoles, 8 franceses, 7 italianos, 3 estadounidenses, 2 costarricenses, 1 chileno, 1 suizo y 1 mexicano, que utilizaron la Segunda Disposición Transitoria, quisiéramos explicar que estos eran -parafraseando el texto legal- ciudadanos extranjeros hijos de naturales de Cuba, que renunciaron expresamente a la nacionalidad que tenían. De este grupo, 28 poseen padre extranjero y madre cubana; con ambos padres de Cuba se identificaron 2 y descendiente de padre cubano y madre mexicana solamente 1.

Unidos a los inscriptos anteriores, se encontraban los cubanos que poseían ciudadanías de diferentes países adquiridas, en su mayoría, de los padres extranjeros, los cuales utilizaron varios aspectos de la Constitución, representados a través de la siguiente figura:

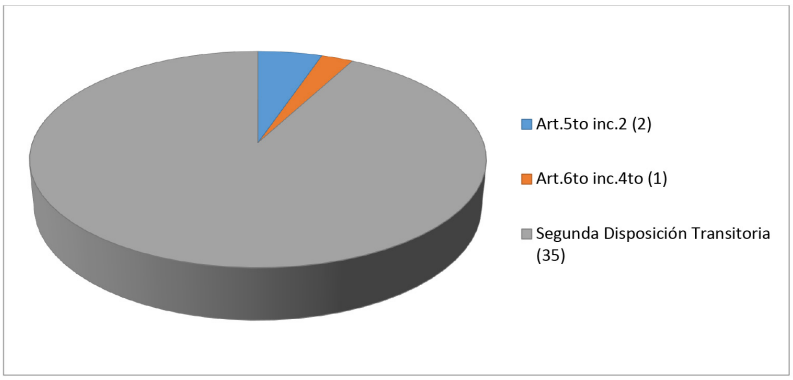


Figura 4. Respaldo legal para los cubanos. Elaboración propia del autor

Como se puede apreciar, aparece en primer lugar la Segunda Disposición Transitoria que respaldó la obtención de la ciudadanía cubana de 35 cubanos (31 de padre español y madre cubana, 2 con ambos padres españoles, 1 de padre francés y madre cubana y 1 viuda de español); en segundo lugar se encuentra el artículo quinto inciso segundo, el cual fue utilizado para la inscripción de 2 cubanos (1 de padre español y madre cubana y 1 de padre francés y madre cubana); y en último lugar se utilizó el artículo sexto inciso cuarto para 1 cubano hijo de padre español y madre cubana.

En este grupo de cubanos resalta la utilización de la Segunda Disposición Transitoria de la Constitución como respaldo legal para los nacidos en Cuba que al promulgarse la Constitución de 1901 poseían la nacionalidad de un estado extranjero y renunciaron expresamente a esta.

Por otra parte, es válido resaltar que en la muestra seleccionada se utilizó indistintamente por parte de los funcionarios antes mencionados, los conceptos "ciudadanía" (aparece en 18 inscripciones) y "nacionalidad" (suscrita en 192 inscripciones), por lo que al parecer no existía una definición clara de cada uno. Resulta de notable importancia aclarar de manera sucinta este aspecto, que no es la esencia de este artículo, pero contribuye a entender el alcance del mismo. En tal sentido, el primer concepto se refiere a un vínculo político-jurídico y el segundo está más vinculado a aspectos culturales[12].

Desde esta perspectiva, asumimos el concepto de ciudadanía para este artículo, toda vez que las personas inscriptas, principalmente los emigrados, estaban insertados desde el punto de vista socio-cultural entre los habitantes de la Isla desde hacía muchos años, pero carecían de vínculo con el nuevo Estado que comenzó a gobernar el país a partir de 1899 mediante la primera intervención militar norteamericana. Además desde el punto de vista registral civil, la Sección se nombra Ciudadanía, por ende, se supone que las inscripciones se lleven a cabo en estos términos.

Por otra parte, resulta de interés que durante el proceso de inscripción del total de la muestra seleccionada, fueron utilizados 264 testigos[13], tanto cubanos como

12 Así lo deja claro Prieto Valdés, M.: "La ciudadanía cubana. Mirando alrededor y al pasado para resolver un problema de hoy", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, vol. 49, 2016, pp. 7-10. (www.sciencedirect.com) al indicar que "son dos vocablos con esencia diferente, que designan contenidos distintos. La nacionalidad se presenta como una categoría socio-psicológica y cultural, pero no implica más derechos como no sean los relativos a su reconocimiento, respeto y protección" y la asume como una institución que identifica pertenencia a un grupo. Por su parte, deja la ciudadanía "para fijar el vínculo con el Estado y generadora de derechos y deberes para ambas partes de la relación. Las confusiones en la noción de cada una o en su regulación, no solo limitan un claro entendimiento de qué es, sino incluso en la determinación de los posibles efectos jurídicos que derivan de ellas". No obstante, destaca que dicha confusión persiste en la actualidad.

13 El art. 6 de la Ley del Registro Civil refería al final de su redacción que "no se extenderá asiento alguno, sin que además del declarante concurran dos testigos mayores de edad a quienes conste la certeza de las circunstancias que hayan de consignarse".

de otros países que se asentaron en la Isla, quienes declararon bajo juramento que conocían a los comparecientes en ese acto y corroboraron todas y cada una de las circunstancias consignadas por estos en las actas de inscripción, lo cual se refleja en la siguiente figura.

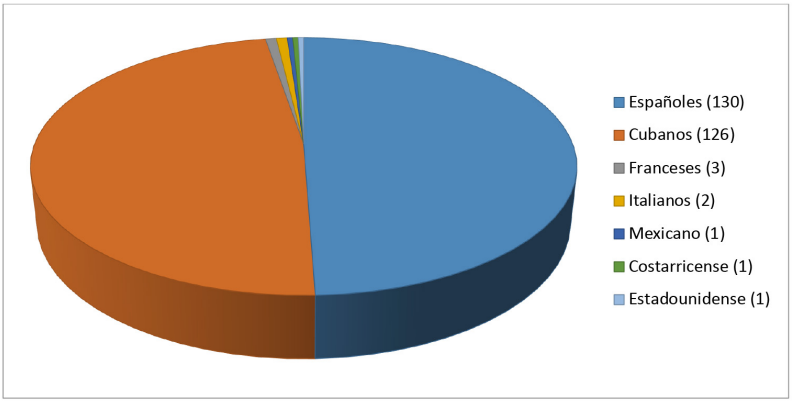


Figura 4. Testigos. Elaboración propia del autor

2. Algunas problemáticas en las inscripciones.

Después de revisar el libro seleccionado, constatamos la existencia de algunas problemáticas en la actividad registral civil realizada en el período estudiado, las cuales explicamos a continuación.

En la mayoría de las inscripciones los comparecientes no presentaron los documentos de prueba que respaldan la solicitud de adquirir la ciudadanía cubana, supliéndolo con la presencia de testigos, en contraposición con lo establecido en el art. 74 del Reglamento, que establecía como requisito para realizar las inscripciones, la presentación de las certificaciones de nacimiento del interesado, su esposa e hijos si los tuviere, así como la de matrimonio si estuviere casado[14].

Por otra parte, se aprecia falta de uniformidad en los datos recogidos en las inscripciones. Ejemplo de ello se aprecia en las diligencias de cierre, realizadas -según certifica el Juez Municipal actuante- en cumplimiento del art. 20 del Reglamento, que estipulaba la redacción de un resumen cuando finalizaba cada año, donde tenían que expresar la cantidad de inscripciones hechas durante el período; así como el sexo, la edad y el estado civil de todas las personas inscriptas; pero en los asientos registrales aparece indistintamente el número de inscripciones y estado conyugal; número de inscripciones, sexo y estado conyugal; número de

14 La falta de pruebas documentales se justificaba con la imposibilidad de obtener los documentos, en unos casos sin más explicaciones y en otros se refería que las partidas de nacimiento y matrimonio necesarias para acreditar las circunstancias expuestas se encontraban en los archivos de iglesias en España y Registros Civiles de diferentes regiones de Cuba.

inscripciones, sexo, estado conyugal y raza. Por tanto, podemos decir que no se corresponden con lo estipulado en el artículo de referencia, y hasta fueron agregados otros datos, como en el último ejemplo, donde incluyeron la raza.

También sucede con la edad de los comparecientes, toda vez que en unos casos aparece como mayor de edad, en otros los años de edad y en menor medida no se especifica nada, contradiciéndose con lo que estipulaba el art. 35 del Reglamento en su apartado segundo, de expresar solamente mayor de edad cuando la tuviere cumplida, y las que no estaban en ese caso, se debía poner con exactitud la edad que tenían al momento de la inscripción.

Como se puede apreciar, cuando se trataba de menores de edad se suscribían los años exactos, lo cual colisiona con el artículo 75 del propio Reglamento, al establecer este último que no se practicará la inscripción para adquirir la ciudadanía cubana a ninguna persona interesada que no haya cumplido la mayoría de edad. Una vez visto lo estipulado en el Reglamento, podemos afirmar que, en las inscripciones, el tema de la edad no está en correspondencia con lo regulado, debiendo identificarse este aspecto con "mayor de edad" en todos los casos.

Otro ejemplo de la falta de uniformidad, son los datos relacionados a la fecha y vía de llegada de los emigrados a Cuba, que aunque no aparece recogido en el Reglamento, son fundamentales para identificar el basamento legal que los ampara para realizar su trámite. También aparecen asientos registrales sin número de inscripción, lo que dificulta su búsqueda a través del índice.

III. SITUACIÓN ACTUAL DE LA INSCRIPCIÓN DE CIUDADANÍA EN EL REGISTRO CIVIL.

1. Breve referencia al panorama actual.

La Ley 51/1985 Del Registro del Estado Civil establece en su Capítulo III De las inscripciones, libros y certificaciones, los datos que se reflejan en la inscripción y en las notas marginales, asociados a la adquisición de la ciudadanía cubana.

Por su parte, la Resolución 249/2015 Reglamento de la Ley del Registro del Estado Civil, establece en el Capítulo VII De la Ciudadanía, que la adquisición de la ciudadanía se inscribirá por el registrador de conformidad con el documento mediante el cual se adquiera –no especifica qué documento es necesario para el trámite– lo que se practicará en la Sección de Ciudadanía de la oficina registral correspondiente al domicilio de la persona (en Cuba) o en su defecto, en el Registro Especial del Estado Civil del Ministerio de Justicia. Plantea además que el juramento respecto a la adquisición de la ciudadanía cubana se asentará en el libro de ciudadanía con vista al escrito de solicitud; dicho asiento se firmará

por el registrador y el declarante, y se expedirá de oficio la certificación a la Dirección de Inmigración y Extranjería del Ministerio del Interior. Al final establece los requisitos para la solicitud y los documentos necesarios para la conformación de un expediente por parte del registrador.

A pesar de estar regulado en la Ley del Registro Civil y su Reglamento, esta actividad está centralizada en el Ministerio de Relaciones Exteriores (MINREX), Registro Especial del Ministerio de Justicia (MINJUS) y la Dirección de Inmigración y Extranjería (DIE) del Ministerio del Interior (MININT), organismos encargados de tramitar y resolver este asunto en el país; por tanto, los Registros Civiles solo entregan certificaciones literales de las inscripciones realizadas en el siglo XX, ante solicitudes de personas para tramitar asuntos de opción de ciudadanía en embajadas radicadas en nuestro país, principalmente la de España.

En la práctica cotidiana, la mayoría de estos trámites están vinculados a personas nacidas en el extranjero, hijos de padre o madre cubanos, las cuales realizan su solicitud de adopción de la ciudadanía cubana, amparados en el inciso c) del art. 34 de la Constitución de la República de Cuba de 2019 y el Decreto Ley 352/2017 Sobre la adquisición de la ciudadanía por nacimiento de los nacidos en el extranjero de padre o madre cubanos. Ambos cuerpos legales definen que la ciudadanía por nacimiento se adquiere por razón de la filiación, es decir, por el derecho de la sangre o por el lugar del nacimiento.

En estos casos -de manera resumida- las personas presentan la declaración ante el Consulado cubano del país donde resida, haciendo constar expresamente la voluntad de adquirir la ciudadanía cubana, a la que debe adjuntar su certificación de nacimiento y solicitud de obtener pasaporte cubano. Cuando la certificación de nacimiento no está en idioma español, el Consulado realiza la traducción y la envía al Registro Especial del MINJUS, quien reenvía a la oficina consular la certificación de nacimiento del interesado, emitida por esta entidad en Cuba.

Posteriormente, el interesado debe presentar la certificación de nacimiento de los padres cubanos y fotocopia del pasaporte de los mismos. Con todos los documentos expresados anteriormente, el Consulado conforma un expediente que remite al jefe de la DIE, quien dicta Resolución otorgando o no la ciudadanía cubana. Esa Resolución es enviada al Consulado y en caso de haber sido aprobada la pretensión del interesado, se confecciona el pasaporte cubano. Todo el trámite tiene términos establecidos en el referido Decreto Ley, los cuales se incumplen sistemáticamente -según voces autorizadas-, lo que unido al envío y reenvío de documentos de un país a otro, genera un excesivo burocratismo por parte de las autoridades cubanas encargadas de estos asuntos.

2. La Sección de Ciudadanía de los Registros Civiles.

La Sección de Ciudadanía de los Registros Civiles en Cuba, está conformada por tomos que recogen las inscripciones realizadas en el siglo XX, los cuales se encuentran ubicados en los archivos destinados para ello, no obstante, existe falta de control ambiental y amontonamiento, debido al hacinamiento en los locales; además no poseen medidas dirigidas a la seguridad de los libros, como extintores de fuego, estantes y rejas para enfrentar fenómenos naturales y robos; que contribuyan a asegurar la integridad física y funcional de los mismos, así como prolongar su utilización en condiciones óptimas durante el mayor tiempo posible.

Estas problemáticas de carácter material unidas a la incidencia de hongos, insectos y roedores; a los más de 100 años que poseen los libros y la falta de prioridad sobre esta Sección por parte de las instituciones del sistema de justicia, está generando su deterioro progresivo, pudiendo perderse la historia, tanto de la actividad registral civil realizada, como de los inscriptos, de los cuales nacieron muchos hijos que hoy son nuestros padres, abuelos y bisabuelos. Además el deterioro de los libros impacta negativamente también en la gestión de los trámites y por consiguiente, en los proyectos de vida de muchos cubanos con intereses migratorios.

Por ello, parafraseando a la destacada intelectual cubana, Graciella Pogolotti, preservar la enorme papelería acumulada es imprescindible, requerida de recursos y la atención de expertos. Para entender las claves del pasado, resulta indispensable rescatar el impalpable espíritu de la época y la atmósfera que animó la historia. Las fuentes de ese conocimiento están en las páginas gastadas de estos libros y en el testimonio de quienes transitaron por esos tiempos. Es así como en la búsqueda de los orígenes se dibuja el perfil de lo que somos y de lo que tendremos que seguir edificando.

IV. PROPUESTAS.

A partir del análisis de las problemáticas presentes hoy en la actividad registral civil, específicamente lo relacionado a la Sección de Ciudadanía, se exponen las siguientes propuestas de solución:

En primer lugar, es necesario realizar cambios legislativos adecuados a la realidad que vivimos, teniendo en cuenta que los elementos regulados en las normas vigentes sobre la actividad registral civil, vinculados a la Sección de Ciudadanía, no son utilizados en la actualidad por los registradores, siendo catalogada por especialistas en la materia como "letra muerta".

En este sentido, proponemos eliminar de la Ley 51/1985 Del Registro del Estado Civil, el art. 3 de las Disposiciones Generales y los arts. 79 al 81 de la Sección Quinta De la inscripción de adquisición, pérdida o recuperación de la ciudadanía cubana; así como en la Resolución 249/2015 Reglamento de la Ley del Registro del Estado Civil, suprimir la Ciudadanía como una de las Secciones de las oficinas registrales y el Capítulo VII De la Ciudadanía que abarca los arts. 134 al 139.

En segundo lugar, trasladar los libros de la Sección de Ciudadanía de los Registros Civiles para el Archivo Nacional de Cuba, con el objetivo de incluirlos en el proceso de digitalización de la memoria histórica, rescatando y organizando de esta forma esos importantes materiales. Una vez digitalizados se pueden incorporar en los servicios de expedición de copias certificadas, necesarias para muchos cubanos que realizan trámites ante embajadas extranjeras, con la pretensión de obtener nuevos ingresos por esta vía.

V. CONCLUSIONES.

Teniendo en cuenta lo planteado hasta aquí, podemos destacar como conclusiones, que entre 1902 y 1919 se inscribieron en la Sección de Ciudadanía del Registro Civil de Arroyo Naranjo un total de 210 personas. La muestra estudiada se caracterizó en general por ser hombres jóvenes insertados en su mayoría en las capas populares, solteros y dedicados en gran medida al comercio. Dentro de estos se encuentran 172 emigrados y 38 cubanos que poseían nacionalidades adquiridas principalmente de sus padres extranjeros. En ambos casos resalta la región Europea, específicamente España, por encima de América y Asia.

La mayoría de las inscripciones se realizaron en horario de la tarde y los Jueces que más incidencia tuvieron en los actos registrales fueron Félix Jesús Lezama Arritola, Juan José Gómez Fernández, José Luis Pérez Trujillo Valdés Brito y Nicolás Coronado García; asistidos de los Secretarios Francisco de Paula Garrido López, Laureano Ferregur Matamoros, José Brito Guzmán y José Peña Fernández. Los postulados legales más utilizados en dichas inscripciones fueron el inciso cuarto del artículo sexto y la Segunda Disposición Transitoria, ambos de la Constitución de 1901.

Se identificaron un grupo de problemáticas en los asientos registrales, como confusión entre los conceptos de "nacionalidad" y "ciudadanía", utilizándose indistintamente en las inscripciones; falta de pruebas documentales para respaldar las manifestaciones de los comparecientes, limitándose a aceptar la declaración de este y la presencia de testigos que corroboraron los datos aportados; así como de uniformidad en la redacción, debido principalmente a la inobservancia por parte

de los funcionarios encargados del Registro Civil de las disposiciones jurídicas que regulaban la actividad registral civil.

En el contexto que el Estado cubano y en particular el Presidente de la República, concede máxima prioridad a la recuperación y salvaguarda de la memoria histórica de la nación, dirigida a frenar el deterioro del patrimonio documental que viene ocurriendo en archivos, bibliotecas, museos y otras instituciones, es importante tomar conciencia del tratamiento que se le debe otorgar por parte del Ministerio de Justicia y la máxima dirección del Estado y el Gobierno, a la conservación de los libros pertenecientes a la Sección de Ciudadanía –sin mencionar los libros de nacimiento, matrimonio y defunción que también lo necesitan– mediante la digitalización de esos valiosos documentos y posteriormente hacerlos visibles a la población; como se ha realizado con los Protocolos Notariales.

BIBLIOGRAFÍA

Llaca Argudín, F.: "Legislación sobre el Registro del Estado Civil en Cuba. Compilación de disposiciones oficiales concordadas y anotadas", *George A. Smathers Libraries*, 1930. (www.ufdc.ufl.edu).

Prieto Valdés, M.: "La ciudadanía cubana. Mirando alrededor y al pasado para resolver un problema de hoy", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, vol. 49, 2016 (www.sciencedirect.com).

Ramos Martínez, J.A.: "Los inmigrantes en Cuba, de región a nación" (1880-1902), *Archive ouverte en Sciences de l´Homme et de la Societé*, 2010 (www.halshs.archives-ouvertes.fr)

Rodríguez Corría, R. y Proenza Reyes, M.: "Pasado, presente y futuro del Registro del Estado Civil en Cuba", *Santiago*, vol.1, 2016 (www.santiago.uo.edu.cu).

Torres Cueva, E. y Loyola Vega, O.: *Historia de Cuba. Formación y liberación de la nación*, Pueblo y Educación, La Habana, 2001.

COMENTARIOS JURIPRUDENCIALES

EN TORNO AL ARTÍCULO 76.2 DEL CÓDIGO CIVIL. COMENTARIO A LA SAP BARCELONA NÚM. 21/2020, DE 15 DE ENERO

ABOUT THE ART.76.2 OF THE CIVIL CODE. COMMENTS ON THE PROVINCIAL HIGH COURT SENTENCE OF BARCELONA N. 21/2020, 15 TH. JANUARY

Rev. Boliv. de Derecho Nº 31, enero 2021, ISSN: 2070-8157, pp. 596-619

Salvador
CARRIÓN
OLMOS

ARTÍCULO RECIBIDO: 10 de octubre de 2020
ARTÍCULO APROBADO: 13 de noviembre de 2020

RESUMEN: Nulidad del matrimonio por error recayente sobre cualidad personal de entidad (art. 73.4° CC) (travestismo). La convalidación exige convivencia conyugal ininterrumpida durante un año tras el desvanecimiento del error.

PALABRAS CLAVE: Error invalidante; convalidación; cohabitación.

ABSTRACT: *Nullity of marriage due to the spouse´s mistake regarding a significant personal quality of her spouse (art. 73.4° CC) (transvestism). The validation itself requires a conjugal life ininterrupted for a year after the error´s disappearance.*

KEY WORDS: *Error by annulment; validation; cohabitation.*

SUMARIO.- I. CONSIDERACIONES PRELIMINARES.- II. EL TRATAMIENTO DEL TEMA DEL ERROR.-III. LA NOCONVALIDACIÓN DEL MATRIMONIO POR LA CONVIVENCIA.- 1. Referencia a algunos pareceres doctrinales.- 2. ¿Diversidad de contenidos para la expresión "vivir juntos" de los arts. 68, 76.2 y 98 CC?- 3. Del relato de hechos probados contenido en el fundamento de derecho segundo se deduce inequívocamente su eficacia convalidante.- 4. Caducidad de la acción.- IV. CONCLUSIÓN.

SUPUESTO DE HECHO

El litigio surge con motivo de una demanda de divorcio presentada por el marido en 2017 respecto del matrimonio celebrado en 1975 (canónico, dada la fecha de su celebración, y tipo matrimonial del que sorprendentemente se afirma ser "el único reconocido por el Estado antes de la Constitución" (¿) (fundamento de derecho tercero) (¡cómo si el matrimonio civil no hubiere existido en España antes de la Constitución!).

La esposa demandada reconviene e insta la nulidad del matrimonio por error en las cualidades personales del esposo (art. 73.4º CC), "por desconocer la identidad femenina de su esposo", circunstancia esta, la de travesti, que, según la esposa, aquél "le había ocultado siempre".

El actor se opone a la reconvención, afirmando que "en julio de 2014 la esposa ya supo de su condición y han pasado tres años, por lo que la acción ha caducado, al haber convivido más de un año después de conocido el error (art. 76 CC).

Por su parte, el Ministerio Fiscal contesta a la demanda reconvencional, se remite al resultado de las pruebas, y afirma en conclusiones, que "el error sobre la cualidad personal (el travestismo) no es suficientemente severo". No obstante, no considera que haya caducado la acción "porque el hecho se supo en julio de 2014 y en octubre el esposo dejó la vivienda, aunque aparentaran después convivencia por razones familiares".

La Sentencia de Primera Instancia, de 22 de diciembre 2018, no acoge la pretensión de nulidad matrimonial, y ello con base en un triple argumento:

• Salvador Carrión Olmos
Catedrático emérito, Departamento de Derecho Civil, Universidad de Valencia. Doctor en Derecho por las Universidades de Valencia (EG), con Premio Extraordinario, y Bolonia, como becario del Real Colegio de España. Su tesis doctoral, sobre la simulación matrimonial en el CC italiano (art. 123) obtuvo el Premio Víctor Manuel, y constituyó un trabajo de referencia en la reforma de la legislación matrimonial española por la Ley de 7 de julio de 1.981. Correo electrónico: salvador.carrion@uv.es.

a) El ser travesti era una condición *latente* al momento del matrimonio, que se desarrolló después.

b) No tiene entidad *objetiva* de error, ni ha condicionado la vida de pareja.

c) Caducidad de la acción, convalidado el matrimonio "por consentimiento matrimonial", ya que "desde la confesión de 2014 las partes compartieron domicilio, ocio, viajes y relaciones familiares.

De conformidad con las anteriores premisas, el fallo recaído en la primera instancia estima la acción de divorcio y desestima la de nulidad matrimonial. Aún a costa de apartarse un tanto del estricto relato de los hechos, resulta de interés detenerse brevemente en la argumentación de la sentencia de la primera instancia.

De un lado, se cuestiona la procedencia misma de la nulidad al calificar de *latente* la condición de travesti. Lo que, de ser así, impediría referirla al momento mismo de la celebración, haciendo del todo improcedente la categoría de la nulidad por cuanto la causa no cabría entenderla existente al tiempo de la emisión del consentimiento. El término *latente* empleado por la sentencia, en buena lógica, habría que entenderlo equivalente a algo que propiamente no existe, sino solo en germen. El posterior desarrollo de esa circunstancia, no afectaría ya a la fase constitutiva de la relación matrimonial, sino al desarrollo de aquella. Procedería, pues, en su caso, instar la disolución por divorcio, pero no la declaración de nulidad.

De otro lado, se niega la importancia *objetiva* de la cualidad, y ello con fundamento en la circunstancia de que aquella no ha condicionado la vida de la pareja.

Finalmente, la existencia de convalidación, y consiguiente caducidad de la acción, la fundamenta el fallo de instancia en la existencia de hechos concluyentes de los que infiere la existencia de una *renovatio consensus*.

Interpuesto recurso de apelación, la SAP de Barcelona (Sección 18ª), 15 enero 2020, rec.nº 405/2019, estima el recurso con apoyo en la argumentación que sigue:

DOCTRINA

De una parte, la condición de travesti es una cualidad personal de "entidad". Y ello por cuanto la "entidad" de la cualidad debe ser valorada "no sólo desde la perspectiva subjetiva, sino también desde la objetiva", lo que acontecerá cuando sea "razonable entender que de haber sido conocida por el otro contrayente no hubiera prestado su consentimiento matrimonial".

Y descendiendo ya de los planteamientos generales al supuesto concreto enjuiciado, "conductas como el voyerismo, el exhibicionismo o el travestismo, aunque marginales a la relación de pareja, entendemos que constituyen cualidades personales de entidad suficiente como para justificar una nulidad matrimonial".

De otra parte, y contra lo sostenido por la sentencia de instancia, la de apelación niega la existencia de convivencia convalidante tras conocerse la causa de nulidad. "La cuestión se centra en la valoración de la expresión "vivir juntos" durante un año, que solo puede ser entendida como la continuación o reanudación de la convivencia en los parámetros propios de la relación conyugal anterior (o la inicialmente previsible, si el error se descubre de inmediato, tras contraer matrimonio)". "Para que la vida en común suponga una suerte de convalidación tácita, debe quedar suficientemente acreditado que tal vida en común, como la propia del matrimonio, se ha llevado a cabo (carga de la prueba que corresponde a quien alega la excepción de caducidad)".

COMENTARIO

I. CONSIDERACIONES PRELIMINARES.

No puede decirse que en el campo de la nulidad matrimonial civil y, más en concreto, en el referido a la nulidad por error, los preceptos que el Código dedica a esta última, hayan sido objeto del mismo grado de atención por parte de los especialistas.

En materia de nulidad por error el precepto "estrella" es sin duda el albergado en el número 4º del art. 73. Las resoluciones jurisprudenciales que se ocupan del mismo son relativamente numerosas, y el tratamiento en sede doctrinal suficiente.

El papel que en este marco normativo correspondía jugar al art. 76 había de ser menor. Necesariamente había de serlo. En materia de nulidad por error la gran novedad del legislador de 1981 habría de ser la albergada en el art. 73. Frente al raquítico art. 101.2 anterior a la reforma (Es nulo "el contraído por error en la persona…"), el precepto surgido de la reforma no sólo vendría a mejorar, desde un punto de vista estrictamente técnico, la redacción del precepto (frente al término "contraído", carente de sentido tratándose de un supuesto de nulidad, el de "celebrado", técnicamente correcto, al tratarse de un supuesto en el que el vínculo no llega a nacer; la introducción del vocablo "identidad" frente a la simple locución "error en la persona"), sino a ampliar extraordinariamente su ámbito de aplicación al conceder relevancia al error recayente "en aquellas cualidades personales que, por su entidad, hubieren sido determinantes de la prestación del consentimiento".

La suerte del art. 76, correlativo al antiguo art. 102, había de ser necesariamente otra. De una parte, porque la novedad legislativa aquí se mostraba mínima desde luego, sin más excepción que la ampliación de seis meses (antiguo art. 102, apartado tercero) a un año (art. 76.2) del periodo de convivencia de los contrayentes después de desvanecido el error.

En consecuencia, mientras que el 73.4º aportaba una novedad radical, el 76.2 se ofrecía en continuidad casi total con la legislación anterior, sin otra novedad, como se ha dicho, que esa ampliación del periodo de convivencia posterior al desvanecimiento del error y necesario para la convalidación del matrimonio.

Lo anterior habría de tener su reflejo, también necesariamente, en el grado de atención dedicada a cada uno de los preceptos a que se hace referencia. No es frecuente desde luego encontrar comentarios, referencias, o alusiones al art. 76 que vayan más allá de la simple repetición de su tenor literal. Ese "hubieran vivido juntos" repetido de modo idéntico en el antiguo 102, apartado tercero, y en el vigente 76.2, no parece haya suscitado especial atención. Como tampoco la suscita (muy probablemente porque el legislador haya querido decir lo mismo) la relativa diferencia de locuciones empleadas en el art. 76 ("vivir juntos", al igual en el art. 68); frente a la de "convivencia conyugal" (empleada en el art. 98).

En estrecha consonancia con lo que se acaba de decir, entiendo que el interés del fallo objeto de este comentario hay que residenciarlo mucho más en la doctrina que en él se contiene respecto del párrafo segundo del art. 76 CC que en la relativa al apartado 4º del art. 73.

Y es que, en elenco de cualidades personales relevantes en orden al error recayente sobre ellas y determinantes en consecuencia de la nulidad matrimonial, la condición de travesti (al menos en línea de principio) no parece presente demasiados flancos a la duda, al menos si nos situamos, como parece procede, en la importancia que el intérprete debe atribuir a la entidad "subjetiva" de la cualidad sobre la que yerra el contrayente que padece el vicio, es decir, a la importancia misma que *para ese contrayente* presenta la circunstancia que desconoció , y cuyo desconocimiento fue precisamente determinante de la emisión del consentimiento. Habrá que referirse a ello posteriormente, pero no parece improcedente adelantar aquí la idea de que difícilmente cabía desconocer la "entidad" de la cualidad personal determinante del error padecido. Entidad que "objetivamente" resultaba complicado cuestionarla, y "subjetivamente" aun lo resultaba más.

Otro parece deba ser el planteamiento respecto del análisis que se lleva a cabo (al estimar el recurso de apelación) en lo que se refiere a cómo deba ser la convivencia "durante un año después de desvanecido el error". La sentencia clarifica desde luego el sentido y alcance de esa locución "hubieran vivido juntos"

del 76.2, exigiendo para esa "convivencia convalidante", y durante la totalidad del periodo de aquella, la concurrencia de ese elemento subjetivo o intencional, *animus*, que vendría a dar a sentido, a informar esa convivencia, haciendo posible entonces su calificación como "conyugal". Elemento subjetivo o intencional, carente propiamente de traducción legal, y que ya en el Derecho romano clásico se denominaría *affectio maritalis*.

En este sentido, el interés del fallo quizá cupiera situarlo además en otros ángulos. De un lado, la que cabría calificar de "radicalidad" por cuanto se refiere a esa exigencia del elemento subjetivo o intencional e informador de la convivencia, en orden a calificarla como "conyugal".

"Radicalidad", digo, por cuanto cualesquiera comportamientos, hechos, acontecimientos, que, quizá desde fuera cabría calificar de algún modo como "concluyentes" en orden a atribuir contenido, a llenar de alguna manera, esa expresión de "hubieran vivido juntos" después de desvanecido el error, o como "reveladores" siquiera en grado mínimo de un atisbo de "aceptación" de esa cualidad del otro por el contrayente que padece el vicio, son excluidos sin ambages, y por tanto, privados de eficacia convalidante, por estimar probado que no venían informados en su realización por ese elemento subjetivo e intencional a que se ha hecho referencia.

Desde esta perspectiva, el fallo ofrece flancos a la crítica. Principios como los relativos a la seguridad y certeza de las actuaciones relativas al estado civil de las personas ceden desde luego ante la exigencia, radical como digo, de ese principio informador, subjetivo, intencional, y de difícil prueba, como lo es el relativo a esa voluntad o intención de "vivir como cónyuges".

En este sentido, quizá el fallo lleve demasiado lejos esa exigencia de *affectio*, por cuanto la excluye de modo radical y absoluto en hechos o comportamientos cuya misma realización, a lo que creo, presupongan aquella de alguna manera, en cuanto encaminados a salvar una situación que, pese a conocerse, todavía no se considere del todo incompatible con un proyecto de continuación de la vida en común.

Si este fue el propósito del legislador de 1981, de lo que albergo dudas por las razones a las que luego se hará referencia, quizá ello vendría a explicar de paso la ampliación a un año del periodo de seis meses exigido por el antiguo art. 102, tanto en su redacción originaria como en la anterior a la reforma de 1981.

Sin duda alguna, el interés de la sentencia objeto de comentario radica mucho más en la interpretación que lleva a cabo del apartado segundo del art. 76 CC que en lo que se refiere al análisis del apartado 4º del art. 73.

Y ello por cuanto, como se ha dicho, se trata de dos preceptos de muy desigual grado de atención por parte de la jurisprudencia y doctrina. Sobre el número 4º del art. 73, transcurridos ya casi cuarenta años de su introducción en el Código, no parece resulte fácil hallar interpretaciones de aquél realmente novedosas. La más reciente jurisprudencia, y la sentencia que se comenta, es buen ejemplo de ello, incide, gira, precisa, pero en definitiva no se aparta, no podría hacerlo, de las grandes coordenadas en que el precepto se fundamenta: carácter "personal" de la cualidad sobre la que se yerra, "entidad" de la misma, carácter "determinante" del error en orden a la emisión del consentimiento, etc. Se hará referencia a ello posteriormente.

Un planteamiento bien distinto es el que se refiere al apartado segundo del art. 76. A diferencia del 73.4º, el art. 76 no es en puridad fruto de aquella profunda reforma de la legislación matrimonial española llevada a cabo en 1981. Su tenor literal se ofrece en clara línea de continuidad con la legislación precedente, sin más excepción que el alargamiento del plazo de convivencia exigido para la convalidación del matrimonio (un año frente a seis meses).

Basta con echar una ojeada a las obras generales, y no tan generales, publicadas tras la reforma de 1981 para comprobar que en la gran mayoría de ocasiones el análisis del precepto no va mucho más allá de la repetición de su tenor literal.

De ahí ese mayor, mucho mayor desde luego, grado de interés del fallo en lo que se refiere al apartado segundo de aquél.

El "hubieran vivido juntos" es objeto de una consideración detenida, precisa, impactante y radical, que echa por tierra principios como los de seguridad y certeza de las actuaciones relativas al estado civil de las personas, a los que tan acostumbrados estamos los juristas, que desciende lisa y llanamente al plano de lo psicológico, de lo intencional, de lo emocional, y que barre también lisa y llanamente del ámbito de lo jurídico, negándoles la menor relevancia, cualesquiera actos, comportamientos, actitudes, hechos concluyentes, en los que no quepa inferir (del todo) (¿) la concurrencia de ese elemento subjetivo, intencional, que ya los juristas romanos denominaron *affectio maritali*s, de tan difícil traducción por lo demás al lenguaje de los juristas.

II. EL TRATAMIENTO DEL TEMA DEL ERROR.

Resulta difícil desde luego encontrar en la sentencia que se comenta una posición del todo acertada en el tratamiento que se dispensa al error en cualidad personal, como causa determinante de la nulidad del matrimonio. Ni en el fallo, ni en los planteamientos del Ministerio Fiscal, ni en la sentencia recaída en la primera instancia.

En la contestación a la demanda reconvencional, el Ministerio Fiscal concluye que "el error sobre la cualidad personal (el travestismo) no es suficientemente severo". Por su parte, la sentencia recaída en la primera instancia se mueve asimismo en un maridaje confuso por cuanto, de un lado, entiende que en el caso concreto enjuiciado "el ser travesti era una condición latente al momento del matrimonio, que se desarrolló después", pero añadiendo a renglón seguido que "no tiene entidad objetiva de error", planteamiento éste del todo incoherente puesto que de tratarse de "una condición latente", y no propiamente existente, concomitante, al tiempo de la celebración, sobraría cualquier consideración posterior sobre la concurrencia o no en aquella de "entidad objetiva". Y es que, en puridad, no cabría hablar entonces de causa de nulidad alguna al tiempo de la emisión del consentimiento.

Ya en la fase de apelación, el Ministerio Fiscal solicita la confirmación de la sentencia de instancia, con apoyo de nuevo en que "la condición de travesti no es un aspecto de la personalidad de tal envergadura que afecte al consentimiento matrimonial", carece pues de entidad objetiva (única "entidad" de la cualidad que, a lo que parece, habría de tenerse en cuenta), y añade: "lo valora subjetivamente la actora". Así, pues, esa entidad únicamente "subjetiva", resultante de la valoración de la parte demandante carecería de virtualidad en orden a la existencia de causa de nulidad matrimonial.

Finalmente, la sentencia de apelación si bien no comparte "la tesis de la sentencia apelada de que la cualidad de travesti no tiene entidad objetiva de error", en lo que acierta, muestra menor grado de acierto al añadir que "El error en la identidad de la persona del otro contrayente, o en aquellas cualidades personales que, por su entidad, hubieren sido determinantes de la prestación del consentimiento tiene alcance anulatorio *cuando, no solo desde la perspectiva subjetiva, sino también desde la objetiva* es razonable entender que de haber sido conocida por el otro contrayente no hubiera prestado su consentimiento matrimonial".

Y es que, en esta materia, lo "objetivo" ha de considerarse, en línea de principio, subordinado a lo *subjetivo.*

"Ese error en las cualidades personales -afirmaba magistralmente (Albaladejo García, M: *Curso de Derecho Civil. IV. Derecho de familia,* Bosch, 5ª ed., Barcelona, 1991, pp.100-101)- debe tomarse en sentido *subjetivo,* es decir, el error que cuenta

es el en aquellas cualidades la creencia errónea en cuya existencia o falta, decidió a casarse a quien yerra, aunque en sí no sea de los errores que en el común sentir son decisivos.

"El error que a nuestra ley importa es el que, tenga la entidad objetiva que tenga, indujo al contrayente que yerra a dar un consentimiento matrimonial que sin él no habría dado, la e*ntidad* de las cualidades personales en las que se yerra, no debe de ser tomada en el sentido de *importancia objetiva* de tales cualidades, sino en el de que las mismas *hayan sido decisivas para el contrayente que erró sobre ellas*. Si bien no se presumirá que lo sean las que, a la vista del caso, no estime tales la opinión común".

La prevalencia, pues, de la entidad *subjetiva* de la cualidad sobre la que recae el error, queda puesta de manifiesto:

"Si el error de que se trata no es de ellos (de los que en el común sentir son decisivos), tendrá el interesado que probar que sí lo fue para él".

En esta misma línea, aunque con matizaciones de interés, De Verda y Beamonte, J. R: *El error en el matrimonio,* Publicaciones del Real Colegio de España en Bolonia, Bolonia, 1997, p. 256).

Pero, en consecuencia, si lo probare, concurrirá la causa de nulidad sin ningún género de dudas.

Y es que el matrimonio es un acto voluntario y libre. Se decide, pues, libremente, contraerlo o no. Y a lo que hay que estar en consecuencia es a la integridad del consentimiento del contrayente que padece el vicio.

La cualidad sobre la que se yerra, cualquiera que sea su importancia *objetiva*, será relevante en tanto en cuanto la tenga *subjetiva*, importante así para el contrayente que padece el vicio, y precisamente porque es importante *para* él decide emitir el consentimiento.

Se está ante un acto de autonomía privada. El sujeto decide, o no, constituir la relación (en este caso, matrimonial), y la circunstancia de que no pueda reglamentar el contenido de la relación (a diferencia de los contratos patrimoniales) no es óbice para que quepa su encuadramiento en el ámbito de la autonomía del sujeto. Desde esta perspectiva, la prevalencia de lo *subjetivo* sobre lo *objetivo* en tema de error resulta difícilmente cuestionable.

Dadas las premisas anteriores, resulta enteramente lógico que la cuestión atinente a la concreta cualidad sobre la que la contrayente padeció el vicio (travestismo del esposo) se ofrezca carente de dificultades.

Por cuanto, ciertamente, presenta entidad *objetiva*, pero lo verdaderamente decisivo es la importancia que a aquella cualidad se atribuye por la esposa. Luego prima, como se ha dicho, la entidad *subjetiva*, siquiera en el caso concreto enjuiciado referida a una cualidad que, en el común sentir social, presenta además importancia *objetiva.*

En la contestación a la demanda, la esposa manifiesta que "el esposo le ha ocultado siempre que era travesti", reconviene pidiendo la nulidad del matrimonial (al amparo del 73.4º CC) "por desconocer la identidad femenina de su esposo".

Se asiste después a una serie de vaivenes por parte del Ministerio Fiscal y de la sentencia de primera instancia en torno a la naturaleza y alcance de la cualidad personal enjuiciada: "el travestismo no es suficientemente severo"(¿); "era una condición latente al momento del matrimonio, que se desarrolló después"; "no tiene entidad *objetiva* de error…" (afirmación esta última de la sentencia de instancia, que parece considere del todo irrelevante jurídicamente la importancia que a esa cualidad se le atribuya por la esposa, y que hará suya asimismo en apelación el Ministerio Público. El enfoque de la *entidad* de la cualidad sobre la que se yerra debe ser únicamente *objetivo* ("no es (la condición de travesti) un aspecto de la personalidad de tal envergadura que afecte al consentimiento matrimonial"; "lo valora *subjetivamente* la actora").

Es en la argumentación de la recurrente en apelación cuando la entidad (en sentido *subjetivo)* de la cualidad es objeto de consideración: "Hay error en una cualidad esencial y predica su *subjetiva apreciación* como válida (la dedicación del esposo al travestismo no era un mero entretenimiento, era un disfraz oculto a todos, no como pasaría en un carnaval".

Finalmente, como se ha dicho, la sentencia de la AP sitúa la cuestión que ahora nos ocupa en un plano técnicamente más correcto (aunque no del todo, por las razones a que se hizo referencia con anterioridad).

"El error en la identidad de la persona del otro contrayente, o en aquellas cualidades personales que, por su entidad, hubieren sido determinantes de la prestación del consentimiento tiene alcance anulatorio *cuando, no solo desde la perspectiva subjetiva, sino también desde la objetiva* es razonable entender que de haber sido conocida por el otro contrayente no hubiera prestado su consentimiento matrimonial" (fundamento de derecho tercero).

Respecto de la cualidad concreta enjuiciada, el criterio del fallo se compendia así:

"conductas como el voyerismo, el exhibicionismo o el travestismo, aunque marginales a la relación de pareja, entendemos que constituyen cualidades personales de entidad suficiente como para justificar una nulidad matrimonial".

"Entendemos razonablemente justificado que la causa de error existía en el momento de manifestar la esposa el consentimiento matrimonial". Viene así excluida de plano la argumentación de la sentencia de instancia tendente a considerar la cualidad como "latente al momento del matrimonio, que se desarrolló después". Carencia de concomitancia, pues, que haría imposible la declaración de nulidad.

Dado que, como se ha dicho, el interés de la resolución judicial objeto de este comentario radica en mucha mayor medida en la interpretación postulada para el párrafo segundo del art. 76, no procede entrar aquí en una consideración más amplia respecto al detenido análisis del travestismo en el contexto de las anomalías psico-sexuales, que se contiene en el fundamento de derecho tercero de la sentencia objeto de comentario.

III. LA NO CONVALIDACION DEL MATRIMONIO POR LA CONVIVENCIA.

1. Breve referencia a algunos pareceres doctrinales.

El art. 76 del Código, tras restringir la legitimación activa para el ejercicio de la acción de nulidad en el caso de error al cónyuge que hubiera sufrido el vicio, establece en su segundo párrafo, y en lo que aquí interesa: "Caduca la acción y se convalida el matrimonio si los cónyuges hubieran vivido juntos durante un año después de desvanecido el error".

El precepto, como se dijo, alberga una regla muy similar a la existente con anterioridad a la reforma de 1981, aunque alargando a un año el periodo de convivencia contenido en aquella, que venía fijado en seis meses.

La doctrina contenida en la sentencia que se comenta es taxativa por cuanto se refiere a la interpretación y alcance de la expresión "vivir juntos" de ese segundo párrafo, expresión que: "sólo puede ser entendida como la continuación o reanudación de la convivencia en los parámetros propios de la relación conyugal anterior (o la inicialmente previsible, si el error se descubre de inmediato, tras contraer matrimonio" (¿).

Tal como se ha dicho, la detención de los estudiosos en ese segundo párrafo del art. 76 no puede decirse haya sido intensa, pero con todo resulta de utilidad

acudir a los comentaristas de primera hora de aquella reforma, tratando así de esclarecer el alcance que aquellos atribuían a ese "hubieran vivido juntos".

Así, DIEZ PICAZO y GULLÓN, en la primera edición del *Sistema de Derecho civil* (vol. IV, *Derecho de Familia. Derecho de Sucesiones,* Tecnos, Madrid, 1982, p. 145-146) posterior a la entrada en vigor de la Ley 30/81, se manifiestan en los siguientes términos: "Obviamente nos hallamos ante conductas de las que el legislador deduce una unívoca voluntad de convalidación".

No parece que el aserto transcrito presuponga, además de la realización de los hechos, de las conductas, de los comportamientos, la necesidad de que quepa inferir de aquellos un *animus* determinado para atribuirles eficacia convalidante. Parece más bien que a lo que se esté haciendo referencia sea a la realización de hechos concluyentes, de los cuales el legislador infiere esa "unívoca voluntad de convalidación", que quedaría acreditada por su sola realización.

En una aportación posterior, asimismo autorizada, la de ROCA TRÍAS, E.: "La nulidad del matrimonio", en AA.VV.: *Derecho de Familia* (coord. E. ROCA TRÍAS), Tirant lo Blanch, 3ª ed., Valencia, 1997, p. 109). La citada autora se refiere a la *ratio* misma del art. 76, segundo párrafo: "Obedece a la necesidad de poner fin a una situación de provisionalidad sobre el matrimonio, que depende exclusivamente de la voluntad de uno de los cónyuges. "En cualquier caso que se produzca la convalidación, ésta tiene lugar de forma automática, como consecuencia de haberse producido los hechos considerados por la ley como supuestos de hecho de la propia convalidación".

¿Cómo conciliar semejantes posiciones, por demás autorizadas, con la doctrina contenida en la sentencia que se comenta?

2. ¿Diversidad de contenidos para la expresión "vivir juntos" de los arts. 68, 76.2 y 98 del CC?

¿Resultaría descabellado pensar que el alcance de la expresión "vivir juntos" no sea el mismo, no albergue realidades equivalentes, en los tres preceptos a que acaba de hacerse referencia, y ello por cuanto los supuestos contemplados en aquellos disten asimismo de ofrecerse coincidentes?

El art. 68 afirma que "los cónyuges están obligados a *vivir juntos*"; expresión prácticamente idéntica (salvando los tiempos verbales) la que emplea el párrafo segundo del art. 76, "si los cónyuges hubieran *vivido juntos*"; finalmente, el art. 98 se refiere a la *convivencia conyugal*, que al menos en la pura dicción parece se aparte de las anteriores.

La cuestión que entonces cabría preguntarse es la de si el sentido de las expresiones antedichas sea del todo coincidente, si el propósito legislativo fue el de atribuir identidad de contenido a aquellas, de modo que resulte indiferente hablar de "vivir juntos", "hubieren vivido juntos", o "ha existido convivencia conyugal".

En una primera aproximación, resulta innegable que el término "convivencia conyugal" no cabría identificarlo sin más con el de "vivir juntos". Es evidente que, situándonos fuera del marco que nos ocupa, muchas personas "viven juntas", sin que esa convivencia pueda calificarse de "conyugal". Los ejemplos resultan obvios por evidentes.

Si de esa realidad social, no conectada con el marco propio del matrimonio, pasáramos a la que es propia de este, ¿qué cabría pensar acerca de esa terminología dual en lo fundamental: "vivir juntos", "hubieran vivido juntos", de un lado, frente a existencia de "convivencia conyugal", de otro. ¿No existe diferencia alguna entre las locuciones empleadas? ¿Son ciertamente realidades equivalentes, en sede matrimonial, la *convivencia conyugal* y el *vivir juntos*?

La respuesta afirmativa me parece cuanto menos dudosa. Y es que la *convivencia conyugal* parece innegable que apunta a una realidad distinta en principio a la de *vivir juntos*, por cuanto aquella apunta a una convivencia que cabría denominar "cualificada", informada por una voluntad, propósito, *animus*, que le da un sentido propio, específico, sentido que no cabría hallar en el *vivir juntos*.

De otro lado, resulta cuanto menos llamativo que un legislador cuidadoso en la terminología, como creo lo fue el de 1981, descuidara esa precisión en el lenguaje normativo hablando, por un lado, de "convivencia conyugal" en el art. 98, es decir, utilizando expresamente el adjetivo "conyugal", y, no obstante presuponer (como afirma la SAP de Barcelona) que así habrá de ser también (*conyugal* la convivencia de los cónyuges para que alcance eficacia convalidante del matrimonio celebrado por error en cualidad personal del otro, omitiendo sin embargo aquí, (en el 76.2), ese mismo adjetivo.

No resulta lógica entonces esa dualidad en las locuciones. Es más, en la redacción del art. 87 CC anterior a la reforma por la Ley 15/2005, el legislador era sumamente preciso en distinguir, en diferenciar, con toda nitidez, la convivencia *conyugal* de lo que no lo era, al estimar compatible "el cese efectivo de (esa) *convivencia conyugal* con el mantenimiento o la reanudación de la vida en el mismo domicilio, "cuando ello obedeciera a determinadas circunstancias, recogidas en aquél precepto".

Todo ello parece pueda llevar a pensar que no existe identidad en los contenidos de las locuciones empleadas en los preceptos antedichos (68, 76.2 y

98 CC). Y no la hay sencillamente porque los supuestos contemplados en cada uno de ellos son sustancialmente diferentes.

El art. 68, juntamente con los dos anteriores, se lee a los contrayentes por el funcionario autorizante del matrimonio en el acto mismo de la celebración, y como claramente se desprende del art. 58, la pregunta del autorizante a cada uno de ellos viene referida precisamente a si consienten sobre el contenido albergado en esos tres preceptos, constitutivos así de la causa misma del negocio jurídico matrimonial.

La locución *vivir juntos*, viene, pues, referida aquí a la fase constitutiva de la relación matrimonial, a su mismo inicio. Aun no se ha manifestado el consentimiento matrimonial, aún no ha recaído ese consentimiento sobre ese contenido normativo, pero ninguna duda puede caber en cuanto al alcance y contenido de ese *vivir juntos*, cuando esa locución se sitúa, como se ha dicho, en la fase misma de constitución de la relación.

Aquí se quiere, se ha de querer necesariamente, por ambos, que esa "convivencia", ese "vivir juntos", al que recíprocamente se obligan, sea desde luego *conyugal*. Si así no fuera, no existiría consentimiento *matrimonial* y la figura ante la que nos encontraríamos sería bien distinta ("complacencia", "conveniencia", "matrimonio de...").

Ha de concurrir, pues, necesariamente esa "voluntad común de vivir como cónyuges", la denominada ya desde el Derecho romano clásico *affectio maritalis*. Luego habrá que hacer alguna referencia más amplia.

Pasemos ahora al art. 98. El supuesto normativo es bien distinto. Matrimonio nulo celebrado de buena fe por parte de uno de los contrayentes y de mala fe por el otro. Aquí la dicción utilizada por el legislador no es la de "vivir juntos", sino la de *convivencia conyugal*, a cuya existencia se subordina, en su caso, el derecho a la percepción de una indemnización por parte del contrayente de buena fe.

Que aquí "vivir juntos" y existencia, en su caso, de "convivencia conyugal", son locuciones que no albergan identidad de contenidos es más que patente. Y no la hay pura y simplemente porque esa referencia a la "convivencia conyugal" presupone desde luego la existencia de esa voluntad, propósito, intencionalidad, deseo, *animus*, en definitiva, de vivir como cónyuges. Sin esa voluntad, la convivencia no sería "conyugal". Y es precisamente esa decepción, esa frustración, la de haber convivido (en una convivencia calificable como "conyugal") con alguien que *no* es cónyuge, la que engendra y da lugar, en su caso, al derecho a percibir "una indemnización" a favor del contrayente que lo fue de buena fe.

Finalmente, aun alterando el orden en aras de una más clara exposición del punto de vista que aquí se mantiene, llegamos al art. 76, párrafo segundo.

Aunque cabría imaginar supuestos de interferencia entre los arts. 76 y 98, mientras que en el 98 se presupone la mala de uno de los contrayentes, en el 76 no ha de ser necesariamente así, como ocurre en el supuesto de hecho que la sentencia contempla ("no hay elemento alguno que signifique prueba de dolo o reticencia por parte del esposo al contraer matrimonio. Ocultó una cualidad personal esencial, pero no se prueba que lo hiciera con mala fe" (fundamento de derecho cuarto).

"Si los cónyuges hubieran *vivido juntos*". La expresión "vivir juntos", utilizada por el legislador en el art. 68, vuelve a aparecer en el 76.2. Tampoco se utiliza aquí la empleada en el 98 ("convivencia conyugal"). ¿Cuál es aquí su alcance?

En mi opinión, la exigencia de esa voluntad o propósito de vivir como cónyuges, también en el párrafo segundo del 76 carece de sentido. Y carece porque el supuesto del que parte el legislador, insisto, no es ni el del art. 68 ni tampoco el del art. 98.

En el 76.2 el supuesto del que se parte es el de un matrimonio en situación claudicante, amenazado por una causa de nulidad. Este planteamiento, que considero es el acertado, explica las consideraciones transcritas ya con anterioridad de Roca Trías, E.: "La nulidad", cit., p. 109 ("Obedece a la necesidad de poner fin a una situación de provisionalidad sobre el matrimonio, que depende exclusivamente de la voluntad de uno de los cónyuges").

Consecuentemente con lo anterior, lo que importa aquí, lo verdaderamente relevante, son las conductas, los comportamientos, los hechos desplegados por las partes. Y ello por razones de seguridad jurídica. La convalidación se producirá automáticamente, como se ha dicho, "como consecuencia de haberse producido -afirma Roca Trías- los hechos considerados por la ley como supuestos de hecho de la propia convalidación". No hay, pues, lugar alguno para ulteriores análisis. Ulteriores análisis que implicarían, necesariamente, aceptar el siguiente argumento (que es el propio de la sentencia): se han producido efectivamente los hechos, se han realizado materialmente, pero ello no basta en orden a la convalidación. No basta porque, aun habiéndose realizado, esos hechos no estaban inficionados de *affectio maritalis*, carecían pues, de ese elemento subjetivo, intencional, de esa voluntad de vivir como cónyuges.

"La cuestión se centra en la valoración de la expresión "vivir juntos" durante un año" (hasta aquí no cabe sino estar de acuerdo), que solo puede ser entendida como la continuación o reanudación de la convivencia en los parámetros propios

de la relación conyugal anterior" (aquí no cabe estar de acuerdo, sencillamente porque se ignora la función misma del 76.2, atinente a despejar una situación de provisionalidad, claudicante, y ello en aras de la seguridad jurídica y de la certeza propia de las actuaciones relativas al estado civil).

El enfoque entonces no debe centrarse en el, quizá loable, propósito del fallo de hacer prevalecer contra viento y marea esa voluntad de vivir como cónyuges tras el conocimiento de la cualidad de travesti del esposo, y, constatada su no concurrencia, excluir la convalidación, sino en el de si ese fue efectivamente el propósito del legislador, y de esa es la función que toca desarrollar a la regla contenida en el segundo párrafo del art. 76. Aquí, creo se impone una respuesta negativa.

"Vivir juntos comporta, en el contexto que analizamos, (fundamento de derecho primero) que, conocida la cualidad personal anteriormente ocultada y ahora revelada, tal cualidad se admite y acepta por el otro consorte y prosigue la convivencia marital. Para que la vida en común suponga una suerte de convalidación tácita, debe quedar suficientemente acreditado que tal vida en común, como la propia del matrimonio, se ha llevado a cabo (carga de la prueba que corresponde a quien alega la excepción de caducidad)".

En definitiva, el juzgador entiende que los hechos, comportamientos, conductas, subsiguientes al conocimiento por la esposa de la cualidad personal, no hacen posible la convalidación, y ello por cuanto no venían informados por ese elemento subjetivo e intencional, que vendría a cualificar esa convivencia como "conyugal".

La cuestión entonces es, como se ha dicho, si en ese segundo párrafo del art. 76 el legislador exige la concurrencia de ese elemento subjetivo e intencional. Entiendo que la respuesta ha de ser negativa.

3. Del relato de hechos probados contenido en el fundamento de derecho segundo se deduce inequívocamente su eficacia convalidante.

1. Navidades de 2014, el esposo estuvo en la "casa común" por la familia".

2. Durante los primeros meses de 2015, hasta la primavera, ambos esposos reconocen que "el esposo sufrió una operación y que la esposa le acompañó, le acogió, en su convalecencia, de modo que la acogida respondió a una ayuda humanitaria ("no tenía a nadie más", dice la esposa), no conyugal". Afirmación esta, la de que "no tenía nadie más", que, de un lado, podría quizá venir contradicha por la existencia de dos hijas del matrimonio "mayores de edad" y, de otro, hace entrar en juego de nuevo la necesidad de concurrencia de esa "voluntad" (conyugal")

(*affectio*), que el precepto no exige, y a la que se quiere hacer, necesariamente, "informadora" de la circunstancia que verdaderamente importa, en su realidad objetiva, y que no es otra sino la aquí concurrente: la conducta o comportamiento de la esposa de acogerle en su convalecencia.

3. La esposa reconoce que, tras la convalecencia subsiguiente a la intervención, él "no quería irse de casa, la habitaban, pero no juntos, en la habitación del matrimonio, nunca; han compartido piso sin voluntad de mantener la convivencia como matrimonio". El hecho concluyente, pues, objetivamente, es que "vivían juntos".

4. Las visitas al psiquiatra y al psicólogo. A partir de octubre de 2014, el esposo reconoce el inicio de tales visitas "para intentar recuperar la relación; ella le dijo que no quería convivir con él, pero siguieron conviviendo con voluntad de recomponer la situación y visitaban al psiquiatra y al psicólogo; después de conocer su mujer que se travestía persistió "una normalidad" (distinta que la de antes); iban al psicólogo y al psiquiatra por separado y juntos, para intentar seguir el matrimonio; la esposa decía que "a ver cómo lo recomponían" refiriéndose a no travestirse; le dijo que no quería convivir con él, pero siguieron conviviendo con voluntad de recomponer la situación; compartieron camas únicas y algunas cosas más correspondientes a la intimidad. La relación conyugal anterior y la comunidad de vida quedó interrumpida tal y como venía siendo concebida y ejercida y que se inició una etapa de confusión".

La interpretación del juzgador al respecto se ofrece en escasa consonancia con el relato que se acaba de transcribir: "En estas condiciones, (fundamento de derecho primero) (la "confesión" de travestismo que causó un enorme choque emocional a la esposa) la permanencia bajo el mismo techo, el sometimiento a tratamiento psiquiátrico o a terapia (no necesariamente derivados de la convivencia marital, ni abocados a la reanudación de la conyugalidad, sino posible para recuperar el sosiego) no implican necesariamente "vivir juntos" en el sentido que establece el art. 76 CC".

El choque entre las manifestaciones del esposo, compartidas en lo sustancial por la esposa, y el criterio de la AP, es sencillamente frontal. El "intento de recomponer la situación" poco, o nada, tiene que ver con la recuperación del sosiego, como entiende el magistrado ponente, sino que apunta en otra dirección: la de no destruir una relación matrimonial en situación claudicante.

Este y no otro es el contexto exigido por el legislador en el art. 76. Importa la realidad objetivo de los hechos, de los comportamientos, no precisándose ulteriores análisis acerca del *animus* que los informa. El propósito legislativo no es otro sino el de poner fin a una situación de incertidumbre, de provisionalidad

(Roca Trías), que depende de la voluntad de uno de los cónyuges. Por ello, lo que importa es que se produzcan los hechos que la ley considera como supuestos de hecho de la convalidación (Díez-Picazo).

Y es que parece se imponga concluir que, existir un propósito verdadero, decidido, firme, en orden a la nulidad matrimonial tras el conocimiento de la cualidad sobre la que se padeció el error, lo consecuente es la ruptura total y definitiva de la convivencia. Lo que armoniza mal con cualesquiera comportamientos, hechos, actitudes, que no vayan en esa dirección y que, de concurrir, permiten inferir que aquél propósito no exista.

5. Estancias de los esposos en casa de una hija, de vacaciones, acudiendo a cenas, reuniones familiares, etc. "Es razonable que, como progenitores y como abuelos, hayan intentado aparentar una cierta normalidad" (fundamento segundo). Basta, sin embargo, la materialidad de los hechos. De su realización, como se ha dicho, el legislador deduce una voluntad de convalidación.

6. Aunque no se declara probado el mantenimiento de relaciones sexuales, resulta cuanto menos sorprendente la argumentación que *a fortiori*, y para el caso de que se hubieren producido, se contiene en el fundamento segundo: "No se reconduciría la apreciación de la convivencia al mantenimiento de relaciones sexuales (no acreditadas y aun impropias de la vida marital si son ocasionales y con ánimo reconciliatorio por parte del marido), pues aun existiendo éstas si no son *more uxorio* no son tales …".

Así pues, la exigencia (errónea desde luego, en mi opinión) de ese elemento subjetivo parece llegar aquí a su paroxismo: en opinión del juzgador ¡tampoco el mantenimiento de relaciones sexuales (que, insisto, no se probaron), suponiendo se hubieren mantenido, incluso ocasionales, y con propósito reconciliatorio, cabría integrarlo en el marco del "hubieran vivido juntos" al que se refiere el párrafo segundo del art. 76.

¿Cabría negar acaso el carácter *more uxorio* a relaciones sexuales mantenidas por dos personas unidas por matrimonio (siquiera éste en una situación claudicante), por la circunstancia de que aquellas fueren ocasionales y con ánimo reconciliatorio por parte del marido?

¿Tiene sentido y resulta lógico hacer jugar de tal modo ese elemento subjetivo e intencional hasta llegar a privar de toda eficacia convalidante al hecho mismo del mantenimiento de relaciones sexuales entre personas unidas aún por un vínculo matrimonial, válido en principio en tanto no recaiga una declaración de nulidad?

4. Caducidad de la acción.

La sentencia de la instancia la estimó caducada. Otro es el criterio de la Audiencia. "No hay un periodo temporal acreditado de un año de convivencia conjunta ininterrumpida en el sentido que hemos indicado".

En cualquier caso, la cuestión acerca de la caducidad de la acción pasa necesariamente a un segundo plano, dada la interpretación de la expresión "vivir juntos" por parte de la sentencia de la Audiencia.

Por tanto, más que cuestionarse el tiempo concreto de convivencia, respecto del cual el fallo parece se mueva en un maridaje un tanto confuso, lo que se niega sin ambages es la existencia misma del elemento *informador* de la convivencia, que le da a aquella el carácter de *conyugal*. He aquí la *ratio decidendi*. No se trata realmente de una cuestión de tiempo de convivencia, sino de *cualificación* misma de esa convivencia, carente de ese requisito subjetivo e intencional que hace posible su calificación como conyugal.

IV. CONCLUSIÓN

La pretensión consistente en extender necesariamente la exigencia de *affectio maritalis* a cualquier situación matrimonial es la que, en definitiva, subyace en la sentencia objeto de comentario.

"Avance imparable" de esa exigencia de la *affectio,* y de su proyección en la práctica totalidad del Derecho matrimonial personal. No creo exagerada la utilización del término *empuje* para referirse a esa realidad relativamente fácil de captar, pero no tan fácil de precisar, como la representada por esa voluntad o deseo de "vivir como cónyuges".

Se está pues ante un paso más en el reconocimiento y relevancia de la *affectio maritalis* en el amplio espectro del régimen matrimonial personal. Desde esta perspectiva, diríase que "lo material", "lo sustantivo", "lo real", en definitiva, gana la batalla a "lo formal", a "lo aparente". También, según la sentencia, en cuanto al alcance y el sentido de la expresión "hubieran vivido juntos" del apartado segundo del art, 76. Otra cosa es si una tal interpretación responda al designio del legislador de 1981.

En el ámbito jurídico de nuestro país, no parece aventurado afirmar que la consolidación misma del término *affectio maritalis* tiene mucho que ver con la producción de una mutación radical en la concepción del consentimiento matrimonial: que pasa de compromiso, a decisión de la voluntad que ha de existir momento a momento.

Pero esa mutación, conviene no olvidarlo, no cabe ubicarla en la reforma de la Ley 30/81, sino en la llevada a cabo por la 15/2005. Y a partir de ese momento, "no se hacen distinciones": toda situación matrimonial, cualquiera que sea, se ha de asentar en esa voluntad, en esa intención subjetiva. Se barren así de golpe cualesquiera otras consideraciones, incluso las propias de una situación matrimonial claudicante, como lo es aquella de la que se ocupa la sentencia. El planteamiento técnico de seguridad y certeza de las relaciones jurídicas, en el caso de la relación matrimonial, viene excluido por el que es propio de la *affectio maritalis*. No importan los comportamientos, los hechos, las conductas, de las que quizá cabría pensar (sin temor al error) que el legislador infiere una voluntad de permanencia de la relación, avalada también por cuarenta y dos años de vida común, existencia de dos hijas…

Desde esta perspectiva, y aunque la consideración tenga mucho más que ver con los supuestos de divorcio y separación que con el de nulidad, quizá quepa afirmar que incluso la misma reforma del régimen de la separación y del divorcio llevada a cabo en 1.981 nació anticuada, por cuanto desconectada ya en alguna medida de la realidad social del momento.

Ciertamente, se dio un paso de gigante al introducirse una modalidad de separación conyugal y de disolución por divorcio por mutuo consentimiento, pero, con todo, la subsistencia misma de un régimen todavía causal en parte para ambas modalidades de las aun llamadas "crisis matrimoniales", empezó a chirriar apenas acababa de echar a andar la reforma del 81.

En los supuestos de separación y divorcio, no logrado el mutuo acuerdo de los cónyuges, las "crisis matrimoniales" debían necesariamente seguir discurriendo "encorsetadas" de algún modo, necesariamente, en un marco causal que en muchísimas ocasiones resultaba sencillamente insuficiente porque "la causa" por la que alguno de los cónyuges deseaba poner fin a la convivencia no figuraba en el elenco causal previsto por el legislador. ¿De qué causa se trataba? ¿Cómo denominarla? Si la pareja había dejado de amarse, ¿acaso no resultaba lógico en tal caso la procedencia de la separación o la disolución por divorcio? Desde una perspectiva más técnica, se optó por un término de mayor raigambre romanística: carencia de *affectio maritalis*. En definitiva, la falta de voluntad o intención de vivir como cónyuges.

Se recuperaría entonces la terminología propia del Derecho romano clásico. Y es que nuestro modelo matrimonial actual recuerda cada vez más al matrimonio romano, salvadas todas las diferencias, y, entre ellas, las relativas a los requisitos atinentes a la forma, "La *affectio maritalis* -escribía Arias Ramos, J.: *Derecho Romano. II. Obligaciones. Derecho de Familia. Derecho de Sucesiones;* Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1966, p. 733- no es únicamente manifestación del

consentimiento inicial emitida en una sola vez: es más bien un estado de voluntad cotidiano. De ahí que el divorcio aparezca tan natural para los romanos: el matrimonio sostenido únicamente por la *affectio maritalis*, se acaba si la *affectio* cesa".

Ninguna duda cabría a que, en la actualidad, lo que el legislador de nuestro CC entiende por "consentimiento matrimonial", quiérase o no, se identifica con esa voluntad cotidiana de vivir como cónyuges. Al elemento subjetivo e intencional "informador" de esa convivencia le cuadra la denominación del Derecho romano clásico (*affectio maritalis*).

El intento sin embargo de tratar de llevar esta concepción a cualquiera de las situaciones matrimoniales previstas en el Código, resulta fallida porque no corresponde al propósito legislativo.

Lo que encuentra pleno encaje en supuestos de divorcio o de separación, no cabe sin embargo predicarlo de los supuestos de nulidad.

Así, cuando en el art. 98 el legislador se refiere a la existencia, en su caso, de "convivencia conyugal", en orden a la percepción de una indemnización por parte del contrayente de buena fe que celebró un matrimonio nulo, ninguna duda cabe en cuanto a que se está presuponiendo desde luego que esa convivencia (a la que se califica como "conyugal") habrá de estar informada por *affectio maritalis*, pero no parece pueda decirse otro tanto acerca del "hubieren vivido juntos" del segundo párrafo del art. 76: sencillamente, porque es otro el supuesto de hecho, y otra asimismo bien distinta en consecuencia la pretensión legislativa.

En este segundo caso, priman otras consideraciones: las de seguridad jurídica y certeza de las actuaciones relativas al estado civil de las personas. Esto es lo que preocupa. "Obedece a la necesidad -recojamos de nuevo el parecer de Roca Trías- de poner fin a una situación de provisionalidad sobre el matrimonio, que depende exclusivamente de la voluntad de uno de los cónyuges".

La consecuencia entonces del designio legislativo no puede ser otra sino la de considerar relevantes en orden a la convalidación "conductas de las que el legislador deduce una unívoca voluntad de convalidación" (Díez-Picazo).

Pretender, pues, presupuesta la realización de esas conductas, hacer depender la convalidación de ulteriores análisis, enteramente subjetivos, acerca de la intencionalidad misma de esos comportamientos, no se adecúa a la *ratio* del apartado segundo del art. 76.

BIBLIOGRAFÍA

ALBALADEJO GARCÍA, M.: *Curso de Derecho Civil. IV. Derecho de familia,* Bosch, 5ª ed., Barcelona, 1991.

ARIAS RAMOS, J.: *Derecho Romano. II. Obligaciones. Derecho de Familia. Derecho de Sucesiones;* Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1966.

DE VERDA Y BEAMONTE, J. R: *El error en el matrimonio,* Publicaciones del Real Colegio de España en Bolonia, Bolonia, 1997.

DIEZ PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L. y GULLÓN BALLESTEROS, A.: *Sistema de Derecho civil* (vol. IV, *Derecho de Familia. Derecho de Sucesiones),* Tecnos, 1ª ed., Madrid, 1982.

ROCA TRÍAS, E.: "La nulidad del matrimonio", en AA.VV.: *Derecho de Familia* (coord. E. ROCA TRÍAS), Tirant lo Blanch, 3ª ed., Valencia, 1997

SOBRE EL DESEQUILIBRIO ECONÓMICO EN MATERIA DE PENSIÓN COMPENSATORIA: ALGUNAS NOVEDADES JURISPRUDENCIALES. COMENTARIO A LAS SSTS NÚM. 495/2019, DE 25 SEPTIEMBRE 2019, NÚM. 100/2020, DE 12 FEBRERO 2020, Y 29 JUNIO 2020 (REC. 3672/2019).

ABOUT THE ECONOMIC IMBALANCE IN THE COMPENSATORY ALLOWANCE: SOME JURISPRUDENTIAL NOVELTIES. COMMENTARY OF THE SPANISH SUPREME COURT JUDGEMENTS Nº 495/2019, 25TH SEPTEMBER 2019, Nº 100/2020, 12TH FEBRUARY 2020 AND 29TH JUNE 2020 (REC. 3672/2019)

Rev. Boliv. de Derecho Nº 31, enero 2021, ISSN: 2070-8157, pp. 620-633

José Ramón
DE VERDA Y
BEAMONTE

ARTÍCULO RECIBIDO: 15 de octubre de 2020
ARTÍCULO APROBADO: 13 de noviembre de 2020

RESUMEN: El presente trabajo analiza algunas recientes novedades jurisprudenciales sobre la apreciación del desequilibrio que da lugar al derecho a percibir una pensión compensatoria por separación o divorcio.

PALABRAS CLAVE: Pensión compensatoria; separación; divorcio; desequilibrio económico.

ABSTRACT: *This paper analyses some jurisprudential novelties about the economic imbalance that give the right to receive the compensatory allowance in case of separation or divorce.*

KEY WORDS: *Compensatory allowance; separation; divorce; economic imbalance.*

SUMARIO.- I. SENTIDO ACTUAL DE LA COMPENSACIÓN POR SEPARACIÓN O DIVORCIO.- II. EL TRABAJO MERAMENTE OCASIONAL FUERA DE LA CASA. III. LA REDUCCIÓN DE LA JORNADA LABORAL PARA ATENDER A LA FAMILIA.- IV. LA EVENTUAL PÉRDIDA DEL PUESTO DE TRABAJO.

SUPUESTOS DE HECHO

1º) La sentencia recurrida estimó el recurso de apelación, fijando una pensión compensatoria a favor de la mujer de 600 euros mensuales con carácter indefinido.

Para apreciar el desequilibrio, cuantificar la pensión y fijarla con carácter indefinido, tuvo en cuenta las siguientes circunstancias: i) la mujer tiene unos ingresos netos de 1.150 euros mensuales frente a los 3.500 euros mensuales del marido y a los beneficios que este último obtiene de la empresa (8.100 euros en 2016); ii) la mujer tenía 59 años en el momento de la ruptura y el matrimonio había durado 30 años, habiéndose dedicado en exclusiva al cuidado de los hijos y de su marido durante los primeros años del mismo; iii) ella era diplomada en magisterio y durante el matrimonio obtuvo el título de auxiliar de enfermería; iv) ha cotizado en la Seguridad Social durante casi 12 años; v) poseía una cuenta común con el actor con un saldo de 65.504,74 euros de los que extrajo la suma de 30.203,87 euros, así como la titularidad en 2016 del 25% de cuentas con saldos de 16.304,92 euros y de 96.916,88 euros (como cotitular con madre y hermanos) (desde febrero de 2017 ya no figura) y la titularidad exclusiva de otras cuentas con saldos de 3.160,40 euros y 3.225 euros, dos planes de pensiones por importe de 10.116,31 euros y 7.750 cancelados en 2017 y un plazo fijo por importe de 70.000 euros, que canceló en marzo de 2016, vi) la mujer posee el 50% de la vivienda familiar y la cochera, vii) el marido es titular de dos planes de pensiones con un saldo de 9.598,34 euros y 27.153 euros.

Interpuesto recurso de casación por el marido, en el que este argumentaba que no procedía la pensión compensatoria (entre otras razones y por lo que aquí nos interesa), porque la mujer había trabajado casi 12 años fuera de casa y que, de proceder su pago, la misma habría de ser temporal (no indefinida), el TS lo desestima.

2º) La sentencia recurrida, estimado el recurso de apelación presentado por el marido, consideró que no procedía conceder pensión compensatoria a la mujer,

• José Ramón de Verda y Beamonte
Catedrático de Derecho civil de la Universidad de Valencia. Presidente del Instituto de Derecho Iberoamericano.
Correo electrónico: J.Ramon.de-Verda@uv.es

que había pedido reducción de la jornada laboral de 2 horas para atender a los hijos menores de edad.

Para ello tuvo en cuenta que la mujer tenía 43 años cuando se dictó sentencia de divorcio; que no se había acreditado que sufriera enfermedad incapacitante alguna; que era bióloga y que se encontraba trabajando desde antes de contraer matrimonio para una firma de control de plagas, con contrato indefinido, sueldo digno y en jornada reducida de 6 horas, cuya ampliación no había querido voluntariamente retomar, según informe de la empresa, a pesar de la edad que ya tenían los hijos (13 y 16 años). Así mismo, recuerda que el matrimonio se había regido por el régimen económico de la sociedad de gananciales, lo que compensaba "determinados desequilibrios".

Interpuesto recurso de casación por la mujer, el mismo fue estimado por el TS.

3º) La sentencia recurrida, estimando el recurso de apelación de la mujer (que tenía 62 años y se encontraba de baja), reconoció a esta una pensión compensatoria, sujeta a condición suspensiva, por importe de 700 euros, por ser incierta su reincorporación laboral a la empresa de la que la que su marido era administrador.

Interpuesto recurso de casación por el marido, el mismo fue desestimado por el TS.

DOCTRINA JURÍDICA

1º) El trabajo intermitente fuera de casa no excluye el desequilibrio en perjuicio de quien se ocupó de la familia durante una parte significativa de la duración del matrimonio.

2º) La mera reducción de la jornada laboral con la clara finalidad de atender a la familia da lugar a un desequilibrio susceptible de ser compensado, si bien a través de una pensión de carácter temporal de cuantía moderada, dado que el acreedor de la misma no abandonó completamente su actividad laboral durante el matrimonio.

3º) Es posible conceder una pensión compensatoria, sujeta a condición suspensiva, a un cónyuge que trabaja en una empresa común, administrada por el otro, ante la eventualidad de que este, como consecuencia de la crisis familiar, lo despidida y, en consecuencia, pierda su fuente de ingresos.

COMENTARIO

I. SENTIDO ACTUAL DE LA COMPENSACIÓN POR SEPARACIÓN O DIVORCIO.

El fundamento de la compensación por separación o divorcio regulada en art. 97 CC es la existencia de una situación objetiva de "desequilibrio económico".

La jurisprudencia del TS ha llevado a cabo una evidente transformación de la naturaleza de la pensión compensatoria, tal y como es contemplada en el vigente art. 97 CC (redactado, básicamente por la Ley 30/1981, de 7 de julio, sin perjuicio de las modificaciones, no menores, debidas a las Leyes 15/2005, de 8 de julio, y 15/2015, de 8 de julio).

Cabe preguntarse por qué el legislador civil estableció la pensión compensatoria por desequilibrio económico en caso de separación y divorcio. A mi entender, la pensión compensatoria halla (o hallaba) explicación, en buena parte, en la idea de solidaridad post conyugal. El precepto presupone la existencia de un matrimonio, mediante el cual los cónyuges asumieron, entre otras obligaciones incluidas en el "status" de casado, la de asistirse y socorrerse mutuamente (cfr. arts. 67 y 68 CC), obligación esta, que, como consecuencia de la denominada solidaridad post conyugal, no siempre desaparece, total y absolutamente, por la mera disolución del matrimonio por divorcio (y, con mayor razón, por la mera separación), sino que, de alguna manera, persiste excepcionalmente, transformándose en la de satisfacer la pensión compensatoria cuando se den los requisitos previstos en su párrafo primero (es indicativo que en la redacción del precepto debida a la Ley 30/1981, de 7 de julio, la pensión tuviera carácter vitalicio). En un momento inmediatamente posterior a la reforma de 1981 se llegó, incluso, a hablar de la existencia de un estado civil de divorciado.

Hay normas que confirman la lectura de la pensión compensatoria en clave de solidaridad post conyugal: los arts. 100.I y 101.II CC, que prevén la posibilidad de modificarla o extinguirla, respectivamente, cuando se altere sobrevenidamente la fortuna de los cónyuges o el perceptor ya no la necesite, por tener medios para valerse por sí mismo (aunque se hubiera empobrecido durante el matrimonio, por su dedicación exclusiva al hogar), por ejemplo, por heredar un patrimonio o por encontrar un trabajo, si antes no lo tenía; y ello, por mucho que el TS se empeñe en decir, de manera reiterada que la pensión compensatoria es independiente de la noción de "necesidad", lo cual, al menos, desde el punto de vista de su modificación o extinción no es cierto.

Sin embargo, el TS, desde hace años, viene realizado una relectura del art. 97 CC, que lo aleja de la originaria idea de solidaridad post conyugal, para aproximarlo a la idea de reparación de la pérdida de oportunidades.

Ello tiene lugar, desde la emblemática STS (Pleno) 19 enero 2010 (Rec. 52/2006), que declaró que las circunstancias del art. 97.II CC tienen una doble función: "a) actúan como elementos integrantes del desequilibrio (…), y b) una vez determinada la concurrencia del mismo, actuarán como elementos que permitirán fijar la cuantía de la pensión".

Se rechazó, así, la denominada tesis objetivista, seguida por algunas Audiencias Provinciales, según la cual dichas circunstancias eran simples parámetros de cuantificación de la pensión, una vez constatado (de manera previa) el desequilibrio económico descrito en el art. 97.I CC, el cual resultaba de una comparación objetiva (que prescindía del examen de las referidas circunstancias) entre la situación económica que tenía el cónyuge acreedor de la pensión durante el matrimonio y la que sufría después de la separación o el divorcio, por lo que el desequilibrio existía siempre que dicho cónyuge hubiera visto empeorada su situación económica en relación con la del otro.

Por el contrario, la llamada tesis subjetivista, sancionada por la referida sentencia, y seguida de manera constante por el TS, entre otras muchas, por SSTS 14 marzo 2011 (Rec. 2114/2007), 22 junio 2011 (Rec. 1940/2008), 16 noviembre 2012 (Rec. 1215/2010) y 17 diciembre 2012 (Rec. 1997/2010), o más recientemente, por SSTS 11 mayo 2016 (Rec. 8/2015), 18 mayo 2016 (Rec. 841/2015), 5 octubre 2016 (Rec. 282/2015), 24 marzo 2017 (Rec. 2606/2016), 18 julio de 2019 (Rec. 6086/2018) y 3 junio 2020 (Rec. 2546/2019) integra los dos párrafos del precepto, afirmando que "la pensión compensatoria pretende evitar que el perjuicio que puede producir la convivencia recaiga exclusivamente sobre uno de los cónyuges y para ello habrá que tenerse en consideración lo que ha ocurrido durante la vida matrimonial y básicamente, la dedicación a la familia y la colaboración con las actividades del otro cónyuge; el régimen de bienes a que han estado sujetos los cónyuges en tanto que va a compensar determinados desequilibrios, e incluso, su situación anterior al matrimonio para poder determinar si este ha producido un desequilibrio que genere posibilidades de compensación".

Como consecuencia de lo dicho, el desequilibrio que se compensa hoy es, exclusivamente, el que tiene su origen en el empobrecimiento que sufre uno de los cónyuges por haberse dedicado durante el matrimonio, al cuidado de la familia o por haber colaborado desinteresadamente en la actividad profesional o económica del otro, con la consiguiente pérdida de oportunidades y la posible dificultad para acceder a un empleo después de la separación o del divorcio, si tiene una edad avanzada o una escasa cualificación profesional (o, si, como a menudo sucede, concurren ambas circunstancias).

Hay que observar la falta de adecuación de las causas de extinción de la pensión compensatoria, a la que, según la actual jurisprudencia, es la finalidad de la misma.

Si con ella se trata, simplemente, de compensar al cónyuge perjudicado por la pérdida de oportunidades (como consecuencia de su dedicación desinteresada a la familia o a la actividad profesional o económica del otro), no se comprende por qué se pierde cuando se dan las causas del art. 101.1 CC: el perjuicio no deja de existir, por la circunstancia de que posteriormente el perceptor deje de necesitar la pensión para subsistir. En realidad, aquí subsiste la idea de solidaridad post conyugal como fundamento de la pensión compensatoria, razón por la cual no se considera pertinente prolongar el derecho a cobrarla de quien, aunque empobrecido durante el matrimonio, puede ya satisfacer sus necesidades por sus propios medios.

II. EL TRABAJO MERAMENTE OCASIONAL FUERA DE LA CASA.

Generalmente, los perceptores de la pensión son mujeres de avanzada edad, muchas veces sin cualificación profesional, que durante el matrimonio se dedicaron a las labores domésticas, por lo que nunca trabajaron fuera de casa, abandonando, en ocasiones, el trabajo que tenían antes de casarse: en estos casos, suele concedérseles una pensión compensatoria de carácter indefinido.

La STS 10 enero 2011 (Rec. 247/2010), por ejemplo, consideró, pertinente atribuir la pensión compensatoria con carácter vitalicio a una mujer, teniendo en cuenta la duración del matrimonio, su edad (57 años) y su estado de salud, por sufrir síndromes depresivos. La STS 14 marzo 2011 (Rec. 2114/2007) se decantó también en favor de la concesión vitalicia de la pensión, teniendo en cuenta la duración del matrimonio (26 años), la edad de la mujer (50 años), la exclusiva dedicación a la familia y el tiempo en que estuvo apartada del mundo laboral, lo que permite concluir "que son razonablemente escasas las posibilidades reales de la esposa de obtener en un plazo concreto un empleo que le permita gozar de medios propios para obrar autónomamente, de manera que la función de restablecer el equilibrio consustancial a la pensión compensatoria solo puede entenderse cumplida fiándola con carácter vitalicio".

La STS 18 julio 2019 (Rec. 6086/2018) igualmente entendió que había que atribuir carácter vitalicio a la pensión de una mujer de 54 años, dedicada durante los 27 años del matrimonio, de manera exclusiva, al cuidado de los dos hijos, salvo el último año en que había trabajado con contratos temporales, siendo sus ingresos brutos 323,75 euros, una vez que finalizara el contrato vigente, mientras que el marido tenía un trabajo estable, por el que percibía un salario medio de 1.500 euros mensuales. La STS 7 noviembre 2019 (Rec. 1543/2019) consideró también procedente conceder con carácter indefinido una pensión compensatoria a una mujer, nacida en 1965, que terminó la carrera de Derecho 14 años después de casada y que, si bien estaba colegiada como abogada, nunca había ejercido la

profesión, habiéndose dedicado durante 25 años al cuidado de la familia, que tenía tres hijos, uno de ellos con discapacidad desde su nacimiento.

La primera de las sentencias comentadas plantea la cuestión de si el trabajo intermitente fuera de casa excluye el desequilibrio de quien se ocupó fundamentalmente del cuidado familiar.

La STS núm. 495/2019, de 25 septiembre 2019 (Rec. 64/2019) ha concedido, así, una pensión vitalicia de 600 euros mensuales a una mujer de 59 años que, al casarse, abandonó su profesión de maestra, habiéndose dedicado los diez primeros años del matrimonio (que duro treinta) al cuidado de la familia y, en particular, al de los tres hijos comunes. Posteriormente, cursó estudios de auxiliar de clínica, profesión en la que trabajó intermitentemente, cotizando aproximadamente doce años. De todo ello deduce que la mujer "perdió unas legítimas expectativas profesionales y económicas por su mayor dedicación a la familia, que no habrían acaecido de no mediar vínculo matrimonial, razón de peso para fijar la pensión compensatoria (…) máxime cuando la interrupción de la vida laboral durante el matrimonio, se produjo en los primeros años, que es el período determinante del desarrollo profesional de cualquier persona".

Desde luego, es razonable entender que basta con que la dedicación altruista de uno de los cónyuges al cuidado de la familia se haya dado durante una parte significativa de la duración del matrimonio, aunque en ciertos periodos haya trabajado fuera de casa, lo que considero acertado, circunstancia esta, que, sin embargo, debe ser tenida en cuenta (como se tuvo) para aminorar el importe de la pensión.

En el caso enjuiciado, la esposa tenía unos ingresos netos de 1.150 euros mensuales y parece que no la necesitaba para subsistir. Ahora bien, hay que tener en cuenta que el hecho de tener un salario, por sí mismo, no impide la obtención de una pensión compensatoria, habiendo declarado la jurisprudencia de manera reiterada que la misma es independiente de la noción de "necesidad" (lo que, es además coherente con la lectura de la misma en clave de compensación por pérdida de oportunidades laborales), por lo que el cónyuge más desfavorecido puede ser acreedor de la misma, aunque tenga medios suficientes para mantenerse por sí mismo [SSTS 9 febrero 2010 (Rec. 501/2006), 22 junio 2011 (Rec. 1940/2008), 27 junio 2011 (Rec. 599/2009), 7 marzo 2018 (Rec. 1172/2017) y 29 junio 2020 (Rec. 3672/2019)].

El marido recurrente sostenía que para, el caso de que se estimara procedente la concesión de la pensión compensatoria, la misma debía ser concedida con carácter temporal, y no indefinido, como había hecho la sentencia recurrida.

Es posible la revisión casacional de las decisiones acerca de fijar un límite temporal a la pensión compensatoria o bien de establecer su carácter vitalicio, "cuando el juicio prospectivo sobre la posibilidad de superar el inicial desequilibrio en función de los factores concurrentes se muestra como ilógico o irracional, o cuando se asienta en parámetros distintos de los declarados por la jurisprudencia" [entre otras muchas, SSTS 8 de septiembre 2015 (Rec. 2591/2013), 11 mayo 2016 (Rec. 8/2015) y 3 febrero de 2017 (Rec. 2098/2016)].

El TS considera que no procede aquí dicha revisión casacional.

III. LA REDUCCIÓN DE LA JORNADA LABORAL PARA ATENDER A LA FAMILIA.

La segunda de las sentencias comentadas, esto es, la STS núm. 100/2020, de 12 febrero 2020 (Rec. 1512/2019), ha revocado la sentencia recurrida, que había denegado la pensión compensatoria pedida por la mujer, porque tenía 43 años, no sufría enfermedad incapacitante alguna, era bióloga y se encontraba trabajando desde antes de contraer matrimonio para una firma de control de plagas, con contrato indefinido y sueldo digno.

El TS ha valorado aquí la reducción de jornada laboral de 2 horas pedida por la madre custodia para atender a los hijos menores, durante el matrimonio y mantenida tras el divorcio, como criterio para conceder una pensión compensatoria con carácter temporal. Dice, así, que, "durante la convivencia matrimonial, la demandada centró especialmente su atención en el cuidado de los hijos comunes y a tal efecto solicitó una disminución de la jornada laboral de dos horas"; y que la "dedicación futura a la familia existe, dada su condición de cónyuge custodio, si bien en atención a la edad actual de los hijos de 16 y 13 años de edad, su implicación ya no es tan intensa por requerir menos atención personal".

Hay que recordar que, para decidir el carácter temporal o vitalicio de la pensión, habrá que valorar la aptitud del perceptor de la misma "para superar el desequilibrio económico en un tiempo concreto, y alcanzar la convicción de que no es preciso prolongar más allá su percepción" (por la certeza de que va a ser factible la superación del desequilibrio), atendiendo a las circunstancias del art. 97.II CC.

En este sentido, se pronuncian, entre otras muchas, SSTS 2 junio 2015 (Rec. 507/2014), 11 mayo 2016 (Rec. 8/2015), 24 marzo 2017 (Rec. 2606/2016), 11 diciembre 2018 (Rec. 2543/2018), 3 junio 2020 (Rec. 2543/2019) y 13 julio 2020 (Rec. 4850/2019), que observan que el denominado juicio prospectivo debe realizarse "con prudencia, ponderación y con criterios de certidumbre", es

decir, "con certidumbre o potencialidad real determinada por altos índices de probabilidad, que es ajena a lo que se ha denominado futurismo o adivinación".

En el caso que nos ocupa parece, desde luego, pertinente considerar que la mera reducción de la jornada laboral con la clara finalidad de atender a la familia dé lugar a un desequilibrio susceptible de ser compensado, si bien a través de una pensión de carácter temporal de cuantía moderada, dado que la acreedora de la misma no abandonó completamente su actividad laboral durante el matrimonio y, aunque seguía teniendo la custodia de los hijos, estos tenían ya 16 y 13 años de edad, respectivamente, por lo que requerían menor atención de la madre, que podría pedir ampliación de jornada.

El marido recurrente argumentaba también que el matrimonio se regía por la sociedad de gananciales, para negar la existencia de desequilibrio económico, argumento que no prosperó.

Es evidente que esta circunstancia, por sí sola, no excluye la pensión compensatoria, sin perjuicio de que para apreciar y valorar el desequilibrio haya que considerar las posibles ventajas patrimoniales que haya podido obtener el cónyuge que pide la pensión durante su matrimonio (por ejemplo, a través de donaciones de bienes) o al tiempo de la liquidación de su régimen económico matrimonial, si la adjudicación de bienes le ha sido especialmente beneficiosa.

La STS 14 febrero 2019 (Rec. 3497/2016), que recuerda que la pensión compensatoria no es un mecanismo igualador de economías, deniega la pensión compensatoria a una mujer con una edad próxima a los 60 años, tras la disolución de un matrimonio, que había durado más de 25 años. La mujer trabajó durante 8 años; fue cotitular de una sociedad patrimonial con el marido, quien le donó una vivienda; estuvieron casados en sociedad de gananciales durante 13 años y era usufructuaria vitalicia de la vivienda familiar, cuya nuda propiedad había donado a los hijos: la recurrente había adquirido, en definitiva, un patrimonio, tanto común, en virtud del régimen de gananciales, como propio, del que podía obtener rendimientos. No se estimaron los argumentos de la mujer de que la familia dependía de los ingresos del esposo y de que este había tenido y seguía teniendo una proyección profesional de la que carecía la esposa.

IV. LA EVENTUAL PÉRDIDA DEL PUESTO DE TRABAJO.

Es doctrina jurisprudencial reiterada "que el desequilibrio que da lugar a la pensión compensatoria debe existir en el momento de la separación o del divorcio" [SSTS 19 octubre 2011 (Rec. 1005/2009), 18 marzo 2014 (Rec. 201/2012) y STS 27 noviembre 2014 (Rec. 1961/2013)].

En la práctica se ha planteado el problema de si es posible conceder una pensión compensatoria, sujeta a condición suspensiva, a un cónyuge que trabaja en una empresa del otro, ante la eventualidad de que este último, como consecuencia de la crisis familiar, lo despidiera y, en consecuencia, perdiese su fuente de ingresos.

En un principio la jurisprudencia se mostró contraria a dicha posibilidad.

La importante STS 19 octubre 2011 (Rec. 1005/2009) revocó, así, la pensión compensatoria condicionada concedida a la mujer, en razón a una hipotética pérdida de trabajo en la empresa de su marido tras la ruptura matrimonial. Afirma que, si dicho despido ocurriere ("dejando aparte las compensaciones laborales a que tendría derecho" la demandante), "el desequilibrio que hipotéticamente podría producirse no tendría lugar como consecuencia del desequilibrio producido por la ruptura matrimonial, sino que vendría provocado por el despido posterior", reiterando que "El desequilibrio que da lugar a la pensión debe existir en el momento de la separación o del divorcio y los sucesos posteriores no pueden dar lugar al nacimiento de una pensión que no se acreditaba cuando ocurrió la crisis matrimonial".

Idéntica doctrina fue seguida por otras sentencias posteriores, que conocieron de supuestos de hecho idénticos, revocando resoluciones que habían concedido una pensión compensatoria a la mujer que trabajaba en la empresa del marido, para el caso de que fuese despedida. La STS 18 marzo 2014 (Rec. 201/2012) afirma que "Es cierto que la esposa puede quedarse sin trabajo, pero también lo es que puede encontrar un nuevo empleo, y que la sociedad de su marido puede verse también afectada por la crisis económica, colocándole en una situación de desempleo"; y la STS 27 noviembre 2014 (Rec. 1961/2013) que, a partir de la separación o divorcio, "se desvinculan los patrimonios de uno y otro cónyuge a expensas de lo que resulte de la liquidación de la sociedad conyugal y, en su caso, de la modificación o extinción de las medidas que pudieran haberse acordado en el momento del divorcio. Lo demás supone mantener tras la ruptura una vinculación económica entre cónyuges distinta de la que la ley autoriza, y, propiciar, en definitiva, una suerte de problemas añadidos y en ningún caso deseables".

Sin embargo, la jurisprudencia más reciente ha cambiado de posición.

La STS (Pleno) 7 marzo 2018 (Rec. 1172/2017) considera necesario "mitigar" el carácter general de la doctrina hasta entonces fijada, según la cual el desequilibrio económico ha de ser apreciado, exclusivamente, en el momento de la separación o divorcio "en casos tan especiales como el presente, en el cual los únicos ingresos de la esposa proceden del trabajo que actualmente desempeña en una empresa regida por el esposo". En estos supuestos, admite un juicio prospectivo de futuro, "pues desde el mismo momento de la ruptura concurre una circunstancia de futuro

relevante, pues la continuidad de la situación actual de equilibrio o desequilibrio depende de una compensación económica preexistente, a cargo del obligado y para la beneficiaria como contraprestación por el trabajo que realiza, la cual puede desaparecer por la propia decisión del deudor, lo que supone una afectación directa y cuantitativamente importante sobre la situación económica de la esposa". En consecuencia, confirma la sentencia recurrida, que había concedido a la mujer una pensión compensatoria equivalente a la de su salario para el caso de "que finalice la actual relación laboral, por causa no imputable a ella, sin perjuicio de la posibilidad siempre presente de modificación o extinción posterior de la medida por alteración de las circunstancias que ahora se tienen en cuenta".

La tercera de las sentencias comentadas, esto es, la STS 29 junio 2020 (Rec. 3672/2019), ha aplicado la misma doctrina a un supuesto diverso, pero con el que guarda evidentes similitudes (trabajo de la mujer en una empresa común administrada por el marido).

Ha confirmado, así, la sentencia que había concedido a una mujer de 62 años, que se hallaba en situación de baja laboral y que trabajaba en una empresa común, administrada por el marido, el derecho a percibir una pensión compensatoria mensual de 700 euros condicionada a la circunstancia de que, una vez que cesara de percibir la prestación por baja laboral, se le denegara la reincorporación a la empresa y hasta el momento en que percibiese una pensión por jubilación o una prestación de una cuantía igual o superior. Observa que "el desequilibrio económico a que se refiere el artículo 97 CC no requiere para su existencia ausencia de medios económicos por parte de la beneficiaria sino efectivo perjuicio derivado de la ruptura de la convivencia, y en este caso dicho perjuicio se producirá evidentemente si, por la actuación del esposo, la recurrida no puede reintegrarse al trabajo en la empresa que tienen en común". Precisa, no obstante, que, "habiéndose fijado una pensión compensatoria de futuro -amparada en las circunstancias que han quedado expuestas- lógicamente cualquier modificación de circunstancias puede afectar a su efectividad, incluso antes de que esta tenga lugar, de conformidad con lo establecido en el artículo 100 CC".

La nueva doctrina jurisprudencial, aplicada por la sentencia comentada, ha sido criticada desde diversos puntos de vista. Se ha dicho, así, que presta atención a un futurible, esto es, a una eventual circunstancia posterior a la sentencia de separación o divorcio, que es el momento al que, según resulta del art. 97 CC, hay que atender para valorar la existencia del desequilibrio; y también que otorga un privilegio laboral excesivo al perceptor de la pensión, blindándolo frente a posibles despidos, incluso en casos de dificultades económicas objetivas de la empresa del deudor. Siendo cierto todo ello, sin embargo, permite evitar posibles comportamientos contrarios a la buena fe por parte del deudor que pospusiese

un despido que ya tuviese decidido al tiempo de la separación o divorcio para no verse obligado a pagar una compensación y, posteriormente, dictada la sentencia, llevara a cabo el despido proyectado.

LIQUIDACIÓN DE LA SOCIEDAD DE GANANCIALES: EL CASO DE LA ADJUDICACIÓN FORZOSA DE PARTICIPACIONES SOCIALES DE CARÁCTER GANANCIAL A UN SOLO CÓNYUGE. COMENTARIO A LA STS DE ESPAÑA NÚM. 458/2020, DE 28 DE JULIO (RJ 2020, 2477)*

LIQUIDATION OF COMMUNITY PROPERTY: THE CASE OF THE FORCED ALLOCATION OF SHARES OF COMMON NATURE TO ONE OF THE SPOUSES. COMMENT TO STS OF SPAIN NO. 458/2020, OF JULY 28 (RJ 2020, 2477)

Rev. Boliv. de Derecho Nº 31, enero 2021, ISSN: 2070-8157, pp. 634-649

* 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 del Proyecto de Investigación del Ministerio de Ciencia e Innovación PID2019-105489RB-I00: "Vulnerabilidad patrimonial y personal: retos jurídicos", IIPP. Mª Victoria Mayor del Hoyo y Sofía de Salas Murillo.

Romina
SANTILLÁN
SANTA CRUZ

ARTÍCULO RECIBIDO: 5 de octubre de 2020
ARTÍCULO APROBADO: 13 de noviembre de 2020

RESUMEN: En una liquidación de sociedad de gananciales, las normas de la partición de la herencia son de aplicación supletoria. Por ello, la sentencia fija un criterio de interpretación flexible de dichas normas, cuya aplicación estará supeditada a la entidad objetiva de los bienes que sean materia de división en cada caso. En consecuencia, cuando el único bien a repartir entre los cónyuges esté constituido por unas participaciones sociales gananciales, atendiendo a las especiales circunstancias de los partícipes y del caudal partible, tales podrían ser adjudicadas a uno de ellos con la obligación de compensar al otro en metálico, incluso en caso de haberse pedido su venta en pública subasta. A este efecto, la petición en cuestión tendría que hacer inviable la posibilidad de liquidar inmediatamente la sociedad de gananciales, postergando por más tiempo el estado de indivisión. No se exige que el metálico deba existir en el haber partible.

PALABRAS CLAVE: Liquidación de la sociedad de gananciales; partición de la herencia; venta en pública subasta; adjudicación forzosa del bien ganancial a un solo cónyuge; participaciones sociales gananciales.

ABSTRACT: *In a liquidation of community property, the rules for the partition of the inheritance are of suppletive application. Therefore, the sentence opts for a criterion of flexible interpretation of those rules, whose application will be subject to the objective entity of the property in question. Accordingly, when the only property to be shared between the spouses is constituted by set of shares of common nature, taking into account the special circumstances of the case, such shares could be awarded to one of the spouses with the obligation to compensate the other in money, even if it requests the sale of the shares in the public auction. To this end, the request would have to impede the possibility of liquidating the community of property immediately, postponing for longer the state of indivision. There is no requirement that the money must exist in the partible asset.*

KEY WORDS: *Liquidation of community property; partition of the inheritance; sale by public auction; forced allocation of community property to one of the spouses; shares of common nature.*

SUMARIO.- I. UN SUPUESTO CONTROVERTIDO DE LIQUIDACIÓN DE RÉGIMEN DE GANANCIALES: ¿LOS ARTS. 1061 Y 1062 CC TIENEN CARACTER IMPERATIVO O FACULTATIVO?.- II. LIQUIDACIÓN DE LA SOCIEDAD DE GANANCIALES: GENERALIDADES Y FINALIDAD.- III. APLICACIÓN (O INAPLICACIÓN) DE LAS REGLAS SOBRE PARTICIÓN DE LA HERENCIA EN LA LIQUIDACIÓN DE GANANCIALES.

SUPUESTO DE HECHO

D.ª Dolores interpuso demanda de liquidación de sociedad de gananciales contra su excónyuge, D. Segundo, solicitando la aprobación de las adjudicaciones efectuadas por el contador partidor en la propuesta de inventario de bienes. D. Segundo, por su parte, se opuso a las pretensiones de D.ª Dolores, alegando su disconformidad con las operaciones divisorias presentadas y solicitó que las participaciones sociales de carácter ganancial de la sociedad mercantil Xamons Martínez SL. se repartieran por mitad o se vendieran en pública subasta.

El Juzgado de Primera Instancia n.º 6 de Ourense dictó Sentencia con fecha 6 de octubre de 2016 por la que estimó parcialmente la oposición formulada por el demandado, adjudicando los bienes del modo que sigue:

- A D.ª Dolores: la finca situada en Turey, con su vivienda y ajuar, por un valor total de 17.433,19 euros.

- A D. Segundo: unas participaciones sociales gananciales por valor de 17.433,19 euros.

- El restante de las participaciones sociales de la empresa Xamons Martínez SL., que tuvieran calidad ganancial, se venderían en pública subasta para repartir lo obtenido por mitad entre ambos litigantes.

Contra dicha Sentencia interpuso recurso de apelación D.ª Dolores, que fue estimado por la Audiencia Provincial de Ourense en su Sentencia de fecha 30 de junio de 2017, y revocando la Sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia, tras aprobar la partición de los bienes conforme a la propuesta presentada por el contador partidor, acuerda que las participaciones gananciales sean adjudicadas

• Romina Santillán Santa Cruz
Doctora en Derecho por la Universidad de Zaragoza. Miembro colaborador del Grupo de Investigación "Ius Familiae" de la Universidad de Zaragoza. Correo electrónico: rsantillan@unizar.es

al demandado con la obligación de pagar a la demandante el valor de la mitad de las mismas.

Para respaldar su decisión, la Audiencia Provincial señala que la facultad de atribución preferente del art. 1406 CC debe ser interpretada en armonía con las reglas sobre partición de la herencia (arts. 1061 y 1062 CC). Entiende que la igualdad de lotes requerida en el art. 1061 CC no es matemática o absoluta sino una mera recomendación, pues para efectuar la división del haber ganancial deben atenderse las particulares condiciones de los bienes que lo integran y de los interesados en la partición. Por lo que el art. 1062 CC permite atribuir los bienes objeto de litigio a uno de los partícipes con la obligación de compensar este al otro con dinero o con otros bienes.

Por las razones anteriores, y conociendo que el total de las participaciones gananciales representaban solo el 46% del capital social de una sociedad administrada exclusivamente por el demandado y su hermano, considera justificado que tales sean atribuidas a un solo cónyuge. A lo que suma el grave desmerecimiento o perjuicio que podría sufrir el bien materia de división de ser sometido a pública subasta. Valora también que D. Segundo es el único que se ha dedicado al negocio y, por tanto, es quien ofrece mayor garantía para su continuidad y desarrollo, siendo por ello preferido para la adjudicación de las acciones.

Reconoce así mismo la Audiencia que, en aplicación del art. 1062 CC, basta que uno de los interesados en la partición pida la venta en pública subasta y con admisión de licitadores extraños para que pueda procederse en este sentido. Sin embargo, considera que en este caso concreto dicha solución no es justa ni adecuada para la liquidación de la sociedad de gananciales. Entiende que sería prácticamente imposible que un tercero quisiera adquirir un paquete de participaciones minoritario de una sociedad de carácter exclusivamente familiar. Esto solo ocasionaría que el demandado o su hermano fueran quienes pujasen en esa subasta, en la que adquirirían las participaciones por un valor muy inferior al fijado por el contador partidor, perjudicando así los derechos de la demandante.

Contra la expresada Sentencia interpuso recurso de casación D. Segundo, alegando como único motivo del mismo la oposición de la Sentencia recurrida a la jurisprudencia del Tribunal Supremo, por incorrecta interpretación de lo dispuesto en los arts. 1061, 1062, 1406.2º y 1410 CC, pues aprueba las operaciones divisorias del cuaderno particional pese a no existir igualdad en los lotes y ser plenamente factible la venta de las participaciones gananciales en pública subasta por haberlo pedido así uno de los partícipes.

El Tribunal Supremo, en su Sentencia de 28 de julio de 2020 (Ponente Parra Lucán), desestima el recurso interpuesto por D. Segundo y confirma la Sentencia

dictada por la Audiencia Provincial de Ourense. 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 si la atribución de las participaciones sociales al demandado es contraria a lo dispuesto en los arts. 1061 y 1062 CC, en virtud de la remisión contenida en el art. 1410 CC, y a la jurisprudencia que los interpreta. Pero advierte que, en este caso, no se ha infringido el art. 1406.2º porque D. Segundo no exige la atribución preferente de las participaciones al amparo de esta norma, ni la solución de la sentencia recurrida resulta de su aplicación.

El objeto del litigio consiste, más específicamente, en determinar si debe ordenarse la venta de los bienes gananciales en pública subasta en todos los casos en que una de las partes lo pida como vía para solucionar la situación de indivisión. La controversia se presenta, como se ha visto, en relación con unas participaciones sociales de naturaleza ganancial que forman parte de una sociedad mercantil de carácter familiar, administrada exclusivamente por el demandado y su hermano, y en la que aquellas representan únicamente el 46% de la totalidad del capital social.

En la Sentencia de 28 de julio de 2020, objeto de este comentario, el TS comienza recordando su doctrina referente a la liquidación de la sociedad de gananciales y precisa que sobre los preceptos aplicables a esta cuestión por la vía de la remisión existe una interpretación flexible, pues su empleo estará finalmente supeditado a la entidad objetiva de los bienes que son materia de división en cada caso. La posible igualdad de lotes del art. 1061 CC, advierte el Alto Tribunal con apoyo en el art. 1062 CC, solo puede ser atendida cuando los bienes sean divisibles o no desmerezcan mucho en su división.

Pone énfasis en que la controversia se presenta con ocasión de la liquidación de una sociedad de gananciales tras una disolución matrimonial, razón por la que no puede imponerse en este ámbito la aplicación taxativa de reglas que, en sede de sucesiones, conectan con la naturaleza jurídica de la legítima y su consistencia cualitativa, y que, en última instancia, tampoco podrían impedir al testador que quiera preservar indivisa una explotación económica o mantener el control de una sociedad de capital, imponer al adjudicatario el pago a los demás en dinero no hereditario (art. 1056-II CC).

Por todo ello, la Sala considera que la alternativa propuesta por el recurrente de vender en pública subasta todas las participaciones sociales gananciales (que representan un paquete minoritario en una sociedad controlada por él y su

hermano) hace ilusoria la concurrencia de terceros a la subasta. Apuntando, en forma adicional, que el art. 1062 CC no exige que el metálico con que deba compensar un partícipe a otro por la adjudicación del bien, deba existir en el haber partible. Ello por la propia naturaleza fungible del dinero.

VOTO PARTICULAR

Este voto discrepa del criterio mayoritario adoptado por el Pleno al considerar que en el supuesto enjuiciado debió someterse el destino de los bienes partibles a pública subasta, como interesó el recurrente. Valora que D. Segundo no está conforme con la adjudicación de las participaciones sociales gananciales ni dispuesto a abonar la diferencia del importe a favor de D.ª Dolores mediante compensación en metálico. Por su parte, D.ª Dolores no quiere que se le adjudique la mitad de dichas participaciones pese a su carácter divisible (art. 1061 CC) y tampoco que las mismas se vendan en pública subasta (art. 1062 CC).

La solución viable para la ejecución de las operaciones liquidatorias, en los términos indicados por el voto particular, no es que se imponga su adquisición forzosa al exmarido demandado y recurrente, pues este proceder vulnera lo dispuesto en el art. 1062 CC generando un cambio injustificado en la doctrina jurisprudencial, además de desconocer la capacidad económica del recurrente para cumplir con el pago de la compensación. El juego normativo del art. 1062 CC, observa en diversas ocasiones dicho voto, está condicionado a que exista dinero líquido en el activo ganancial y en este caso no lo hay.

COMENTARIO

I. UN SUPUESTO CONTROVERTIDO DE LIQUIDACIÓN DE RÉGIMEN DE GANANCIALES: ¿LOS ARTS. 1061 Y 1062 CC TIENEN CARÁCTER IMPERATIVO O FACULTATIVO?

Con la STS núm. 458/2020, de 28 de julio (RJ 2020, 2477), se presenta la ocasión para poner de relieve dos cuestiones de especial trascendencia en sede de liquidación de sociedad de gananciales. Da lugar, por un lado, a un debate más que oportuno acerca del carácter imperativo o facultativo que tendrían las reglas sobre partición de la herencia en un procedimiento de liquidación de bienes gananciales, cuando la sociedad ha fenecido por una disolución matrimonial. Con lo cual se abre paso a la posibilidad de inaplicar en dicho escenario lo dispuesto en los arts. 1061 y 1062 CC (o de aplicar en parte, como pasa en el presente caso en relación con este último precepto). Y como derivación de ello, por otro lado, cabría valorar si la sentencia objeto de comentario realmente estaría introduciendo un cambio sustancial en la doctrina que el TS había afianzado ya para la interpretación del art. 1062 CC: en concreto, para el caso de las participaciones sociales gananciales.

Uno de los supuestos más próximos al contenido en la STS núm. 458/2020, de 28 de julio (RJ 2020, 2477), según la propia sentencia comentada, se encuentra en la STS núm. 219/1995, de 15 de marzo (RJ 1995, 2654). Esta última desestimó que se hubiera contravenido el art. 1061 CC con la adjudicación al marido de las acciones de un negocio familiar constituido y administrado por él y su familia, con compensación en metálico para la esposa. Decisión sustentada en que el art. 1061 CC tiene un carácter más bien facultativo que imperativo, por cuanto alude a una "posible igualdad", lo que queda reafirmado con las excepciones contempladas en el art. 1062 CC [criterio también seguido en las SSTS de 30 enero 1951 (RJ 1951, 89), 13 junio 1970 (RJ 1970, 3112), 8 febrero 1974 (RJ 1974, 484), 30 noviembre 1974 (RJ 1974, 4554), 25 junio 1977 (RJ 1977, 3015), 17 junio 1980 (RJ 1980, 3077) y 21 junio 1986 (RJ 1986, 3787)]. Siendo la STS 7 enero 1991 (RJ 1991, 110) la que establece con mayor determinación el carácter facultativo u orientativo de dicho precepto.

Sin embargo, el problema que se advierte en el supuesto enjuiciado no parece estar tanto en la vulneración del art. 1061 CC, que, en efecto, como ha señalado reiteradamente la jurisprudencia, es relativamente imperativo (pues la igualdad de los lotes ha de respetarse solo en la medida de lo posible), sino en la eventual infracción del art. 1062 CC, pues se termina adjudicando el total de las participaciones sociales gananciales al recurrente, pese a haber solicitado este que las mismas fueran puestas a la venta en pública subasta, argumentado no tener capacidad económica para abonar en metálico a la otra parte el exceso recibido. Existen sentencias del TS que han abordado situaciones similares a la que aquí se expone, pero también es preciso advertir que cada una de esas situaciones ha presentado determinada particularidad que justificaba su solución en un sentido o en otro, como veremos a continuación.

En la STS núm. 69/2000, de 29 de enero (RJ 2000, 247), dictada en relación con un régimen de separación de bienes, se desestimó el recurso de casación contra la sentencia que había atribuido el negocio común a un cónyuge con compensación al otro de la mitad de su valor para evitar su desmerecimiento. Pero en este caso ninguno de los partícipes había solicitado la venta de los bienes en pública subasta, como sí se hizo en el caso que ahora es objeto de estudio. Dato último que marca una clara distinción entre ambos casos y en cuya virtud, dada la necesidad de garantizar la predictibilidad de las decisiones judiciales, en principio, habría tenido que estimarse el recurso presentado contra la adjudicación forzosa de las participaciones gananciales.

De otra parte, se tiene la STS núm. 54/2017, de 27 de enero (RJ 2017, 342), que, esta vez sí situada en el contexto de una sociedad de gananciales, estimó el recurso de casación interpuesto contra una sentencia que imponía al marido la

adquisición forzosa de una vivienda, con compensación en metálico a la otra parte, pese a haber manifestado aquel con rotundidad que no deseaba dicha adjudicación por no tener disponibilidad económica para ello. En vista de lo cual, se dispuso la venta del inmueble en pública subasta con admisión de licitadores extraños y el reparto del producto de la venta por mitad entre ambos. Es de advertir que en este caso la Sala no alcanzaba a entender que la contadora partidora hubiese propuesto la adjudicación de la vivienda sin atender a las circunstancias fácticas. La negativa a la atribución por falta de recursos económicos es aquí lo relevante.

Un cuestionamiento directo a la STS núm. 458/2020, de 28 de julio (RJ 2020, 2477), podemos encontrarlo en el voto particular en ella contenido, y cuya síntesis se puede ver al inicio. Este considera que la STS 28 julio 2020 (RJ 2020, 2477) estaría generando un precedente innecesario y contraproducente en las liquidaciones de las sociedades legales de gananciales, pues, según se aprecia de sus razones, la doctrina de la STS núm. 219/1995, de 15 de marzo (RJ 1995, 2654), arriba mencionada (e invocada en la STS núm. 458/2020, de 28 de julio), no sería aplicable para resolver el asunto planteado en el presente litigio, pues en aquel otro, de 1995, nadie solicitó la venta en pública subasta; específicamente se discutía la vulneración del art. 1061 CC al existir otros bienes inventariados. Posición esta, la del voto particular, que pone en evidencia dos supuestos totalmente diferentes: uno, el de la STS núm. 219/1995, de 15 de marzo (RJ 1995, 2654), sobre presunta infracción del art. 1061 CC, y otro, el de la STS núm. 458/2020, de 28 de julio (RJ 2020, 2477), que como se puede apreciar, estaría más vinculado a una posible infracción del art. 1062 CC.

Ya en estricta interpretación del art. 1062 CC —por cuya regla primera se adjudicaron las participaciones gananciales a uno de los cónyuges—, se tienen las SSTS de 26 septiembre 1986 (RJ 1986, 4793), 10 febrero 1997 (RJ 1997, 667) y 16 febrero 1998 (RJ 1998, 868). En estas se ha declarado que una vez ejercitada la facultad recogida en dicho precepto por cualquiera de los coherederos, la venta en pública subasta es obligada. Y la misma postura ha sido mantenida para los casos de comunidad de bienes cuando sea así solicitado por cualquiera de los comuneros [SSTS de 7 julio 2006 (RJ 2006, 7219), 14 diciembre 2007 (RJ 2007, 8930), 21 abril 2010 (RJ 2010, 3543), 11 abril 2011 (RJ 2011, 3445), 19 octubre 2012, (RJ 2012, 10112) y 5 octubre 2017 (RJ 2017, 4241)].

Vistas todas estas cuestiones, para un análisis de la STS 28 julio 2020 (RJ 2020, 2477), bajo comentario, es preciso referirnos a la finalidad perseguida con la liquidación de la sociedad de gananciales, pues en esta podría encontrarse la razón de ser de la decisión adoptada. No debemos olvidar, por otra parte, que la remisión que hace el art. 1410 CC a las reglas sobre partición de la masa hereditaria tiene carácter supletorio —algo que también acentúa el voto particular—, y que

en varias de sus sentencias el TS ha remarcado el carácter facultativo u orientativo, más que imperativo, del art. 1061 CC, mas no así del art. 1062 CC, en el que parece centrarse principalmente la discusión.

II. LIQUIDACIÓN DE LA SOCIEDAD DE GANANCIALES: GENERALIDADES Y FINALIDAD.

Una vez disuelta la sociedad de gananciales procede su liquidación (art. 1396 CC). Esta liquidación de la sociedad se realiza conforme a las reglas previstas en los arts. 1397 a 1409 CC. Entre el conjunto de operaciones que comprende este procedimiento están el inventario de bienes, su tasación, el pago de deudas, indemnizaciones y reintegros, así como la división y adjudicación del haber resultante entre los cónyuges (o entre el cónyuge superviviente y los herederos del fallecido o declarado fallecido).

Para todo lo que no hubiesen regulado los arts. 1397 a 1409 CC sobre formación de inventario, tasación y venta de bienes, división del caudal ganancial, adjudicaciones a los partícipes y demás que no se halle expresamente determinado, se aplicarán las reglas de la partición y liquidación de la herencia, por haberlo dispuesto así el art. 1410 CC. Pero la remisión que hace este precepto debe entenderse limitada a las disposiciones de los arts. 1051 a 1087 CC [*vid.* Moralejo Imbernón, N.: "Comentarios al Artículo 1410 CC", en AA.VV.: *Comentarios al Código Civil* (coord. por R. Bercovitz Rodríguez-Cano), 2ª ed., Aranzadi, Cizur Menor, 2006, p. 1673], cuyas reglas serán aplicables solo en términos supletorios (*vid.* Albaladejo, M.: *Curso de Derecho Civil IV. Derecho de familia*, 10ª ed., Edisofer, Madrid, 2005, p. 186; y, Rams Albesa, J. J.: *La sociedad de gananciale*s, Tecnos, Madrid, 1992, pp. 426-427).

La finalidad de la liquidación de la sociedad de gananciales es convertir la cuota abstracta que corresponde a los litigantes sobre el total de los bienes comunes en bienes concretos y determinados cuya propiedad exclusiva adquirirán cuando concluyan las operaciones liquidatorias. Esta liquidación puede realizarse de forma convencional o judicial: en el primer caso, mediante acuerdo de los partícipes, y a falta de acuerdo, será preciso recurrir al juez, acudiendo al procedimiento contenido en los arts. 806 y ss. LEC [*vid.* 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. 288].

En lo que aquí interesa, a propósito de la STS núm. 458/2020, de 28 de julio (RJ 2020, 2477), objeto de comentario, me detendré especialmente en lo que atañe a la división y adjudicación de los bienes gananciales, por ser esta la fase de la liquidación donde se ha generado la controversia jurídica.

Conforme al art. 1404 CC, realizado el pago de las deudas y cargas de la sociedad, reembolsos e indemnizaciones a los patrimonios privativos, el remanente constituirá el haber de la sociedad de gananciales que se dividirá por mitad entre los cónyuges o sus respectivos herederos. Una disposición que conecta con lo previsto en el art. 1344 CC, que dice: "Mediante la sociedad de gananciales se hacen comunes para los cónyuges las ganancias o beneficios obtenidos indistintamente por cualquiera de ellos, que les serán atribuidos por mitad al disolverse aquella". Se trata, pues, de "conseguir una igualdad en la adjudicación de cosas heterogéneas" (Lacruz Berdejo, J. L. *et al.*: *Elementos de Derecho Civil IV: Familia*, 5ª ed., Dykinson, Madrid, 2010, p. 251).

No obstante, en virtud de la remisión que hace el art. 1410 CC a las reglas sobre partición hereditaria, la adjudicación del remanente del caudal ganancial entre los integrantes de la sociedad conyugal podría sujetarse a lo dispuesto en el art. 1061 CC, que recoge el principio de igualdad o de equivalencia cualitativa en la formación de los lotes, conforme al cual: "[…] se ha de guardar la posible igualdad, haciendo lotes o adjudicando a cada uno de los coherederos cosas de la misma naturaleza, calidad o especie". Dicho principio, más comúnmente conocido como principio de igualdad cualitativa de los lotes, "significa que los lotes se formen con criterios de razonable homogeneidad; es decir, que los coherederos reciban, por un lado cosas de la misma naturaleza, especie y calidad y, por otro, que resulten gravados por igual" [Martínez Espín, P.: "Comentarios al Artículo 1061 CC", en AA.VV.: *Comentarios al Código Civil* (coord. por R. Bercovitz Rodríguez-Cano), 2ª ed., Aranzadi, Cizur Menor, 2006, p. 1264]. Esta igualdad, que no es matemática ni absoluta (como ha reconocido la jurisprudencia citada más arriba), sin embargo, solo será aplicable cuando sea posible.

Pero como se puede advertir, he precisado antes que el caudal ganancial podría sujetarse (y no que deba sujetarse) al precepto mencionado, relativizando de este modo el empleo de dicha norma especialmente creada para la partición de la herencia, porque a este criterio (entre otros que veremos después) nos conduce la STS núm. 458/2020, de 28 de julio (RJ 2020, 2477), contradiciendo así la doctrina académica que defendía que para la adjudicación de bienes en pago del haber de cada cónyuge, la regla general es la aplicación de las normas particionales de la herencia (entre las que está el art. 1061), cuyas notables excepciones se encontraban en las adjudicaciones preferenciales del art. 1406 CC (*Cfr.* Díez-Picazo, L. y Gullón, A.: *Sistema de Derecho Civil. Derecho de familia. Derecho de sucesiones*, vol. IV, 8ª ed., Tecnos, Madrid, 2003, p. 202). En el mismo sentido expuesto, Lasarte, C.: *Derecho de Familia. Principios de Derecho Civil*, tomo VI, 6ª ed., Marcial Pons, Madrid, 2007, p. 270, señala que "la aplicación supletoria del *principio de la igualdad cualitativa de los lotes* (impuesto para la partición hereditaria en el

art. 1061) conforme al art. 1410 no supone que necesariamente sea la deseada por los adjudicatarios o que resulte posible" en una partición de los bienes gananciales.

Esa posible igualdad a que se refiere el art. 1061 CC, en consecuencia, podría no guardarse cuando la cosa sea indivisible o desmerezca mucho por su división. Lo que abre la vía para que el juez pueda proceder conforme a lo expresado en el párrafo primero del art. 1062 CC, que encierra el principio de la interdicción de la división dañosa y de la excesiva división o fragmentación de los bienes; precepto que es, a decir de algún autor, la excepción más importante al principio de igualdad de los lotes [*cfr.* Martínez Espín, P.: "Comentarios al Artículo 1062 CC", en AA.VV.: *Comentarios al Código Civil* (coord. por R. Bercovitz Rodríguez-Cano), 2ª ed., Aranzadi, Cizur Menor, 2006, p. 1265]. Siendo que, en aplicación del mismo, correspondería adjudicar la cosa a uno de los partícipes recayendo en este la obligación de abonar a los otros el exceso en dinero. Sobre esto último, el TS se ha pronunciado señalando que el dinero con que se ha de compensar a los otros por la adjudicación de la cosa deberá existir en el haber partible [STS 10 febrero 1997 (RJ 1997, 667)].

En relación con ello mismo, cabe tener presente, de acuerdo con lo previsto en el párrafo segundo del art. 1062 CC, que la adjudicación de la cosa a uno de los partícipes no tendría asidero en el supuesto de que este pida su venta en pública subasta y con admisión de licitadores extraños [STS 16 febrero 1998 (RJ 1998, 868)], que es el requisito conjunto que debe observarse para atender dicha petición. A los efectos prácticos, no cabe duda que la petición del posible adjudicatario de sujetar el destino de la cosa a pública subasta lo que expresa, en el fondo, es su negativa a aceptar la adjudicación y a compensar a los demás. Una negativa que podría fundarse bien en la inexistencia del dinero para hacer frente a la obligación de compensar en metálico a los copartícipes, o, sin más, en la facultad legal que le ha sido expresamente conferida, que no es otra que la de no aceptar la adjudicación, pidiendo la venta en pública subasta con admisión de licitadores extraños.

Lo que complica la partición de los bienes gananciales en el caso enjuiciado es que el demandado no quiso ejercitar su derecho de atribución preferente, recogido en el art. 1406.2º CC, en cuya virtud podría haber pedido que las participaciones sociales gananciales objeto de reparto le fuesen adjudicadas por haber sido el cónyuge que única y efectivamente (junto a su hermano) se encargó de la gestión del negocio. Su negativa a que le fueran adjudicadas dichas participaciones y la solicitud de someter su venta a pública subasta, hacen que las operaciones particionales para concretar la liquidación de los bienes gananciales deban reconducirse al estudio de las circunstancias particulares de estos y de los partícipes, sin que pueda pasar inadvertido lo dispuesto en el art. 1062 CC.

Y atendiendo a dichas circunstancias, la STS núm. 458/2020, de 28 de julio (RJ 2020, 2477), decide desestimar el recurso tras valorar el perjuicio que sufriría uno de los cónyuges si se optara por la subasta, pues aunque con esta igualmente se pondría fin al estado de indivisión, lo más probable era que ningún tercero pudiera interesarse en un paquete minoritario de acciones de una empresa exclusivamente familiar, lo que hubiese supuesto postergar el estado de indivisión de los bienes gananciales y someter las operaciones particionales a un escenario de interinidad. Algo que no condice con la finalidad misma del procedimiento de liquidación de un régimen de comunidad, donde lo que se busca es, pues, que las partes tengan atribuida esa mitad de los bienes gananciales (entiéndase, del remanente) que les correspondería para poder concluir íntegramente la sociedad de gananciales. La decisión supone, no obstante, la fijación de una nueva doctrina en la materia bajo análisis, que veremos a continuación con más detalle.

III. APLICACIÓN (O INAPLICACIÓN) DE LAS REGLAS SOBRE PARTICIÓN DE LA HERENCIA EN LA LIQUIDACIÓN DE GANANCIALES

Vistas las cuestiones anteriores, la gran pregunta que surge es la siguiente: ¿una vez puestos a emplear las reglas sobre partición hereditaria (a las que se remite, para su aplicación supletoria, el art. 1410 CC) en un procedimiento liquidatorio de sociedad de gananciales, hasta qué punto el juzgador podría decidir la aplicación del art. 1062 CC solo en parte, desconociendo la facultad que otorga la norma a quien decida no aceptar la adjudicación del bien objeto de partición? Esta es la cuestión que genera controversia en la reciente sentencia.

Si bien es cierto, en atención a la doctrina jurisprudencial que antecedía al caso bajo análisis (anotada con anterioridad), este podría haber sido resuelto conforme a lo dispuesto *in fine* en el párrafo segundo del art. 1062 CC, disponiéndose la venta de las participaciones sociales gananciales en pública subasta, la STS objeto de este comentario decide apartarse de este criterio judicial previo con el único objeto de concretar la finalidad misma de un proceso de liquidación de sociedad de gananciales, que de otro modo, según valora en virtud de las circunstancias fácticas que giran en torno al caso, hubiese sido difícil de conseguir.

El art. 1062 CC contempla en su párrafo primero, a modo de excepción frente a lo dispuesto en el art. 1061 CC, que: "Cuando una cosa sea indivisible o desmerezca mucho por su división, podrá adjudicarse a uno, a calidad de abonar a los otros el exceso en dinero". Pero continúa diciendo en su párrafo segundo que: "bastará que uno solo de los herederos pida su venta en pública subasta, y con admisión de licitadores extraños, para que así se haga". El problema que plantea la sentencia analizada es, como se había anticipado al inicio, si puede aplicarse el art. 1062 CC prescindiendo de su segundo párrafo y de la facultad que concede este a uno de los partícipes de solicitar la venta en pública subasta: es decir, el problema

no es si aplicamos o no el art. 1062 CC, sino si lo aplicamos en su totalidad, o solo el párrafo primero, modificando así lo que dice la norma.

Una lectura detenida del artículo en cuestión permite advertir que la regla de su párrafo primero también es (al igual que la del art. 1061 CC) "más facultativa que imperativa", pues la norma dice "podrá adjudicarse" y no "deberá adjudicarse", con lo cual la excepcional adjudicación de la cosa a uno de los partícipes (no siendo posible la igualdad a que aspira el art. 1061 CC) también sería de relativa aplicación. Sin embargo, la disposición del párrafo segundo del art. 1062 CC sí parecería ser de obligatorio cumplimiento cuando se ha valorado que podrá procederse conforme a lo previsto en su párrafo primero, pues dicho precepto es bastante explícito al señalar que "bastará" que uno de los partícipes pida su venta en pública subasta, y con admisión de licitadores extraños, para que continúe la partición en los términos de lo solicitado.

Pero, como hemos visto, la sentencia del TS que está siendo analizada, evocando el carácter supletorio que tanto la doctrina jurisprudencial como la académica han reconocido a la aplicación de las reglas de la comunidad hereditaria en la comunidad postmatrimonial para su liquidación y partición, se aparta de lo dispuesto en el párrafo segundo del art. 1062 CC y adjudica la cosa ganancial a uno de los cónyuges, pese a la solicitud de su venta en pública subasta, generando así una nueva doctrina que permitiría esta posibilidad. Aplicación supletoria que, a partir de reciente sentencia, vendría a admitir la posibilidad de modalizar la aplicación de las reglas que por hipótesis no están pensadas directamente para el caso al que se aplican supletoriamente, para adaptarlas al supuesto que debe ser resuelto, lo que podría implicar dejar de aplicar alguna de esas reglas concretas. En el fondo, aunque no lo diga, deja entrever que tanto el art. 1061 como el art. 1062 CC serían más facultativos u orientativos, que de imperativa observancia, y lo serían en virtud del carácter supletorio que tienen en el seno de una liquidación de sociedad de gananciales, y no tanto por el sentido mismo de su redacción.

Podría decirse entonces que a lo que apunta la STS núm. 458/2020, de 28 de julio (RJ 2020, 2477), es, por un lado, a reafirmar el carácter supletorio de las normas de la partición del caudal hereditario en aquellos supuestos de liquidación de sociedad de gananciales que encuentren su causa en una disolución matrimonial, y, por otro lado, a otorgar al juzgador la posibilidad de aplicar o inaplicar en parte (dependiendo de la óptica con que quiera verse) la norma del art. 1062 CC, siempre que vaya a favorecer la liquidación de la sociedad de gananciales, que es para lo que, en última instancia, se aplica la técnica del reenvío a esta norma de Derecho sucesorio.

Así lo advierte expresamente la sentencia cuando hace la siguiente observación: "Esta sala ha venido manteniendo una interpretación flexible de los criterios

recogidos en los arts. 1061 y 1062 CC, cuya aplicación está en función de la entidad objetiva de los bienes que se van a dividir en cada caso. La posible igualdad de lotes (art. 1061 CC), como muestra el art. 1062 CC, solo juega cuando los bienes sean divisibles o no desmerezcan mucho en su división" [STS 28 julio 2020 (RJ 2020, 2477)]. A lo que añade, para reforzar la posición adoptada, que: "En el presente caso, la controversia se produce con ocasión de la liquidación de una sociedad de gananciales tras una disolución matrimonial, por lo que no se impone la aplicación taxativa de reglas que, en sede de sucesiones, conectan con la naturaleza jurídica de la legítima y su consistencia cualitativa (lo que, por lo demás, no impide al testador que quiera preservar indivisa una explotación económica o mantener el control de una sociedad de capital imponer al adjudicatario el pago a los demás en metálico no hereditario, en los términos del art. 1056.II CC)" [STS 28 julio 2020 (RJ 2020, 2477)].

Al mismo tiempo, con la posición asumida en la sentencia, viene a sufrir una modificación sustancial aquella doctrina jurisprudencial que exigía, en casos de liquidación de sociedad de gananciales, que el metálico con que debía compensar un partícipe a otro por la adjudicación del bien, necesariamente debiese existir en el haber partible. Para esto se toma en consideración la fungibilidad del dinero [*vid.* STS 28 julio 2020 (RJ 2020, 2477)]. Pero aquello solo será así cuando la liquidación de dicha sociedad derive de una disolución del vínculo matrimonial y la venta en pública subasta solicitada supusiera prolongar el estado de indivisión de los bienes gananciales y someter las operaciones particionales a un escenario de interinidad. Una interpretación que, se entiende, no sería extensible a la partición de una herencia, en la que uno de los mecanismos de defensa del coheredero que no tiene dinero para hacer frente a la adjudicación del bien es solicitar la subasta. En este último escenario, la regla del párrafo segundo del art. 1062 CC sí vendría a ser de obligatorio cumplimiento.

De ahí que, si, en un caso en concreto, el único bien a repartir entre los cónyuges viene constituido por unas participaciones sociales gananciales, atendiendo a las especiales circunstancias de los partícipes y del caudal partible, tales podrían ser adjudicadas a uno de los cónyuges con la obligación de compensar al otro en metálico, aun cuando aquel hubiese pedido la venta de las participaciones en pública subasta por inexistencia de metálico en el haber partible para abonar el exceso en dinero o por no tener recursos económicos para cumplir con este pago, si se valora que esta petición hace inviable la posibilidad de liquidar inmediatamente la sociedad de gananciales, postergando por más tiempo el estado de indivisión. La sentencia, en cualquier caso, no deja de ser polémica.

BIBLIOGRAFÍA

ALBALADEJO, M.: *Curso de Derecho Civil IV. Derecho de familia*, 10ª ed., Edisofer, Madrid, 2005.

DÍEZ-PICAZO, L. y GULLÓN, A.: *Sistema de Derecho Civil. Derecho de familia. Derecho de sucesiones*, vol. IV, 8ª ed., Tecnos, Madrid, 2003.

LACRUZ BERDEJO, J. L. *et al.*: *Elementos de Derecho Civil IV: Familia*, 5ª ed., Dykinson, Madrid, 2010.

LASARTE, C.: *Derecho de Familia. Principios de Derecho Civil*, tomo VI, 6ª ed., Marcial Pons, Madrid, 2007.

MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C.: "La sociedad de gananciales", en AA.VV.: *Curso de Derecho Civil IV: Derecho de Familia* (coord. por C. MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ), 5ª ed., Edisofer, Madrid, 2016, pp. 249-294.

MARTÍNEZ ESPÍN, P.: "Comentarios al Artículo 1.061 CC", en AA.VV.: *Comentarios al Código Civil* (coord. por R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO), 2ª ed., Aranzadi, Cizur Menor, 2006, p. 1264.

MARTÍNEZ ESPÍN, P.: "Comentarios al Artículo 1.062 CC", en AA.VV.: *Comentarios al Código Civil* (coord. por R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO), 2ª ed., Aranzadi, Cizur Menor, 2006, p. 1265.

MORALEJO IMBERNÓN, N.: "Comentarios al Artículo 1.410 CC", en AA.VV.: *Comentarios al Código Civil* (coord. por R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO), 2ª ed., Aranzadi, Cizur Menor, 2006, pp. 1673-1674.

RAMS ALBESA, J. J.: *La sociedad de gananciales*, Tecnos, Madrid, 1992.

EL DELITO DE IMPAGO DE PENSIONES (ART. 227 CP) TRAS LA ÚLTIMA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO ESPAÑOL (SSTS NÚMS. 346/2020 DE 25 DE JUNIO; 348/2020 DE 25 DE JUNIO; Y 557/2020 DE 29 DE OCTUBRE). COMENTARIO A LA STS NÚM. 348/2020 DE 25 DE JUNIO.

THE CRIME OF NON-PAYMENT OF PENSIONS (ART. 227 CP) AFTER THE LAST JURISPRUDENCE OF THE SPANISH SUPREME COURT (SSTS NO. 346/2020 OF JUNE 25; 348/2020 OF JUNE 25; AND 557/2020 OF OCTOBER 29). COMMENT TO STS NUM. 348/2020 OF JUNE 25.

Rev. Boliv. de Derecho Nº 31, enero 2021, ISSN: 2070-8157, pp. 650-661

Luis DE LAS HERAS VIVES

ARTÍCULO RECIBIDO: 6 de noviembre de 2020
ARTÍCULO APROBADO: 13 de noviembre de 2020

RESUMEN: Estudio del art. 207 CP en clave jurisprudencial.

PALABRAS CLAVE: Delito de impago de pensiones, cuota hipotecaria, requisitos del delito.

ABSTRACT: *Jurisprudential study of art. 207 CP.*

KEY WORDS: *Crime of non-payment of pensions, mortgage payment, crime requirements.*

SUMARIO.- I. CONDUCTA TÍPICA. ESPECIAL REFERENCIA A LA CUOTA HIPOTECARIA COMO PRESTACIÓN TÍPICAMENTE IDÓNEA.- II. SUJETO ACTIVO Y PASIVO.- III. EL PROBLEMA DE LA DETERMINACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL EX DELICTO RECLAMABLE: LA SOLUCIÓN DADA POR LA STS 25 JUNIO 2020.- IV. LA CONDICIÓN OBJETIVA DE PROCEDIBILIDAD TRAS LA STS 29 OCTUBRE 2020.

SUPUESTO DE HECHO

El litigio tiene su origen en los siguientes hechos:

1. El acusado por Sentencia de divorcio de 16 mayo 2012 venía obligado a: i) pago de una prestación de pensión alimenticia a favor de sus dos hijos menores de edad con la cantidad de 700 euros mensuales por hijo; ii) pago de la mitad de la cuota hipotecaria que ascendía a 1.200 euros mensuales.

De esas cuantías el acusado desde el mes de septiembre de 2014 únicamente abonó un mes la cuantía de 300 euros y otro mes de 250 euros.

2. La Sentencia de divorcio de 16 de mayo de 2012, fue modificada el 23 de septiembre de 2016 en la que se redujo la pensión de alimentos a 500 euros por hijo.

3. El acusado durante todo ese tiempo ha tenido capacidad económica suficiente, e, incumplió parcialmente tal obligación, y desde julio de 2015 hasta el 23 de septiembre de 2016, tan sólo abonó la cantidad de 300 euros mensuales (150 euros por cada menor), sin haber satisfecho cantidad alguna de la mitad de la hipoteca.

4. El acusado ingresó 2.300 euros en el juzgado de instrucción el 5 de enero de 2017.

5. En primera instancia, el Juzgado de lo Penal núm. 8 de Madrid condenó por Sentencia de 27 julio 2018, al acusado como "autor penalmente responsable de UN DELITO DE ABANDONO DE FAMILIA del artículo 227.1 del Código Penal, anteriormente definido, con la concurrencia de la atenuante simple de reparación o disminución del daño causado del artículo 21.5 del Código Penal, a la pena

• Luis de las Heras Vives
Doctor en Derecho por la Universidad Autónoma de Barcelona. Vicepresidente del Instituto de Derecho Iberoamericano. Director del Departamento Penal de Durán & Durán Abogados.

de TRES MESES DE PRISIÓN, con la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de condena".

Y en cuanto a la responsabilidad civil:

"- La cantidad que se determine en ejecución de sentencia, por la pensión de alimentos dejada de abonar desde julio de 2015, hasta la sentencia de Modificación de Medidas, de 23 de septiembre de 2016 (periodo en el que tan sólo abonaba 300€, en lugar de 1400 €). Dichas cantidades deberán ser incrementadas con el IPC.

- Las cuotas hipotecarias no abonadas por el acusado desde el mes de septiembre de 2014 hasta el dictado de la sentencia en el presente procedimiento, del que se detraerán 550 euros, que se han abonado el 8 de mayo de 2015 y el 1 de junio de 2015 según se reconoce en la querella (…).

Tanto las cuantías de pensión de alimentos como las cuotas hipotecarias se incrementarán con los intereses del artículo 576 de la LEC.

Todas estas cantidades deberán ser reducidas en 2.300 € por la cantidad consignada de la que deberá hacerse entrega a la perjudicada".

6. En apelación y casación, la Audiencia Provincial confirmó la sentencia de instancia.

DOCTRINA JURISPRUDENCIAL

De conformidad con la sentencia objeto de comentario: "El artículo 227 del Código Penal no efectúa distinción alguna entre pensión por alimentos y cuota hipotecaria, o entre deuda de la sociedad de gananciales y carga del matrimonio. Se refiere a 'cualquier tipo de prestación económica a favor de su cónyuge o sus hijos, establecida en convenio judicialmente aprobado o resolución judicial, en los supuestos de separación legal, divorcio, declaración de nulidad del matrimonio, proceso de filiación, o proceso de alimentos a favor de sus hijos'. Según el Diccionario de la Real Academia Española, prestación significa 'cosa o servicio exigido por una autoridad o convenido en un pacto' o, en su acepción jurídica 'cosa o servicio que alguien recibe o debe recibir de otra persona en virtud de un contrato o de una obligación legal'.

Y, en consecuencia, "las cuotas hipotecarias constituyen una prestación económica en su sentido legal y gramatical, a cargo de ambos progenitores, con independencia de su naturaleza como carga del matrimonio o como deuda de la sociedad de gananciales. Como tal integra el elemento del tipo exigido por el

artículo 227.1 del Código Penal. Y en consecuencia, las cuantías adeudadas por este concepto integran el daño procedente del delito que ha de ser reparado conforme a lo dispuesto en el apartado 3 del mismo precepto".

COMENTARIO

I. CONDUCTA TÍPICA. ESPECIAL REFERENCIA A LA CUOTA HIPOTECARIA COMO PRESTACIÓN TÍPICAMENTE IDÓNEA

El art. 227 CP contempla un delito de pura omisión cuya conducta típica objetiva consiste en:

1º) dejar de abonar durante dos meses consecutivos o cuatro meses no consecutivos cualquier prestación económica establecida judicialmente en favor del cónyuge o los hijos (art. 227.1 CP); o 2º) el impago de cualquier otra prestación económica establecida de forma conjunta o única en los supuestos inmediatamente dichos (art. 227.2 CP)[1].

Y por lo que respecta al tipo subjetivo se exige que dicha omisión sea dolosa, es decir, conocimiento de la obligación de pagar y voluntad de su impago, en consecuencia, en aquellos en los que no es posible objetivamente pagar no puede apreciarse esa voluntad incumplidora[2].

A partir de esta tripartición lógica entorno a la que se estructura la conducta típica: 1º) situación objetiva típica (obligación al pago); 2º) omisión del cumplimiento de la obligación (impago); 3º) siendo posible su cumplimiento (dolo); podemos hacer las siguientes consideraciones:

Por lo que respecta al primer elemento de la estructura típica, se exige que la obligación al pago esté determinada en un convenio judicial aprobado o resolución judicial (autos y sentencias)[3].

1 Los ejemplos habituales son las indemnizaciones de daños y perjuicios a favor del cónyuge de buena fe en casos de nulidad matrimonial (art. 98 CC); rentas vitalicias, usufructos de determinados bienes o la entrega de un capital en bienes o dinero (art. 99 CC).

2 *Vid*., STS 21 noviembre 2011 (*Tol 1213939*).

3 Es importante destacar que un convenio establecido en escritura pública sin aprobación judicial no satisface el presupuesto típico conforme señala la STS 21 noviembre 2011 (*Tol 1213939*): "El debate en el caso que ahora juzgamos se centra por ello en determinar si reúne la condición típica la resolución judicial que despacha ejecución en virtud de la escritura pública por la que el acusado se obligaba, en pacto con la madre de sus hijos y con la que había mantenido relación de afectividad estable, a pagar alimentos a dichos hijos. No es difícil advertir una substancial diferencia entre tal tipo de resolución (despacho de ejecución) que se limita a valorar como título ejecutivo un acuerdo respecto del cual carece el Juzgador de toda facultad de control a efectos de homologación, y la resolución a que se refiere el tipo penal, caracterizada porque la Autoridad Judicial efectúa una valoración de las circunstancias concurrentes para decidir, con buena autonomía respecto a la voluntad de los sujetos obligado y acreedor de la prestación. De ahí que el tipo penal utilice el verbo establecer como contenido de la resolución judicial cuya inobservancia permite calificar de típica la conducta del incumplidor. Es obvio que no tiene igual significación antijurídica el incumplimiento de una obligación únicamente configurada por la voluntad de sujetos contratantes,

Asimismo, también es importante destacar que no necesariamente tiene que ser firme, sino exigible su cumplimiento[4].

Respecto al segundo elemento imprescindible, como hemos dicho, el incumplimiento de la obligación de pago durante dos meses consecutivos, cuatro meses no consecutivos (art. 227.1 CP) o de pago único (art. 227.2 CP), debe puntualizarse que su exigibilidad sólo opera durante cinco años desde que es exigible ex art. 1966 CC.

En este sentido, la sentencia que propicia este comentario, esto es, la STS 25 junio 2020 (*Tol 8001362*), que ha considerado que las cuotas hipotecarias constituyen una prestación económica a cargo de ambos progenitores con independencia de su naturaleza como carga del matrimonio o como deuda de la sociedad de gananciales. Y, como tal, por tanto, integran el elemento del tipo que exige el art. 227.1 CP.

---

sin sometimiento a homologación judicial, que incumplir la obligación que, aunque responda a la misma función, se configura desde la imparcialidad del titular de la potestad jurisdiccional. En el caso presente, la prestación cuya insatisfacción se denuncia es meramente contractual y la ejecución se despacha por resolución jurisdiccional que atiende a los requisitos del título, pero no a los criterios con que la obligación se configura en el marco de los procesos a que la norma penal hace referencia".

4 SAP Castellón 7 septiembre 2007 (*Tol 7508482*): "Si se consulta cualquier base o repertorio de jurisprudencia, numerosa casuística de sentencias de Audiencias aluden a la resolución firme que contenga la obligación económica, más parece que no en un sentido estrictamente procesal de agotamiento de los recursos posibles ni de irremovilidad de lo resuelto, sino de exigencia definitiva indubitada y exacta de la prestación impuesta judicialmente, pues igualmente se podrá comprobar los factum de numerosos precedentes que entre los cómputos de impagos incluyen los débitos de naturaleza provisional de las medidas y los devengados durante la tramitación del pleito matrimonial, sin entrar en más disquisiciones. Cierto es que el TS viene a recoger en la sentencia de fecha 3 de abril de 2001 entre los elementos constitutivos del tipo penal la existencia de una resolución judicial firme o convenio aprobado por la autoridad judicial, más tal precedente se remonta a hechos acontecidos antes de la entrada en vigor de la LEC de 2000, cuyo art. 774.5 vino a disponer que: 'los recursos que, conforme a la ley, se interpongan contra la sentencia no suspenderán la eficacia de las medidas que se hubieren acordado en ésta'. Aquel precedente del Alto Tribunal no tenía el óbice actual del art. 774.5 de la LEC. Por lo tanto, a nuestro juicio no es entendible que, si una obligación de condena impuesta en sentencia civil no está afectada por el efecto suspensivo de un recurso, es decir sea de obligado cumplimiento para el demandado, incluso sin necesidad de interesarlo como ejecución provisional la contraparte, o sea no sujeta a petición previa, el incumplimiento no genere o exponga la rebeldía que implica la detección de la antijuricidad que el tipo penal describe. No tiene el menor sentido otra conclusión, y menos a poco que se reflexione sobre la naturaleza asistencial y alimenticia de las obligaciones que se pretenden ver satisfechas, como impone su perentorio cumplimiento, tan acorde como su perentoria e inaplazable necesidad por quien debe recibirlas. Esa fue la idea del legislador al establecer la excepcionalidad ex art 774.5 de la LEC al efecto suspensivo natural de los recursos, para proteger de manera pronta y rápida a los necesitados Y a partir de ahí, nos resulta difícilmente defendible que alguien pueda sustraerse a la ofensiva penal que contra el incumplidor concede el legislador, precisamente para reforzar la posición de lo más débiles. El precepto ex art 227 parte de un requisito meridianamente claro, que las prestaciones económicas sean exigibles (para nada que tuvieren que ser, además, firmes), y no puede arbolarse aquí que las impuestas en la sentencia de separación el 30 de julio de 2004 no fueran de obligado cumplimiento para el Sr. Arturo. Lo eran, indiscutiblemente por prescripción legal. A partir de ahí, poco queda por decir." Por parte de la jurisprudencia, ante el riesgo derivado de una excesiva aplicación formal del precepto, se ha llegado a apreciar alguna situación de hecho como eximente de esa obligación al pago. Así, por ejemplo, la SAP Madrid 3 abril 2006 *(Tol 6386301)* aborda la cuestión de la eficacia, en relación con este delito, que debe darse a la reconciliación de los cónyuges tras el dictado de una sentencia de separación, que no ha sido puesta en conocimiento del juzgado que conoció dicha separación, entendiendo que "la reconciliación aun no comunicada al Juez civil deja sin efecto las medidas adoptadas en la sentencia de separación, quedando excluido el elemento objetivo del tipo del art. 227 C.P., pudiéndose señalar en esta línea junto a la sentencia citada en el sentencia recurrida (AP Castellón Sec. 2ª S 15-07-98), las SSAP Asturias Sec. 8ª, S 4-2-2005, núm. 27/2005 y 28-3-2003, núm. 65/2003".

Sin embargo, debemos detenernos sobre esta cuestión con independencia de la función nomofiláctica del Tribunal Supremo, pues, aunque este será el criterio fijado por éste, si que conviene analizar la cuestión más prolijamente a la vista de los argumentos esgrimidos.

Solicitaba la defensa, en lo que ahora nos interesa, que "el impago de la hipoteca no puede subsumirse en el delito de abandono de familia tipificado en el artículo 227.1 del Código Penal ya que, a tenor de los artículos 1362 a 1374 y concordantes del Código Civil, la deuda hipotecaria es una carga de la sociedad de gananciales que ambos cónyuges decidieron de común acuerdo pagar por mitad".

Y contra esta objeción esgrime el Alto Tribunal que: "Si acudimos a la jurisprudencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, la sentencia núm. 188/2011, de 28 marzo, sentó como doctrina, seguida después por otras sentencias (SSTS 29 de abril de 2011; 26 de noviembre 2012 y 30 de abril de 2013 de 30 de abril, entre otras), que " (...) el pago de las cuotas correspondientes a la hipoteca contratada por ambos cónyuges para la adquisición de la propiedad del inmueble destinado a vivienda familiar constituye una deuda de la sociedad de gananciales y como tal, queda incluida en el art. 1362.2º del Código Civil y no constituye carga del matrimonio a los efectos de lo dispuesto en los arts. 90 y 91 del Código Civil". Señalando que: "el artículo 227 del Código Penal no efectúa distinción alguna entre pensión por alimentos y cuota hipotecaria, o entre deuda de la sociedad de gananciales y carga del matrimonio. Se refiere a 'cualquier tipo de prestación económica a favor de su cónyuge o sus hijos, establecida en convenio judicialmente aprobado o resolución judicial, en los supuestos de separación legal, divorcio, declaración de nulidad del matrimonio, proceso de filiación, o proceso de alimentos a favor de sus hijos".

Una de las primerísimas voces críticas que surgieron a propósito de la Sentencia, la encontramos en el comentario de FRAGO AMADA a la misma al afirmar con claridad que: "la distribución de la cuota hipotecaria es cosa del procedimiento de disolución del régimen económico matrimonial (o al menos eso dice desde hace años la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, que cita la Sala de lo Penal) y dicho procedimiento no está previsto en el art. 227 CP con lo que, por mucho que lo diga el Pleno del Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, dicho tipo penal no abarca a ese supuesto. En el presente caso, el juzgado del divorcio incluyó erróneamente un pronunciamiento propio de la disolución del régimen económico matrimonial, llevando al error con posterioridad a la Sala de lo Penal"[5].

5 Frago Amada, J.A.: "Polémica sentencia sobre impago de pensiones (227 CP). El Tribunal Supremo incluye el impago de la hipoteca en el delito" en https://enocasionesveoreos.blogspot.com/2020/10/polemica-sentencia-sobre-impago-de.html, 1 de octubre de 2020.

En definitiva, el planteamiento acogido por nuestro Tribunal Supremo es una extensión del tipo, pues las amortizaciones del crédito hipotecario no tienen las connotaciones de deberes asistenciales de sustento y, por tanto, su impago debe tener efectos sobre la liquidación de la sociedad de gananciales. Esto es de una obviedad palmaria, pues el pago del préstamo hipotecario no tiene nada que ver con los deberes asistenciales sobre lo que irradia el bien jurídico, sino que es simplemente una inversión de los adquirentes (del bien adquirido), de forma y manera que dictar una sentencia condenatoria en estos términos es "prisión por deudas". Y esta peligrosa doctrina fijada por el Tribunal Supremo nos podría llevar al absurdo de condenar por el delito de impago a quien no pagara, por ejemplo, las cuotas de la comunidad de propietarios o cualquier otra disparatada prestación económica que se fijara en la sentencia de separación o divorcio (por error o por las razones que fueren) y que nada tuviera que ver con el bien jurídico protegido en el delito de impagos, pues automáticamente pasaría a integrar una prestación incardinable en el art. 227 CP.

Por último, en lo que respecta a la capacidad de actuar conviene desterrar, pues así lo ha dicho el Tribunal Supremo, que este delito contemple un supuesto encubierto de prisión por deudas[6]. Sin embargo, aunque pareciera obvio que corresponde a la acusación probar, a través de cualquier medio probatorio

6 STS 13 febrero 2001 (*Tol 31341*): "La necesaria culpabilidad del sujeto dentro de los inexcusables principios culpabilísticos del artículo 5 del Código Penal, con la concurrencia, en este caso de omisión dolosa (art. 12 CP), del conocimiento de la obligación de pagar y de la voluntariedad en el impago; voluntariedad que resulta inexistente en los casos de imposibilidad objetiva de afrontar la prestación debida. En tal sentido esta Sala ya declaró en Sentencia de 28 de julio de 1999 que el precepto penal aplicado (art. 227 CP 95) ha sido doctrinalmente criticado desde diversas perspectivas. La más relevante, porque podría determinar su inconstitucionalidad, es la de que supusiese una forma encubierta de 'prisión por deudas'. Ahora bien la prisión por deudas se encuentra expresamente prohibida por el artículo 11 del Pacto Internacional de Derechos civiles y Políticos de Nueva York, de 19 de diciembre de 1966 (BOE 30 de abril de 1977), que dispone que 'nadie será encarcelado por el solo hecho de no poder cumplir una obligación contractual', precepto que se integra en nuestro Ordenamiento Jurídico, conforme a lo dispuesto en los artículos 10.2° y 96.1° de la Constitución Española. Esta norma obliga a excluir de la sanción penal aquellos supuestos de imposibilidad de cumplimiento ('no poder cumplir'), solución a la que ha de llegarse igualmente desde la perspectiva de la cláusula general de salvaguardia propia de los comportamientos omisivos, conforme a la cual el delito únicamente se comete cuando se omite la conducta debida pudiendo hacerla". Y, más adelante, continúa diciendo nuestro Alto Tribunal que: "Lo anteriormente expuesto ha de completarse en un doble sentido: A) En los casos de cumplimiento parcial del débito económico debe rechazarse cualquier formal automatismo que convierta en acción típica todo lo que no sea un íntegro y total cumplimiento de la prestación económica. La antijuridicidad material de la conducta –y no sólo la antijuridicidad formal de su subsunción típica– exige la sustancial lesión del bien jurídico protegido. De ahí que ni todo abono parcial de la deuda conduce a la atipicidad de la conducta, ni ésta se convierte en delictiva cuando lo insatisfecho es de tan escasa importancia en relación con lo pagado que resulta irrelevante para integrar el delito del artículo 227.1° del Código Penal. Tal cuestión habrá de determinarse en caso concreto en función de las circunstancias concurrentes, excluyendo interpretaciones que supongan la consagración de la prisión por deudas con olvido de que en definitiva se trata de una modalidad típica del 'abandono' de familia. B) En segundo lugar, de la inexistencia del delito en los casos de imposibilidad de pago no se sigue que la acusación deba probar, además de la resolución judicial y de la conducta omisiva, la disponibilidad de medios bastantes por el acusado para pagar, pues siendo este dato uno de los factores a valorar en la resolución que establezca la prestación, y siendo susceptible de actualización o alteración por modificación de las circunstancias, el hecho mismo de que se haya establecido judicialmente y se mantenga su importe permite inicialmente inferir de manera razonable la posibilidad de pago por el deudor y por lo mismo la voluntariedad de su omisión. Ahora bien: esto no obsta la posibilidad de que por el acusado se pruebe la concurrencia de circunstancias que hayan hecho imposible el pago, acreditándose así la ausencia de dolo en el impago de la prestación debida".

admitido en derecho, la capacidad económica del acusado, esta es una posición no unánime[7], pues también son numerosas las resoluciones que entienden que la falta de capacidad económica, en tanto que causa de inexigibilidad, corresponde su prueba a quien la alega, esto es, al acusado[8].

A su vez, para quienes consideran que la carga de la prueba de la capacidad económica recae sobre el acusador, esta también se divide en dos posturas. La primera de ellas, que la capacidad económica puede presumirse ***iuris tantum*** del hecho que el acusado no haya instado la modificación de la obligación a la que viene obligado[9]. Y la segunda que considera que si bien puede deducirse a través de indicios, éstos corresponden ser probados por la acusación[10].

II. SUJETO ACTIVO Y PASIVO

Se trata de un delito especial propio que sólo puede ser cometido por quien está obligado (sujeto activo) al pago de las prestaciones en favor de sus hijos o del cónyuge (sujeto pasivo).

En lo que respecta a los hijos, están protegidos tanto los matrimoniales como extramatrimoniales[11].

7 SAP Barcelona 20 mayo 2015 (*Tol 5172611*): "Entrando ahora a examinar el fondo del recurso de apelación formalizado por Don Miguel Ángel, y según resulta del examen del primero de los fundamentos de derecho de la sentencia apelada, sobre derivar al acusado la carga de probar su inocencia, el Juez de lo Penal no relaciona una sola prueba que acredite la capacidad económica de aquél para hacer frente al pago de la pensión alimenticia, haciendo descansar su veredicto condenatorio en la presunción de que no resulta creíble, según las reglas de la lógica y la experiencia común, que el acusado no hubiera percibido ningún tipo de ingreso durante más de dos años, pero sin relacionar los indicios en que ha basado tal presunción y olvidando que las reglas de la lógica y la razón y las máximas de la experiencia humana común son los parámetros de valoración concatenada de los indicios que pudiera haber, sin que el hecho de poseer diez tipos de carnet de conducir y no haber instado la modificación puedan justificar por aplicación de los precitados parámetros, como única conclusión posible, el que Don Miguel Ángel dispuso de la capacidad económica suficiente para atender, siquiera fuera parcialmente, el pago de la pensión alimenticia que debía satisfacer. Piénsese que para la no perpetración de este delito no es preciso que el obligado/a al pago de la pensión alimenticia viva en la calle y de la caridad pública, sino que sus ingresos, descontados los gastos mínimos e indispensables para vivir, no le permitan disponer de cantidad alguna que destinar al pago de la pensión alimenticia, sin que en el presente caso el Juez de lo Penal haya relacionado prueba alguna, testifical, pericial o documental que o bien acredite directamente la capacidad económica del acusado, o bien acredite hechos que sirvan de base a un posterior juicio de inferencia que permita concluir afirmando unívocamente la culpabilidad de aquél. Con base en todas las consideraciones hasta aquí efectuadas el recurso debe, pues, ser estimado."

8 Así es ilustrativo el razonamiento de la SAP Zaragoza 6 mayo 2015 (*Tol 5009317*): "el recurrente no ha probado suficientemente, dado el automatismo de la obligación de prestar alimentos, y a ello venía obligado, circunstancias que pudieran justificar la imposibilidad de abonar las cantidades a que venía obligado, y la carga de la prueba pesa en su contra, por lo que debe inferirse racionalmente que tenía posibilidad de pago de la pensión impuesta, o de parte de ella, máxime cuando al dejar de trabajar cobra un subsidio por desempleo, y por lo mismo la voluntariedad de su omisión".

9 Por todas, *vid. cit.* STS 13 febrero 2001.

10 Por ejemplo, la SAP Madrid 18 enero 2008 (*Tol 1281651*) considera suficiente prueba para enervar la presunción de inocencia la declaración sobre la capacidad económica de la exmujer e hijas del acusado.

11 STC 67/1998, de 18 de marzo (*Tol 80924*).

En cuanto al cónyuge, se ha señalado que expresamente "el tipo penal cuya aplicación se postula en el siguiente motivo, circunscribe el comportamiento tipificado al impago de prestaciones a favor de los hijos o del cónyuge del obligado. Así pues, la existencia de una obligación de alimentos a favor de otra persona en la que no concurre aquella calidad resulta intranscendente para el tipo penal invocado. Y no la reúne la persona que mantiene una relación de afectividad equiparable a la de esposa. Porque, aunque esta relación se equipara en consecuencias jurídicas en múltiples presupuestos, la equiparación la hace o la propia ley o no implica una ampliación de una norma represiva. En este caso, ampliar el presupuesto típico sería analogía proscrita para instaurar una consecuencia penal de ampliación del presupuesto de la pena"[12].

III. EL PROBLEMA DE LA DETERMINACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL EX DELICTO RECLAMABLE: LA SOLUCIÓN DADA POR LA STS 25 JUNIO 2020

Señala el art. 227.3 CP que "La reparación del daño procedente del delito comportará siempre el pago de las cuantías adeudadas". Sin embargo, uno de los problemas prácticos clásicos a la hora de fijar la cuantía adeudada era si el límite a su reclamación venía fijado por el auto de procedimiento abreviado, el escrito de acusación o a la fecha de juicio oral.

Esta cuestión ha sido finalmente zanjada por la reciente STS 25 junio 2020 (*Tol 8020816*) que señala en relación con el art. 227.1 y 3 CP que: "El periodo objeto de enjuiciamiento debe comprender hasta el momento procesal del acto del juicio oral, ya que ningún menoscabo a la defensa del acusado puede ocasionar el hecho de que todos los impagos ocurridos hasta ese momento se incorporen a la pretensión acusatoria planteada tras la práctica de las pruebas en el juicio oral, pues en tales casos el acusado pudo perfectamente defenderse de esa imputación".

Señalándose así que: "en este tipo de delitos de *tracto sucesivo acumulativo,* se puede producir la extensión de los hechos hasta el mismo momento del Juicio Oral, siempre que las acusaciones así lo recojan en sus conclusiones definitivas y el acusado se haya podido defender adecuadamente de tal acusación. En aplicación de esta tesis al supuesto concreto de autos, el límite temporal de los hechos a enjuiciar se contendría en dicho escrito de conclusiones y modificado el mismo en el acto del juicio, no cabe entender que se produzca indefensión, ya que conforme a la configuración de este tipo penal la acreditación de la falta de posibilidades para el abono compete al imputado y no consta que solicitase –ex art 788.4 de la L.E. Criminal– la suspensión ante la modificación de la calificación".

12 STS 21 noviembre 2007 (*Tol 1213939*)

IV. LA CONDICIÓN OBJETIVA DE PROCEDIBILIDAD TRAS LA STS 29 OCTUBRE 2020

El art. 228 CP exige la denuncia del agraviado o de su representante legal. Y para el caso de que este sea menor de edad, persona con discapacidad necesitada de especial protección o una persona desvalida, también podrá denunciar el Ministerio Fiscal.

Tradicionalmente el concepto de "agraviado" se ha interpretado por la doctrina mayoritaria y un amplio sector jurisprudencial, restrictivamente para que, en aquellos casos de mayoría de edad, solo éste pueda cumplir el requisito de procedibilidad[13].

Sin embargo, la reciente STS 29 octubre 2020[14] ha considerado que el término "agraviado" del art. 228 CP, en una interpretación teleológica y amplia, debe incluir tanto a los titulares o beneficiarios de la prestación económica debida, como al progenitor que convive con el hijo mayor de edad y sufraga los gastos no cubiertos con la pensión impagada. En este sentido, en orden a su fundamento, se concluye por el Alto Tribunal que "no existe duda de que el progenitor conviviente con el alimentista es una de las personas que soporta las consecuencias inmediatas de la actividad criminal, llevada a cabo por el otro progenitor que impaga la pensión alimenticia a los hijos, por lo que debe ser considerado agraviado a los efectos de tener legitimación para formular la preceptiva denuncia e instar así su pago en vía penal".

Esta interpretación acogida por el Tribunal Supremo incurre en una confusión entre lo que la propia sentencia denomina el "hecho criminal" y el requisito de procedibilidad o perseguibilidad, puesto que, el art. 228 CP no purifica el desvalor de la conducta y su resultado, sino que impone cumplir un requisito formal para que el *ius puniendi* pueda reaccionar frente a la misma. Con la tesis expansiva acogida por el Pleno del Tribunal Supremo, simple y llanamente se vacía de contenido el mandato del legislador previsto en el art. 228 CP, esto es, que, en caso de mayoría de edad del beneficiario de la prestación económica debida, este tuviera que interponer denuncia, salvo que fuese una persona con discapacidad necesitada de especial protección o una persona desvalida.

13 SAP Barcelona 8 marzo 2005 (*Tol 637309*).

14 STS 29 octubre 2020 (ECLI: ES:TS:2020:3554).

LA CONSTITUCIÓN DEL PARLAMENTO EN CASO DE PRESUNTAS IRREGULARIDADES ELECTORALES: COMENTARIO A LA STEDH DE 10 DE JULIO DE 2020. CASO MUGEMANGANGO C. BÉLGICA

THE CONSTITUTION OF PARLIAMENT IN CASE OF ALLEGED ELECTORAL IRREGULARITIES: COMMENT ON THE ECHR JUDGEMENT OF 10 JULY 2020. CASE MUGEMANGANGO V. BELGIUM

Rev. Boliv. de Derecho Nº 31, enero 2021, ISSN: 2070-8157, pp. 662-673

Jorge Antonio
CLIMENT
GALLART

ARTÍCULO RECIBIDO: 2 de septiembre de 2020
ARTÍCULO APROBADO: 13 de noviembre de 2020

RESUMEN: El TEDH analiza, a través de esta sentencia, una demanda basada en la vulneración de los derechos a unas elecciones libres y a un recurso efectivo, cuyo origen se encuentra en una serie de presuntas irregularidades electorales. El órgano nacional que debía resolver esta cuestión no era imparcial, y el procedimiento de denuncia carecía de garantías adecuadas y suficientes.

PALABRAS CLAVE: Parlamento; candidato; derecho a elecciones libres; diputado.

ABSTRACT: *The ECHR analyzes, through this judgment, a claim based on the violation of the rights to free elections and to an effective remedy, the origin of which is found in a series of alleged electoral irregularities. The national body that had to resolve this issue was not impartial, and the complaint procedure lacked adequate and sufficient guarantees.*

KEY WORDS: *Parliament; candidate; right to free elections; Member of Parliament.*

SUMARIO.- I. EL DERECHO A UNAS ELECCIONES LIBRES Y LA POSIBILIDAD DE DENUNCIAR LAS IRREGULARIDADES ELECTORALES.- 1. Reconocimiento internacional.- 2. Especial referencia al Consejo de Europa.- II. LA AUTONOMÍA PARLAMENTARIA.- III.- TRIPLE ANÁLISIS DEL TEDH.- 1. Imparcialidad del órgano decisor.- 2. Discrecionalidad circunscrita del órgano decisor.- 3. Decisión justa, objetiva y suficientemente razonada.- IV. DERECHO A UN RECURSO EFECTIVO.- V. CONCLUSIONES.

SUPUESTO DE HECHO

La Gran Sala del TEDH resolvió, el pasado 10 de julio de 2020, el caso MUGEMANGANGO contra BÉLGICA.

Los hechos se pueden resumir del siguiente modo: A las elecciones al Parlamento valón de 2014 se presentó el demandante, encabezando la lista de la coalición política PTB-GO por el distrito electoral de Charleroi, en la provincia de Henao.

Tras las elecciones, y ante las sospechas de que podía haber fraude en el recuento de votos, el candidato de PTB-GO decidió ponerse en contacto con las Juntas electorales de la circunscripción de Charleroi y de la provincia de Henao, solicitando una revisión de las papeletas. Las Juntas electorales rechazaron la solicitud, alegando que no eran competentes para tomar tales medidas y le indicaron que acudiera al Parlamento valón. Así lo hizo. Arguyó que las irregularidades en cuestión podrían haber afectado la distribución de escaños entre las diferentes listas electorales, pudiendo haber llegado a obtener la coalición PTB-GO uno o dos escaños por la provincia de Henao, de no darse las mismas.

En apoyo a su solicitud, presentó diversos artículos de prensa y testimonios presentes en el momento del recuento, que afirmaron que las personas encargadas de llevarlo a cabo estuvieron desempeñando su labor durante más de doce horas seguidas, siendo que el cansancio provocó errores en el conteo, o que se encontraron algunas papeletas varios días después de las elecciones, y no se pudo determinar si se habían contado o no, entre otras irregularidades.

La queja fue examinada por el Comité de Examen de Credenciales del Parlamento valón. Dicho órgano, tras distintas deliberaciones, consideró que la

• Jorge Antonio Climent Gallart
Profesor Ayudante Doctor de Derecho Internacional Público de la Universitat de València. Doctorado con mención "cum laude". Actualmente abogado no ejerciente. La labor investigadora llevada a cabo se ha centrado en la defensa de los Derechos Humanos, especialmente de los llamados Derechos de Primera Generación. Sobre este tema han sido publicados diversos trabajos en revistas nacionales e internacionales. Responsable de la Sección de jurisprudencia del TEDH del Instituto de Derecho Iberoamericano.

reclamación del representante de la coalición PTB-GO era admisible y fundada y propuso que hubiese un nuevo recuento y, mientras, que no se aprobaran las credenciales de los candidatos elegidos por la provincia de Henao.

Tras presentar el Comité de Credenciales sus conclusiones al Parlamento Valón, en su sesión constitutiva, se celebró el oportuno debate, siendo que la mayoría votó a favor de rechazar las consideraciones del Comité. Cabe destacar que también votaron los parlamentarios elegidos en la circunscripción del demandante, es decir, aquellos que tenían un interés personal y directo en que nada cambiase. Al fin y al cabo, si se procedía a un nuevo recuento, posiblemente algunos de ellos se podrían quedar sin escaño. Para que no quedase ninguna duda sobre cuál era la posición del Parlamento valón al respecto, el mismo día se votó una moción para aprobar todas las credenciales de los representantes elegidos, siendo adoptada por mayoría.

Entre las diferentes excusas que dieron los votantes mayoritarios, se encuentran las siguientes: que lo denunciado por el candidato, aunque lamentable, podría haber ocurrido en cualquier otra circunscripción e incluso en cualquier otro proceso electoral; que los testigos no hicieron mención alguna sobre estas irregularidades en el momento del recuento; que los artículos de prensa no constituían prueba suficiente; o que el número de votos en blanco o deteriorados fue inferior al de las anteriores elecciones.

DOCTRINA JURISPRUDENCIAL

Aunque el TEDH resuelve los dos motivos de amparo, como son las presuntas violaciones de los arts. 3 del Protocolo número 1 y 13 CEDH, este estudio se centrará fundamentalmente en el primer artículo, por cuanto la vulneración del segundo se resuelve de manera breve y a la luz del anterior.

Dos son las cuestiones que se tratan principalmente en la presente sentencia: el contenido y alcance del art. 3 del Protocolo número 1 y el principio de autonomía parlamentaria.

Para el TEDH, la democracia constituye un elemento fundamental del orden público europeo. Atendiendo a lo anterior, considera que los derechos garantizados bajo el art. 3 del Protocolo número 1 son cruciales para establecer y mantener los fundamentos de una democracia efectiva, regida por el Estado de Derecho.

Este art. 3 establece un mandato de obligaciones positivas para los Estados, a fin de garantizar que el cuerpo legislativo sea el reflejo fiel del pluralismo de la sociedad a la que representa. Estas pasan porque se celebren elecciones libres, en intervalos razonables, por votación secreta, y en condiciones que se garantice

la libertad de opinión de la ciudadanía. En todo caso, el CEDH no establece la obligación de introducir un sistema electoral específico.

Además, del art. 3 del Protocolo número 1 se derivan ciertas obligaciones de carácter procesal. Así pues, se exige que el Estado disponga de un sistema interno para el examen efectivo de las denuncias y apelaciones individuales sobre cuestiones electorales. La existencia de dicho sistema es una de las garantías esenciales de las elecciones libres y constituye una salvaguarda importante contra la arbitrariedad en el proceso electoral. Gracias al mismo, se garantiza el ejercicio efectivo de los derechos sufragio activo y pasivo y coadyuva a mantener la confianza general en la actuación de las autoridades públicas. De hecho, los derechos reconocidos en el art. 3 del Protocolo número 1 serían ilusorios si, durante el proceso electoral, las presuntas irregularidades no pudieran ser revisadas eficazmente por un organismo nacional imparcial, cuya naturaleza no tiene por qué ser necesariamente judicial. Las competencias de dicho órgano deberían venir precisamente circunscritas, a fin de evitar una discrecionalidad excesiva y las decisiones que tomase deberían ser justas, objetivas y suficientemente razonadas.

El TEDH, por tanto, se limitará a comprobar si las anteriores obligaciones positivas que se derivan para el Estado se han cumplido. En virtud del principio de subsidiariedad, lo que no hará la Corte Europea es asumir una función de investigación para tratar de determinar si se produjeron las presuntas irregularidades o si estas fueron capaces de influir en el resultado de las elecciones.

En relación con la autonomía parlamentaria, el TEDH, nos recuerda que el Parlamento tiene derecho a desarrollar sus funciones libremente sin que los otros Poderes del Estado puedan inmiscuirse. Ahora bien, dicha discreción no es ilimitada, sino que debe ser compatible con los principios de democracia efectiva y de legalidad (propio del Estado de Derecho), en virtud del cual, todos los poderes públicos están sometidos a la ley.

COMENTARIO

I. EL DERECHO A UNAS ELECCIONES LIBRES Y LA POSIBILIDAD DE DENUNCIAR LAS IRREGULARIDADES ELECTORALES.

1. Reconocimiento internacional.

El derecho a las elecciones libres viene recogido, en primer lugar, en la propia Declaración Universal de los Derechos Humanos, cuyo art. 21.3 señala que "La voluntad del pueblo es la base de la autoridad del poder público; esta voluntad se expresará mediante elecciones auténticas que habrán de celebrarse

periódicamente, por sufragio universal e igual y por voto secreto u otro procedimiento equivalente que garantice la libertad del voto".

En el mismo sentido, cabe mencionar el art. 25 b) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), que recoge el derecho a "votar y ser elegidos en elecciones periódicas, auténticas, realizadas por sufragio universal e igual y por voto secreto que garantice la libre expresión de la voluntad de los electores". En el punto 20 de su Observación General número 25, el Comité de Derechos Humanos, que es el órgano encargado de controlar el cumplimiento del PIDCP por parte de los Estados, y a su vez, máximo intérprete del mismo, indicó que: "Debe establecerse una junta electoral independiente para que supervise el proceso electoral y garantice que se desarrolla en forma justa e imparcial (…) Debe haber un escrutinio de los votos y un proceso de recuento independientes y con posibilidad de revisión judicial o de otro proceso equivalente a fin de que los electores tengan confianza en la seguridad de la votación y del recuento de los votos".

La Organización para la Seguridad y la Cooperación en Europa (OSCE), a través de su Oficina de Instituciones Democráticas y Derechos Humanos (OIDDH), también se ha manifestado de manera expresa sobre la posibilidad de poder denunciar las irregularidades electorales en su informe de octubre de 2003 titulado "Compromisos existentes para las elecciones democráticas en los Estados participantes de la OSCE". Así, en el punto 10.3 del mencionado informe se recoge el derecho de los candidatos a presentar quejas sobre cualquier incidente surgido en el proceso electoral, debiendo las mismas ser escuchadas por un órgano administrativo o judicial competente. Además, se reconoce el derecho del candidato a poder apelar ante el tribunal correspondiente.

Es más, en el caso concreto de Bélgica, la OIDDH ha tenido la oportunidad de pronunciarse manifestando que la atribución al Parlamento de la potestad para resolver cualquier incidente electoral, sin posibilidad de revisión judicial, es contraria a los compromisos de la OSCE y a las buenas prácticas internacionales. En este sentido, recomienda a las autoridades belgas que consideren la adopción de medidas dirigidas a proporcionar una resolución imparcial a las disputas electorales, incluida la posibilidad de apelar ante un tribunal. Y es que como muy bien señala la OIDDH, que quienes deban resolver cualquier impugnación electoral sean los mismos que han ganado las elecciones pone en cuestión su imparcialidad, así como la efectividad del remedio disponible para los reclamantes. Así viene recogido en los informes de la OIDDH sobre las elecciones federales belgas de los años 2007 y 2014.

2. Especial referencia al Consejo de Europa.

El Consejo de Europa es una organización paneuropea que se crea en 1949 con el objetivo fundamental de facilitar una unión más estrecha entre sus miembros basada en la promoción de una serie de valores como son la democracia, el Estado de Derecho y el respeto a los Derechos Humanos.

De todos los textos normativos adoptados por esta Organización Internacional, debemos destacar el Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (CEDH) y los Protocolos que lo complementan. En relación con la cuestión que estamos analizando, cabe traer a colación el art. 3 del Protocolo número 1, que, bajo el título "Derecho a elecciones libres", indica literalmente que: "Las Altas Partes Contratantes se comprometen a organizar, a intervalos razonables, elecciones libres con escrutinio secreto, en condiciones que garanticen la libre expresión de la opinión del pueblo en la elección del cuerpo legislativo". Como ya sabemos, es el TEDH el máximo intérprete del CEDH. Por tanto, deberemos acudir a su jurisprudencia para dotar de contenido y alcance este derecho.

En el seno del Consejo de Europa, merece especial atención la Comisión Europea para la Democracia por el Derecho (o también conocida como Comisión de Venecia, por ser la ciudad en la que se instituyó y en la que se reúnen sus miembros cuatro veces al año). Se trata de un órgano consultivo del Consejo de Europa, integrado en su mayor parte por expertos académicos constitucionalistas o internacionalistas, cuyas tres principales áreas de asesoramiento son: los Derechos Fundamentales y las Instituciones Democráticas; la Justicia Constitucional y la Justicia Ordinaria y, por último, las elecciones, los referéndums y los partidos políticos. Asesora a los distintos órganos del Consejo de Europa, a los diferentes Estados miembros, o, incluso a otras organizaciones internacionales, como pueda ser la Unión Europea o la OSCE.

Por lo que a nosotros interesa, cabe citar el Código de Buenas Prácticas en Asuntos Electorales, que toma como referencia los estudios realizados por la Comisión de Venecia, y que fue aprobado en 2003 por la Asamblea Parlamentaria y el Congreso de Autoridades Locales y Regionales del Consejo de Europa. En él se realizan algunas consideraciones relevantes respecto del tema que estamos tratando. Así pues, en el apartado 3.3 se recoge la necesidad de que el Estado provea de un sistema efectivo de apelación en materia electoral. Ello supone, entre otras consideraciones, que se debe garantizar la existencia de un órgano que estudie las quejas de los afectados; el procedimiento de revisión debe ser simple y carente de formalismo; todos los candidatos y electores deben poder presentar las oportunas quejas; el procedimiento deberá garantizar el derecho de audiencia del afectado; tanto dicho procedimiento como los poderes y responsabilidades

del órgano revisor deben venir claramente preestablecidos por la ley; dicho organismo debe tener autoridad sobre asuntos tales como el derecho al voto, los registros electorales, la elegibilidad, la validez de las candidaturas, el cumplimiento adecuado de las normas de la campaña electoral y el resultado de las elecciones; dicho órgano debe tener autoridad además para poder anular aquellas elecciones donde las irregularidades puedan haber afectado el resultado; debe ser posible anular todos los resultados electorales o simplemente los de una circunscripción o mesa electoral; y en caso de anulación, se debe convocar unas nuevas elecciones en el área afectada.

II. LA AUTONOMÍA PARLAMENTARIA.

Históricamente, la autonomía parlamentaria parte de la idea de que el Parlamento es un cuerpo soberano autónomo cuyos actos no están (ni deben estar) sujetos a la revisión de ningún otro Poder del Estado, tampoco del Judicial. De ahí que se hable de inmunidad parlamentaria frente al Poder Judicial. Su razón de ser la encontramos en la necesidad de garantizar la independencia del Parlamento frente a cualquier poder extramuros del mismo. Se pretendía asegurar su libre funcionamiento, evitando que sus labores fuesen judicializadas. Su origen lo encontraríamos en el parlamentarismo inglés del siglo XVII. Posteriormente tuvo una buena acogida por los teóricos de las revoluciones liberales, cuyos estudios dieron lugar al establecimiento de la división de poderes. Con ella se pretendía atribuir a cada uno de los Poderes del Estado unas competencias autónomas, terminando así con la acumulación del mismo que había supuesto el Antiguo Régimen.

Sin embargo, en un Estado de Derecho esta autonomía parlamentaria no es ilimitada. Así pues, debe respetar un principio fundamental, como es el de legalidad, en virtud del cual, todos los Poderes del Estado están sometidos a la ley en su proceder diario. Por tanto, no deberemos confundir autonomía parlamentaria con capacidad para actuar al margen de la legalidad, porque en ese caso estaríamos confundiendo inmunidad con impunidad.

Además, el TEDH ha insistido en el otro límite a la autonomía parlamentaria, como es el de la democracia efectiva. En este sentido, el establecimiento de un procedimiento efectivo que asegure que cualquier irregularidad electoral va a poder ser estudiada por un órgano imparcial, tiene como finalidad principal garantizar la legitimidad del Parlamento salido de las urnas, y así conseguir preservar la confianza del electorado en el sistema democrático. Estas salvaguardas aseguran el funcionamiento adecuado de una democracia efectiva.

En el caso que estamos analizando, el Parlamento valón, con la configuración dada por las últimas votaciones, fue el órgano encargado de resolver las denuncias

sobre presuntas irregularidades electorales que podían tener trascendencia sobre la validez de la elección de algunos de sus miembros. Es decir, el Parlamento se acabó convirtiendo en juez y parte. En este sentido, no podemos obviar que aquellos diputados que tenían un interés directo en que no prosperaran dichas denuncias, pues su acceso al acta de representante dependía de ello, también participaron en la votación por la que se desestimaron las reclamaciones.

III. TRIPLE ANÁLISIS DEL TEDH.

El TEDH analiza si la solución dada por las autoridades nacionales resulta compatible con el art. 3 del Protocolo 1. Para ello, se centra en tres cuestiones: las garantías de imparcialidad proporcionadas por el órgano decisor; la discrecionalidad de la que goza el órgano decisor; y las garantías de una decisión justa, objetiva y suficientemente razonada.

1. Imparcialidad del órgano decisor.

El TEDH parte de la idea de que con el art. 3 del Protocolo 1, se busca fortalecer la confianza de los ciudadanos en el Parlamento garantizando su legitimidad democrática. Para ello, resulta imprescindible que el órgano que vaya a resolver cualquier incidente electoral no solo sea imparcial, sino que, además, respete la apariencia de imparcialidad en su proceder.

La garantía de imparcialidad tiene por objeto asegurar que la decisión tomada se base únicamente en consideraciones fácticas y jurídicas, y no políticas. El examen de una queja sobre los resultados electorales no debe convertirse en un foro para la lucha política entre diferentes partidos. En este sentido, el TEDH nos recuerda que los diputados no pueden ser políticamente neutrales por definición. En Bélgica, donde el Parlamento es el único juez que se puede pronunciar sobre la validez de la elección de sus miembros, se debe prestar especial atención a las garantías de imparcialidad establecidas en relación con el procedimiento para examinar las presuntas irregularidades electorales.

En este caso concreto, en la votación que resolvía la queja, participaron miembros de la circunscripción del demandante, que tenían un interés directo en que se desestimara dicha reclamación, pues su acceso al acta de diputado dependía de ello. Estas personas debieron apartarse o ser apartadas en el momento de votar sobre una cuestión respecto de la que ellas no eran imparciales.

Por tanto, para el TEDH no cabe duda de que el Parlamento no ofreció garantía alguna de imparcialidad, ni tan siquiera, de apariencia de imparcialidad.

2. Discrecionalidad circunscrita del órgano decisor.

Para el TEDH, la discrecionalidad de la que goza el órgano decisor debe estar circunscrita, con suficiente precisión, por la ley. Esta es una exigencia derivada del principio de legalidad, propio del Estado de Derecho.

En este caso, la Corte Europea considera que la legislación belga no establecía con suficiente claridad los criterios que debía aplicar el Parlamento en relación a una queja como la del demandante. Además, dicha normativa interna tampoco especificaba las circunstancias en las que debería haberse llevado a cabo un recuento o la elección debería haberse declarado nula. El TEDH también tiene en cuenta que el propio Parlamento valón admitió que era la primera vez que se encontraba ante una impugnación como esta, y que, dado que la legislación interna no establecía un procedimiento lo suficientemente preciso para impugnar la validez de las elecciones, es por lo que habían articulado un procedimiento ex profeso para que el demandante no sufriera indefensión.

Por todo lo anterior, el TEDH acaba considerando que la discrecionalidad de la que goza el Parlamento valón no viene circunscrita con la suficiente precisión por la legislación nacional.

3. Decisión justa, objetiva y suficientemente razonada.

Para el TEDH, los reclamantes deben tener la oportunidad de expresar sus puntos de vista y presentar cualquier argumento que consideren relevante para la defensa de sus intereses mediante un procedimiento escrito o, en su caso, en una audiencia pública. De esta manera, se protege su derecho a un procedimiento contradictorio. Además, en la resolución del órgano decisor debe quedar claro que los argumentos de los reclamantes han recibido una evaluación adecuada y una respuesta apropiada.

En este caso, el TEDH parte de la conclusión anterior relativa a que la legislación interna no establecía un procedimiento lo suficientemente preciso para impugnar la validez de las elecciones. Así, las garantías procesales que le reconocieron al denunciante fueron el resultado de decisiones discrecionales ad hoc, no pudiendo, por tanto, ser consideradas como accesibles o previsibles en su aplicación.

En cuanto a la decisión final del Parlamento valón, el TEDH considera que en la misma no se explica por qué se había decidido apartar de la opinión del Comité de Credenciales, a pesar de que este órgano consideró la queja como admisible y fundada, y, en consecuencia, recomendó el recuento de las papeletas de la circunscripción de Charleroi.

Por todo lo anterior, el TEDH concluye que la actuación del Parlamento valón en relación a la reclamación presentada por el demandante, no respetó las exigencias que se derivan del art. 3 del Protocolo número 1.

IV. DERECHO A UN RECURSO EFECTIVO.

Por último, el demandante también alega que se le ha vulnerado el derecho a un recurso efectivo reconocido en el art. 13 CEDH.

De manera muy breve, puesto que se basa en lo dicho previamente, el TEDH estima también esta pretensión. Así pues, comienza argumentando que lo importante no es tanto que la persona afectada pueda acudir a un tribunal o a otro organismo, sino que el recurso sea verdaderamente efectivo. Se entenderá por tal, aquel que podría haber evitado la presunta vulneración o su continuación, o le hubiese otorgado al reclamante una reparación adecuada por una violación ya consumada.

En el presente caso, dado que el procedimiento no proporcionó garantías adecuadas y suficientes que aseguraran el examen efectivo de las quejas del solicitante, el TEDH acaba concluyendo que este remedio tampoco puede considerarse "efectivo" en el sentido del art. 13 de la Convención.

V. CONCLUSIONES.

1ª) La democracia constituye un elemento fundamental del "orden público europeo".

2ª) El derecho a unas elecciones libres se encuentra en la base de toda democracia efectiva.

3ª) Para que el derecho a unas elecciones libres no sea meramente ilusorio, se ha de garantizar, junto a la posibilidad real y efectiva de poder votar y ser elegible, la existencia tanto de un procedimiento a través del cual se puedan denunciar las posibles irregularidades electorales, como la de un órgano imparcial que pueda estudiar dichas quejas desde una posición neutral. Las competencias de este órgano deben venir delimitadas con precisión, a fin de evitar una discrecionalidad excesiva y las decisiones que tome deben ser justas, objetivas y suficientemente razonadas. Su naturaleza no tiene por qué ser necesariamente judicial.

4ª) El establecimiento de un procedimiento efectivo que asegure que cualquier irregularidad electoral va a poder ser estudiada por un órgano imparcial, tiene como finalidad principal garantizar la legitimidad del Parlamento salido de las urnas, y así

conseguir preservar la confianza del electorado en el sistema democrático. Estas salvaguardas aseguran el funcionamiento adecuado de una democracia efectiva.

5ª) El Parlamento es un foro único para el debate en una sociedad democrática. En relación con el principio de autonomía parlamentaria, el TEDH, nos recuerda que el Parlamento tiene derecho a que los otros Poderes del Estado no se inmiscuyan en su labor. Ahora bien, dicha autonomía viene limitada fundamentalmente por el principio de democracia efectiva y por el principio de legalidad (propio del Estado de Derecho), en virtud del cual, todos los poderes públicos están sometidos a la ley.

PANORAMA

DICTAMEN PROFESIONAL SOBRE LA FUSIÓN Y ESCISIÓN COMO EXTRATEGIAS ALTERNATIVAS EN UN GRUPO DE SOCIEDADES

PROFESSIONAL, LEGAL OPINION ON MERGERS AND DEMERGERS AS ALTERNATIVE STRATEGIES WITHIN A GROUP OF COMPANIES

Rev. Boliv. de Derecho Nº 31, enero 2021, ISSN: 2070-8157, pp. 676-747

Álvaro BUENO BIOT

ARTÍCULO RECIBIDO: 2 de septiembre de 2020
ARTÍCULO APROBADO: 13 de noviembre de 2020

RESUMEN: El presente trabajo es un dictamen profesional en el que se exponen alternativamente dos estrategias (fusión por absorción y escisión parcial) con el objeto de reagrupar las distintas áreas de actuación de las diferentes compañías de un grupo de sociedades. De esta forma, se trata de dar solución a las distintas cuestiones planteadas por los clientes y, en consecuencia, exponer de manera clara y sencilla el procedimiento a seguir en cada una de las estrategias realizando una ponderación de las ventajas e inconvenientes que afectan a cada una de ellas.

PALABRAS CLAVE: Modificaciones estructurales; Grupo de sociedades; Fusión; Escisión; Tipo de canje; Proyecto de fusión.

ABSTRACT: *This work is a professional, legal opinion which sets out two alternative strategies (merger by absorption and partial demerger) in order to bring together the different areas of activity of the various companies in a group of companies. The aim is to provide solutions to the questions raised by customers and, therefore, to set out clearly and simply the procedure to be followed in each of the strategies, weighing up the advantages and disadvantages from each of them*

KEY WORDS: *Structural modifications; Group of companies; Merger; Demerger; Exchange rate; Merger plan.*

SUMARIO.- I. SUPUESTO DE HECHO.- 1. Introducción.- 2. Actividades empresariales de las sociedades integrantes del grupo.- 3. Descripción de las sociedades integrantes del grupo.- 4. Pretensiones de los socios.- II. CONSULTAS PLANTEADAS.- III. INFORME O DICTAMEN (FUNDAMENTOS JURÍDICOS).- 1. Fusión de sociedades.- A) Concepto y finalidad de la fusión.- B) Procedimiento de Fusión. Fases.- C) Posibles impugnaciones de la fusión.- 2. Escisión de sociedades.- A) Concepto y finalidad de la escisión.- B) Procedimiento de escisión. Fases.- C) Posibles impugnaciones de la escisión.- D) Responsabilidad por deudas en la operación de escisión.- IV. CONCLUSIONES.

I. SUPUESTO DE HECHO

1. Introducción

El supuesto de hecho parte de la existencia de un grupo de sociedades integrado por tres sociedades limitadas que se dedican al sector del textil. En este caso, estamos ante un grupo donde predomina la nota de la subordinación, esto es, que estamos ante una estructura jerarquizada donde diversas sociedades se hallan sometidas a una dirección única de la sociedad dominante. Por tanto, se basan en una relación jerárquica centralizada de dependencia, la cual se instrumenta y consigue mediante el mecanismo de la propiedad accionarial, esto es, que la sociedad dominante participa en el capital de las demás, de manera que existe un control por parte de la sociedad dominante sobre las otras sociedades dominadas. Ello se materializa a través de diversas situaciones fácticas tales como la posesión de la mayoría de los derechos de voto o la facultad de nombrar o destituir a los miembros del órgano de administración.

2. Actividades empresariales de las sociedades integrantes del grupo

Antes de proceder a describir cada una de las sociedades integrantes del grupo, conviene aclarar una serie de conceptos relacionados con los procesos productivos que integran la actividad económica de cada una de estas sociedades. Si bien estos conceptos pueden llegar a confundirse por la diferente terminología empleada en los distintos sectores, para este supuesto vamos a entenderlos de la siguiente manera:

Proceso de fabricación: Se trata del conjunto de operaciones unitarias necesarias para modificar las características de las materias primas, entendidas aquellas como multitud de operaciones individuales dirigidas a la extracción de los recursos naturales necesarios hasta la transformación del producto apto para

• Álvaro Bueno Biot
Abogado. Doctorando en Derecho Civil, Universidad de Valencia. Correo electrónico: abb888813@gmail.com

la transformación industrial. En el supuesto en cuestión nos estamos refiriendo al proceso de fabricación o producción de la materia prima, ya sea algodón, lino u otras plantas, la lana de las ovejas o seda de los gusanos o la producción química de fibras para, posteriormente, hilar esa fibra y usar el hilo para tejer las telas. Después del teñido y el acabado, dicho material puede suministrarse directamente a un fabricante de productos textiles o a un minorista que lo vende a particulares que confeccionan prendas de vestir o ropa de casa. En resumen, cuando nos referimos a este proceso de fabricación, estamos aludiendo a los procesos de hilado, tejido, teñido y estampado, así como otros procesos de acabado de la tela para mejorar su aspecto y cualidades.

Proceso de manufacturación o transformación industrial: Se trata de una fase de la producción de los bienes que consiste en la transformación de un producto, entendido éste como materia prima o un producto acabado simple, en un producto manufacturado o producto elaborado apto para su distribución y consumo a gran escala. Este proceso comienza con el diseño del producto y la especificación de los materiales con los que se fabrica el mismo. En el caso que nos ocupa se refiere al proceso basado en la transformación del tejido, obtenido en la fase anterior, en un producto textil (prendas de ropa) apto para su distribución dirigida al consumidor final. En concreto, este proceso consiste en las etapas de: diseño y patronaje; extendido, marcado y corte; confección, revisado y etiquetado; plancha; y acabado, plegado y embalado.

Proceso de distribución: Es el proceso por el cual el producto ya acabado llega a sus potenciales compradores, esto es, abarca toda la fase que comprende desde que el producto sale de las manos de los productores hasta que llega a los usuarios que van a adquirirlo. No obstante, hay que tener en cuenta que, en el supuesto planteado, estamos ante una distribución indirecta, es decir, que no se entrega al consumidor final directamente, sino que se vende, al por mayor, a minoristas o a otros mayoristas. De esta manera, el objetivo principal de la logística de distribución pasa porque el cliente reciba en buen estado y en el momento y cantidad precisos el producto correcto, es decir, que se trate de una distribución eficiente y eficaz. En concreto, en el supuesto de hecho, este proceso consiste en el procesamiento de los pedidos de ropa; gestión de almacén; embalaje de productos; y transporte del producto al destinatario final.

3. Descripción de las sociedades integrantes del grupo

Una vez descritos los diferentes procesos que integran la actividad económica de las sociedades en cuestión, procede ahora realizar una descripción detallada de cada una de ellas:

1ª) SPORTCLOTHES, S.L.: Es una sociedad que se dedica a la fabricación, manufacturación y distribución de prendas de ropa y calzado deportivo líder en el referido sector. Se trata de una compañía que, pese a llevar una gestión adecuada y correcta en todos los ámbitos, en los últimos años sus líneas de negocio se han quedado paralizadas sin poder llegar a cumplir los objetivos propuestos conforme a las expectativas calculadas hace dos años. Posiblemente, una de las causas se deba a razones de productividad y eficiencia, dado que, en vistas a atender y poder cubrir todas sus áreas (fabricación, manufacturación y distribución), no es posible invertir el capital de la manera eficiente y, en consecuencia, competitiva, en cada una de ellas respecto a sus competidores.

Esta sociedad está compuesta por cuatro socios de la misma familia:

SOCIO	Nº ACCIONES	VALOR NOMINAL POR ACCIÓN	% DE CAPITAL SOCIAL
D. José Ramón	14.000	20 € (280.000 €)	70 %
Dña. Amparo	2.000	20 € (40.000 €)	10 %
Dña. María Pilar	2.000	20 € (40.000 €)	10 %
D. Evaristo	2.000	20 € (40.000 €)	10 %

Además, hay que tener en cuenta que esta sociedad (SPORTCLOTHES, S.L.) es la matriz del grupo, ya que ostenta el 80% de las acciones de cada una de las otras dos compañías (TEXTUR, S.L. y ROPAYCALZADO, S.L.).

Esta sociedad cuenta con un Administrador único que fue elegido en Junta General por unanimidad y cuyo cargo es ocupado por el socio mayoritario de la sociedad, D. José Ramón.

El balance de situación de cierre del ejercicio en fecha 31 de diciembre de 2019 de la compañía SPORTCLOTHES, S.L. es el siguiente:

BALANCE DE SITUACIÓN A 31/12/2019 (EN EUROS)			
ACTIVO	IMPORTE 1.093.950	PN Y PASIVO	IMPORTE 1.093.950
ACTIVO NO CORRIENTE Inmovilizado Intangible Inmovilizado Material Inversiones inmobiliarias Inv. en emp. del grupo a LP Inversiones financieras a LP	1.038.000 20.000 900.000 80.000 38.000	PATRIMONIO NETO Capital social Reservas Resultado del ejercicio	683.650 400.000 65.000 218.650
		PASIVO NO CORRIENTE Provisiones a LP Deudas a LP Pasivos por Impuesto diferido Periodificaciones a LP	369.700 43.000 306.200 12.000 8.500
ACTIVO CORRIENTE Existencias Deudores comerciales Inversiones financieras a CP Periodificaciones a CP Efectivo y otros activos líquidos	55.950 12.000 33.000 5.000 750 5.200	PASIVO CORRIENTE Provisiones a CP Deudas a CP Acreedores comerciales Periodificaciones a CP	40.600 5.100 14.500 21.000
TOTAL ACTIVO	1.093.950	TOTAL PN Y PASIVO	1.093.950

2ª) TEXTUR, S.L.: Es una sociedad que se dedica principalmente a la fabricación y manufacturación de prendas de moda joven. Se trata de una empresa mediana, pero que cuenta con última tecnología de origen alemán para la fabricación de productos de este tipo, lo que la hace ser una de las compañías pioneras como consecuencia de poseer activos muy novedosos y actualizados en el sector del textil.

Esta sociedad cuenta con tres socios:

SOCIO	Nº ACCIONES	VALOR NOMINAL POR ACCIÓN	% DE CAPITAL SOCIAL
SPORTCLOTHES, S. L.	4.000	10 € (40.000 €)	80 %
Dña. Ana	250	10 € (2.500 €)	5 %
D. Jaime	750	10 € (7.500 €)	15 %

Esta sociedad también cuenta con un Administrador único persona jurídica que es SPORTCLOTHES, S.L. actuando como representante de la misma D. José Ramón.

El balance de situación de cierre del ejercicio en fecha 31 de diciembre de 2019 de la compañía TEXTUR, S.L. es el siguiente:

BALANCE DE SITUACIÓN A 31/12/2019 (EN EUROS)			
ACTIVO	IMPORTE 519.200	PN Y PASIVO	IMPORTE 519.200
ACTIVO NO CORRIENTE Inmovilizado Intangible Inmovilizado Material Inversiones inmobiliarias Inv. en emp. del grupo a LP Inversiones financieras a LP	483.500 15.000 443.000 3.500 22.000	PATRIMONIO NETO Capital social Reservas Resultado del ejercicio	110.200 50.000 25.500 34.700
		PASIVO NO CORRIENTE Provisiones a LP Deudas a LP Pasivos por Impuesto diferido Periodificaciones a LP	359.570 45.270 275.000 19.500 19.800
ACTIVO CORRIENTE Existencias Deudores comerciales Inversiones financieras a CP Periodificaciones a CP Efectivo y otros activos líquidos	35.700 10.000 12.300 5.000 1.200 7.200	PASIVO CORRIENTE Provisiones a CP Deudas a CP Acreedores comerciales Periodificaciones a CP	49.430 8.950 28.200 12.280
TOTAL ACTIVO	519.200	TOTAL PN Y PASIVO	519.200

3ª) ROPAYCALZADO, S.L.: Se trata de una sociedad que se dedica a la manufacturación y distribución de ropa de lujo. No obstante, aunque su unidad de manufacturación no funciona todo lo bien que les gustaría a sus socios, es una compañía que, en lo relativo a su unidad de distribución, está experimentando un gran auge. Además, se prevé que va a experimentar una expansión considerable por todo el territorio nacional debido a la gran calidad de los servicios prestados, especialmente en lo que se refiere a la atención al cliente y a la rapidez con la que atiende los pedidos.

Está sociedad cuenta con tres socios:

SOCIO	Nº ACCIONES	VALOR NOMINAL POR ACCIÓN	% DE CAPITAL SOCIAL
SPORTCLOTHES, S. L.	600	40 € (24.000 €)	80 %
D. Francisco	75	40 € (3.000 €)	10 %
D. Juan Antonio	75	40 € (3.000 €)	10 %

Esta compañía cuenta también con un Administrador único persona jurídica que es SPORTCLOTHES, S.L., representada a su vez por D. José Ramón, quien ocupa el mismo cargo de representante en TEXTUR, S.L. y como Administrador único persona física en SPORTCLOTHES, S.L.

El balance de situación de cierre del ejercicio en fecha 31 de diciembre de 2019 de la compañía ROPAYCALZADO, S.L. es el siguiente:

BALANCE DE SITUACIÓN A 31/12/2019 (EN EUROS)			
ACTIVO	IMPORTE 783.550	PN Y PASIVO	IMPORTE 783.550
ACTIVO NO CORRIENTE Inmovilizado Intangible Inmovilizado Material Inversiones inmobiliarias Inv. en emp. del grupo a LP Inversiones financieras a LP	705.410 17.200 676.210 12.000	PATRIMONIO NETO Capital social Reservas Resultado del ejercicio	234.800 30.000 9.800 195.000
		PASIVO NO CORRIENTE Provisiones a LP Deudas a LP Pasivos por Impuesto diferido Periodificaciones a LP	472.150 53.500 389.700 11.500 17.450
ACTIVO CORRIENTE Existencias Deudores comerciales Inversiones financieras a CP Periodificaciones a CP Efectivo y otros activos líquidos	78.140 9.450 37.800 14.890 16.000	PASIVO CORRIENTE Provisiones a CP Deudas a CP Acreedores comerciales Periodificaciones a CP	76.600 9.300 43.500 23.800
TOTAL ACTIVO	783.550	TOTAL PN Y PASIVO	783.550

4. Pretensiones de los socios

Teniendo en cuenta las coyunturas por las que atraviesan cada una de las sociedades, a petición del administrador único de cada una de ellas, D. José Ramón y SPORTCLOTHES, S.L. respectivamente, tuvo lugar una reunión a la que asistieron todos los socios de las tres compañías, con la finalidad de replantear la estrategia de negocio que venían llevando a cabo los últimos años con el objetivo de mejorarla.

Dadas las circunstancias, tras la reunión, y después de realizar sus respectivos estudios y análisis de las diferentes sociedades, llegaron a la conclusión de que lo mejor para el conjunto del grupo era proceder a reagrupar cada uno de los campos de actuación de las diferentes sociedades. Todo ello en aras a aumentar la eficiencia y productividad en cada una de sus áreas de actuación. De esta forma, lo que pretenden es incrementar su competitividad en el mercado y, en consecuencia, aumentar los beneficios empresariales.

Las razones por las que se deciden a reagrupar los diferentes campos de actuación de las distintas sociedades son: 1) mejora de la eficiencia y productividad por áreas; 2) creación de sinergias positivas; 3) economías de escala, ya que debido a la concentración de maquinaria destinada a la misma finalidad, se van a poder reducir los costes de producción, manufacturación y distribución; 4) aumento del potencial de cara a la captación clientes, dado que es posible ofrecer una

mayor oferta de productos; 5) inversión más eficiente del capital por áreas y, en consecuencia, acceso a una mejor tecnología y recursos; 6) mejora en la estrategia de organización; y 7) búsqueda de maquinaria complementaria que aglutinaban en las diferentes sociedades para una misma área de actuación.

II. CONSULTAS PLANTEADAS

A la vista de las circunstancias expuestas en el supuesto de hecho, los administradores se plantean las siguientes cuestiones:

a) ¿Qué se puede hacer para poder reagrupar cada una de las áreas de actuación (fabricación, manufacturación y distribución) de las sociedades actuales?

b) ¿Cómo se van a distribuir las cuotas de participación después de las modificaciones estructurales que se hayan realizado?

c) ¿Cuál es el procedimiento a seguir para realizar las modificaciones estructurales que resulten adecuadas para conseguir el objetivo?

d) ¿Qué puede ocurrir si alguno de los socios no quiere que se lleven a cabo las operaciones correspondientes y las impugna?

III. INFORME O DICTAMEN (FUNDAMENTOS JURÍDICOS)

A la vista de las diferentes cuestiones planteadas, este dictamen jurídico tiene por objeto dar solución a todas y cada una de ellas desde un punto de vista práctico. En esta línea, se va a seguir un método cronológico, esto es, tratando de dar respuesta a las distintas cuestiones siguiendo un orden estructurado con indicación de cuáles son todos los pasos a seguir para llevar a cabo las distintas soluciones de principio a fin, con la finalidad de dar la respuesta lo más fácil y accesible adaptada a los conocimientos del cliente.

Así, este trabajo se va a presentar con un carácter jurídico-propositivo. De esta forma, por un lado, se tratará de dar respuesta a las diversas cuestiones de acuerdo con el régimen jurídico de cada una de ellas. Y, por otro lado, se propondrán las diferentes soluciones que mejor se adecuen al caso, realizando una ponderación de las ventajas e inconvenientes que puedan afectar al grupo de sociedades y a los diferentes intereses de los socios minoritarios.

Para ello, después de haber realizado un estudio pormenorizado del caso, principalmente se van a exponer como solución dos tipos de modificaciones estructurales: 1) una fusión por absorción y 2) diferentes escisiones parciales. De esta forma, una vez expuestas y explicadas cada una de ellas con sus ventajas e inconvenientes, se concluirá cuál de las dos soluciones, a mi juicio, conviene adoptar.

Todo ello, sin perjuicio de ofrecer solución a las demás cuestiones planteadas que, si bien no son menos importantes, no requieren de un tratamiento tan profundo y complejo como son las modificaciones estructurales que se tendrán que llevar a cabo desde el punto de vista del Derecho mercantil.

Así las cosas, en los dos siguientes epígrafes se van a tratar todas las cuestiones relativas a las dos posibles estrategias que se pueden llevar a cabo. Por tanto, en el primero se tratará la fusión por absorción de las tres sociedades y, en el segundo, las diferentes escisiones parciales. Con ello, se dará respuesta a las cuatro cuestiones planteadas, es decir, se aportarán soluciones a los temas relativos a cuotas de participación (tipo de canje), procedimientos a seguir para llevar a cabo cada una de las modificaciones estructurales, derechos de los socios minoritarios, derechos de acreedores, responsabilidad por deudas, así como otras tantas cuestiones accesorias que pueden resultar relevantes desde el punto de vista jurídico.

Las dos posibles estrategias que se proponen como solución para llevar a cabo la reagrupación de las diferentes áreas de actuación de la sociedad (fabricación, manufacturación y distribución) son lo que se conoce como modificaciones estructurales.

Las modificaciones estructurales se encuentran reguladas por la Ley 3/2009, de 3 de abril, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles (en adelante, LME). Esta ley define las modificaciones estructurales en su Preámbulo como "aquellas alteraciones de la sociedad que van más allá de las simples modificaciones estatutarias para afectar a la estructura patrimonial o personal de la sociedad". Por tanto, las modificaciones estructurales suponen la existencia de decisiones u operaciones de reestructuración que comportan una alteración sustancial del contrato de sociedad, por afectar a la organización personal o patrimonial de ésta, o a ambas. Cambian la identidad y estructura de la sociedad y, en consecuencia, la posición jurídica, patrimonial y administrativa de los socios.

Las modificaciones estructurales cuentan con unas características propias, exigen determinados requisitos legales y que se cumpla un procedimiento regulado por ley.

En concreto, en las dos modificaciones estructurales que se van a proponer en el presente trabajo –fusión por absorción y escisiones parciales—, se va a producir un cambio en la titularidad patrimonial. Ello tendrá lugar mediante una específica sucesión, *inter vivos*, a título universal, lo que se llevará a cabo a través de un solo acto y por un solo título, con sus matizaciones y peculiaridades, como se explicará.

1. Fusión de sociedades

A) Concepto y finalidad de la fusión

Una de las dos estrategias a seguir para reagrupar las diferentes áreas de actuación de las distintas sociedades consiste en la fusión de todas ellas. El procedimiento de fusión –regulado en los artículos 22 a 67 de la LME— supone que dos o más sociedades mercantiles inscritas se integran en una única persona jurídica mediante la transmisión en bloque de sus patrimonios y la atribución a los socios de las sociedades que se extinguen de acciones, participaciones o cuotas de la sociedad resultante, que puede ser de nueva creación o una de las que intervienen (art. 22 LME).

En función de cuál va a ser el destino de los patrimonios societarios se puede distinguir entre dos clases de fusión, por absorción o por creación de nueva sociedad. En cuanto al primer tipo –fusión por absorción—, se trata de la absorción de una o más sociedades por otra ya existente, la cual adquirirá por sucesión universal los patrimonios de las sociedades absorbidas, que se extinguirán, aumentando, en su caso, el capital social de la sociedad absorbente en la cuantía que proceda. Respecto del segundo tipo –fusión por creación de nueva sociedad—, esta fusión implicará la extinción de cada una de las sociedades que se fusionan y se transmitirán en bloque los respectivos patrimonios sociales a la nueva entidad, la cual adquirirá por sucesión universal los derechos y obligaciones de aquéllas.

En el caso que nos ocupa nos vamos a decantar por una fusión por absorción, dado que estamos ante un grupo de sociedades donde existe una sociedad dominante (SPORTCLOTHES, S.L.) y dos compañías dependientes (TEXTUR, S.L. y ROPAYCALZADO, S.L.), que están participadas al 80% por la matriz. De ahí que la razón por la que nos decantamos por la fusión por absorción como preferible radique principalmente en el hecho de que va a resultar mucho más sencillo el procedimiento y los trámites a seguir y, en consecuencia, va a suponer un ahorro importante en cuanto a los costes resultantes de tales operaciones.

Con todo ello, lo que se pretende es reunir en una sola sociedad las diferentes sociedades –que a su vez engloban las distintas áreas de actuación— para, posteriormente, a través de un control unitario, poder reagrupar aquellas áreas que sean iguales o similares con tal de mejorar su eficiencia y productividad y, en consecuencia, reducir los costes de producción, entre otras muchas finalidades.

A grandes rasgos, para una mejor comprensión de lo que supone el procedimiento de fusión por absorción que se va a llevar a cabo, me parece

conveniente indicar cuáles son las características fundamentales que se dan en este tipo de procedimiento, en concreto en el caso que nos ocupa:

1) Disolución y extinción de las dos sociedades dependientes (TEXTUR, S.L. y ROPAYCALZADO, S.L.), que van a ser absorbidas por la dominante (SPORTCLOTHES, S.L.). De esta manera, se produce la disolución de todas las sociedades del grupo menos una, que subsiste precisamente para absorber a las disueltas. Ahora bien, todo ello exige la adopción de los correspondientes acuerdos en las Juntas generales de cada una de las sociedades participantes en la fusión, puesto que a todas ellas les afecta de una manera u otra.

2) Transmisión en bloque de los patrimonios de las sociedades disueltas, esto es, de TEXTUR, S.L. y ROPAYCALZADO, S.L. Con ello, lo que se pretende es que la totalidad del patrimonio (activo y pasivo) de cada sociedad se transmita por sucesión universal a la sociedad absorbente, es decir, a SPORTCLOTHES, S.L. En consecuencia, la absorbente adquiere todo el activo y el pasivo de las otras dos sociedades que se fusionan en unidad de acto, adquiriéndose por sucesión universal los derechos y obligaciones de las sociedades disueltas (TEXTUR, S.L. y ROPAYCALZADO, S.L.).

3) Agrupación de todos los socios en la única sociedad resultante como consecuencia de la fusión (SPORTCLOTHES, S.L.). Esta sociedad recibe, como hemos señalado, el patrimonio de las sociedades disueltas (TEXTUR, S.L. y ROPAYCALZADO, S.L.) y entregará a los socios de cada una de ellas las participaciones representativas del aumento del capital social de la sociedad dominante que las absorbe.

B) Procedimiento de Fusión. Fases

El procedimiento legal para la fusión de sociedades lo vamos a estructurar en cuatro grandes fases: previa, inicial, decisoria y de ejecución. En este sentido, a los efectos de dar una exposición más ordenada y sistemática, a continuación, se recogen, por separado, los procesos de fusión, con sus peculiaridades, para la clase de fusión que vamos a tratar en este dictamen: la fusión por absorción donde tendremos, por un lado, a la sociedad absorbente (SPORTCLOTHES, S.L.) y, por otro lado, a las sociedades absorbidas (ROPAYCALZADO, S.L. y TEXTUR, S.L).

a) La fase previa.

Realmente, para la Ley de Modificaciones Estructurales el proceso de fusión comienza con el proyecto de fusión –incluido en la fase inicial-, sin embargo, con carácter precedente a esa fase inicial, la realidad societaria nos lleva a que es necesario seguir una serie de actuaciones previas que pueden ser más o menos

complejas dependiendo del caso en concreto. Entre estas actuaciones cabe señalar, por ejemplo, los tanteos, tratos preliminares, negociaciones y posibles preacuerdos, etc. Todas ellas van dirigidas a conocer desde posturas más próximas la situación de las demás sociedades participantes con el objetivo de decidir sobre la conveniencia o no de fusionarse.

Ahora bien, estas mencionadas actuaciones no van a ser objeto de este dictamen, ya que algunas de ellas no se van a dar en este tipo de fusión debido a que se trata de una fusión entre compañías de un mismo grupo y otras posiblemente excedan más allá del plano jurídico. De ahí que, en lo que refiere al supuesto de hecho presentado y en lo que es de interés para el mismo, las actuaciones previas encuadrables en esta fase previa van a ser: la determinación del tipo de canje y el balance de fusión, que a continuación pasamos a exponer más detalladamente.

i. Determinación del tipo de canje.

El tipo de canje es aquella fórmula mediante la cual se determina el número de participaciones sociales (en una S.L., como es el caso), que corresponden a los socios de las sociedades que se extinguen a cambio de sus participaciones sociales en la sociedad absorbente. Esto es, se trata de una fórmula aritmética que proporcionará la exacta medida de participación en la sociedad absorbente (SPORTCLOTHES, S.L.) a cada socio de las sociedades extinguidas (TEXTUR, S.L. y ROPAYCALZADO, S.L.) como consecuencia de la fusión por absorción.

Este tipo de canje tiene como finalidad fundamental que los socios de las sociedades que se extinguen tengan como "contraprestación" una cantidad equilibrada, es decir, que las participaciones sociales que perciban de la sociedad resultante de la fusión se correspondan con una cuota justa y adecuada.

El tipo de canje va a constituir uno de los elementos clave del proyecto común de fusión, en la medida en que informará acerca de los términos de intercambio en los que se realizará la operación que se somete al principio de continuidad en la participación (art. 24.1 LME).

Ahora bien, en lo relativo al cálculo y resultado del tipo de canje, hay que tener en cuenta que no sólo existe una única forma, sino que ello se puede llevar a cabo de varias maneras. De esta forma, al no existir un resultado matemático único, lo relevante es procurar que no aparezca una desviación desproporcionada en las valoraciones de las compañías implicadas. Eso sí, se debe garantizar que el contenido del proyecto de fusión se corresponda con datos reales, sobre todo en lo relativo al tipo de canje. El contenido de esta obligación se concreta en la prohibición de adoptar decisiones que contradigan de cualquier forma la obligación de impulsar la fusión y de permitir que los socios decidan de manera

libre e informada. Por tanto, la limitación de actuación de los administradores se refiere sólo a aquellos actos o contratos que puedan comprometer la aprobación del proyecto o alterar sustancialmente el tipo de canje[1].

Para proceder a realizar el cálculo, lo primero a tener en cuenta es el contenido del art. 25.1 LME, que viene a decir que, en las operaciones de fusión, el tipo de canje de las participaciones de las sociedades que participan en la misma debe establecerse sobre la base del valor real de su patrimonio. En este sentido, el tipo de canje ha de tener necesariamente valor positivo, y tiene que establecerse sobre la base del valor real por imperativo del art. 25 de la Ley de Modificaciones Estructurales, pues ello es clave en el proceso de fusión a los efectos de la protección de los socios[2].

Ahora bien, como hemos señalado anteriormente, no se puede pretender que exista una única operación aritmética que arroje un resultado único. Más bien existe un margen dentro del cual podrían oscilar los valores, de forma que la elección de un tipo de intercambio u otro dentro de dicho margen resultará lícita. De esta manera, aunque no es defendible que el tipo de canje quede libremente fijado por las partes, sí es cierto que existe un cierto espacio para la autonomía de la voluntad. Así, dentro de los rangos de valor resultantes *"sobre la base del valor real"*, en función de los respectivos intereses sociales concurrentes y dentro de los límites referidos, sería lícito acordar la fusión con arreglo a un determinado tipo de canje fijado mediante la negociación establecida por las partes.

Todo ello es debido a que el legislador no ha establecido reglas exactas para la valoración de los patrimonios societarios, ya que es preferible que esto se realice por los respectivos profesionales expertos en la materia. Sin embargo, a pesar de que la valoración del patrimonio societario y, en consecuencia, la determinación de su valor real no va ser materia objeto de este dictamen, sí conviene establecer que los métodos utilizados generalmente para el cálculo del tipo de canje suelen ser de dos tipos: de carácter estático y dinámico. Los primeros parten de una consideración del patrimonio neto sobre la base de las partidas del balance, mientras que los segundos realizan una prognosis de beneficios futuros. Entre los primeros se encontraría el valor teórico contable o el valor de liquidación, mientras que se correspondería con los segundos paradigmáticamente el valor de capitalización de resultados.

La solución más adecuada pasa por la conveniencia de combinar varios criterios de valoración y así obtener el resultado más exacto posible. No obstante, para la

1 Recamán Graña, E.: "La responsabilidad de los administradores en relación con la determinación del tipo de canje en la fusión", *Revista de Derecho de Sociedades*, 2012, núm. 39/2012, 2ª parte, Estudios. Editorial Aranzadi, S.A.U., Cizur Menor.

2 SAP Valencia 27 febrero 2014 (EDJ 2014/51402).

combinación de los mismos, como hemos señalado, siempre quedará un margen de maniobra para elegir aquellos criterios que se adecuen mejor a los intereses particulares, ajustados a las características reales de los elementos que son objeto de valoración (como podrían ser activos inmobiliarios en épocas de crisis y perspectivas de futuro, capital humano, que incluiría ejecutivos y trabajadores, capital estructural, patentes y marcas, sinergias previstas como consecuencia de la fusión, etc.).

Por lo demás, dentro de esta idea de margen de actuación en el cálculo, cabe traer a colación que, según el art. 34.3 LME, el experto independiente no debe determinar con carácter absoluto si el tipo de canje establecido por los administradores es el correcto, sino meramente si los métodos utilizados para su cálculo son razonables. Evidentemente, como aquí se trata de sociedades de responsabilidad limitada, la regla no es aplicable (art. 34.1 LME), pero ilustra la idea de la posible existencia de diversas soluciones.

Para sostener estos argumentos, la jurisprudencia ha declarado que "la libertad de este concierto puede verse afectada si se efectúa una interpretación literal del precepto entendiendo por «valor real del patrimonio social» una cifra matemáticamente exacta que suponga el valor atribuido a bienes, derechos y obligaciones ciertos, existentes o exigibles, sin que sean computables por ejemplo expectativas positivas o negativas para cuya valoración no exista un elemento de medida idóneo, por lo que parece más adecuado una valoración flexible, máxime teniendo en cuenta las diversas finalidades de la misma, que sirve no sólo para que cada socio conozca el valor real de sus acciones, sino que supone la valoración del patrimonio social de cada una de las participantes en la fusión, que determinará la prelación de fuerzas dentro de la sociedad resultante"[3]

Con ello, lo que se ha pretendido es ilustrar de manera clara y sencilla en qué consiste el tipo de canje, su finalidad, así como el íter para valorar el patrimonio societario, estableciendo cuáles son los criterios utilizados más frecuentemente, y dar visibilidad a que existe la opción de, en función de los intereses particulares, escoger aquellos criterios que mejor se pueden adecuar para realizar los cálculos con vistas a la fusión.

Por tanto, sin ánimo de entrar en lo que es la propia valoración patrimonial, función que compete a los profesionales especializados, sí que consideramos necesario establecer una serie de pautas a seguir:

a) Es conveniente emplear varios criterios de valoración que no sean excesivos ni demasiado complejos. Con ello se pretende obtener una horquilla de valores

3 SAP Navarra 27 julio 1994 (AC 1994, 1564).

de la que poder tomar un valor teórico aproximado, pero bien respaldado por el análisis previo.

b) Como regla general, habrá que descartar aquellos procedimientos que tienen como finalidad o, más concretamente, tienden a privar al socio de la facultad de apreciar el valor real. Con ello, lo que se quiere decir es que hay que evitar presentar un resultado como una evidencia inmune, cuando realmente ello sea consecuencia de una elección deliberada o de una negociación.

c) Que se trate de un acuerdo factible entre todas las partes afectadas en la medida de lo posible, especialmente cuando a través de fórmulas matemáticas sea inviable lograr un resultado exacto.

ii. El balance de fusión.

El balance de fusión es un documento necesario para valorar adecuadamente los patrimonios de las sociedades objeto de fusión con la finalidad de determinar correctamente el tipo de canje, así como, en su caso, adecuar los patrimonios afectados a la cifra de capital social a ampliar por la sociedad absorbente.

Este documento debe ser elaborado por los administradores de cada una de las sociedades. En el caso que nos ocupa, deberá ser suscrito por el administrador único persona física D. José Ramón.

En el presente caso, habrá de elaborarse un balance para cada una de las sociedades afectadas por la operación de fusión (SPORTCLOTHES, S.L., TEXTUR, S.L. y ROPAYCALZADO, S.L.). Ahora bien, este documento acompañará al proyecto común de fusión con carácter informativo. Este carácter informativo quiere decir que se trata de un documento que se caracteriza por su función de proporcionar a los socios la información necesaria para valorar, a la luz de los datos patrimoniales que incluye, la relación de canje sometida a su decisión. Se trata de un documento que contendrá "*ajustes extracontables*", pero éstos no producirán efectos en los registros contables ni en la información que se ofrece en las cuentas anuales.

Una matización que hay que tener en cuenta es que el tipo de canje incluido en el proyecto común de fusión no deberá resultar exactamente de una comparación entre los distintos balances de las sociedades participantes en la fusión por absorción. Esto es, que la operación matemática utilizada para determinar el tipo de canje no tendrá que utilizar necesaria y exactamente los valores resultantes del balance de las respectivas compañías, pudiendo apartarse del criterio resultante de dicho factor a la vista del marco trazado por el art. 25 LME.

Ahora bien, ello tampoco significa que este balance de fusión sea un elemento contable inválido para calcular el tipo de canje, sino que cabe la posibilidad, conforme al criterio de las partes, que se constituya como un instrumento sobre el que calcular el referido tipo de canje, ya que la LME no exige que el tipo de canje se determine sobre el mismo, pero tampoco excluye su posibilidad. Sin embargo, en todo caso, siempre será un elemento útil para valorar si el tipo de canje está o no justificado.

Por su parte, el balance que deberá ser considerado como de fusión será el del último ejercicio, siempre y cuando se hubiera cerrado dentro de los seis meses anteriores a la fecha del proyecto común de fusión (art. 36 LME).

En el presente caso, los balances anuales del ejercicio 2019 se cerraron en las siguientes fechas:

SOCIEDAD	FECHA CIERRE DE BALANCE
SPORTCLOTHES, S.L.	19/02/2020
TEXTUR, S.L.	21/01/2020
ROPAYCALZADO, S.L.	26/01/2020

Por tanto, estos balances podrán ser válidos siempre y cuando el proyecto común de fusión se suscriba en un período con las siguientes fechas límite:

SOCIEDAD	FECHA LÍMITE
SPORTCLOTHES, S.L.	19/08/2020
TEXTUR, S.L.	21/07/2020
ROPAYCALZADO, S.L.	26/07/2020

De esta forma, si resulta que el proyecto común de fusión se suscribe con posterioridad a alguna de las fechas límite señaladas, el balance de fusión de la o las sociedades afectadas no será válido, es decir, que no podrá ser considerado a efectos de la fusión. Ahora bien, la ley prevé una solución para el caso de que no se cumpla este requisito, de manera que será posible elaborar un balance específico, que se podrá cerrar con posterioridad al primer día del tercer mes precedente a la fecha del proyecto de fusión (art. 36.1 LME). Los métodos y criterios de presentación a seguir deberán ser los mismos que los del último balance anual.

En este sentido, cabe señalar que la interpretación más convincente y segura de esta norma, en orden a evitar problemas de inadmisión posteriores es que el tercer mes precedente debe computarse de fecha a fecha conforme al art. 5 del Código Civil. De esta forma, a modo de ejemplo, si el proyecto de fusión es de fecha 22 de julio de 2020, el primer día del tercer mes precedente sería el 22 de

abril, de manera que la fecha de cierre del balance más antigua podría ser el 23 de abril.

En cualquier caso, dado que estamos ante un supuesto donde la fusión por absorción se va a producir entre sociedades de un mismo grupo sometidas a las directrices, directa o indirectamente, del mismo administrador, la mejor solución pasa por evitar excederse de las fechas límite de la tabla. La razón estriba en un ahorro de costes tales como la elaboración de otro balance *ad hoc*, así como la ventaja de evitar posibles futuros problemas derivados de "*ajustes extracontables*" que se pueda tener que implementar con posterioridad.

Tanto si se utiliza el balance anual, como si se toma como referencia un balance posterior (realizado *ad hoc*), en virtud del art. 36.2 LME, deberán modificarse las valoraciones contenidas en los mismos en atención a las modificaciones importantes del valor razonable que no aparezcan en ellos. Esto es, no es necesario elaborar un documento específico que contenga las pertinentes actualizaciones, sino que será suficiente con realizar los ajustes directamente sobre la información contable. Esta tarea corresponderá a los administradores de las sociedades participantes, lo que, en el caso que nos ocupa, supone que el encargado en todas ellas será D. José Ramón. Se trata de un deber que recae sobre los administradores con la finalidad de que el balance cumpla de forma adecuada su finalidad informativa en la medida en que éste se constituye como garantía de protección de los socios y demás afectados por la modificación estructural. En todo caso, se trata de realizar todas aquellas modificaciones extracontables que puedan tener relevancia a efectos de determinar el tipo de canje, tales como el cómputo de plusvalías o minusvalías tácitas o el reconocimiento de activos o pasivos no registrados, entre otras cuestiones.

En cuanto a la aprobación del balance de fusión utilizado, así como de las modificaciones de las valoraciones contenidas en aquél, habrán de ser sometidos a la aprobación de la junta de socios que resuelva sobre la fusión, a cuyos efectos deberá mencionarse expresamente en el orden del día (art. 37 LME).

Por su parte, el art. 39.1.5º de la LME exige que el balance de fusión deberá ponerse a disposición de los socios, obligacionistas y titulares de derechos especiales, así como de los representantes de los trabajadores. Éste es un deber que se predica de cada una de las sociedades afectadas. No obstante, solamente se trata de aquellos supuestos en que el balance de fusión sea distinto del último balance anual aprobado.

Esta puesta a disposición del balance de fusión deberá realizarse antes de la publicación del anuncio de convocatoria de las juntas de socios que deban resolver

sobre la fusión o, en su caso, de la comunicación individual de ese anuncio a los socios.

Todo ello se realizará a través de la inserción de los respectivos balances de fusión en la página *web* de la sociedad con posibilidad de descargarlos e imprimirlos o, en caso de no existir página *web*, poniéndolos a disposición de sus socios.

La aprobación por la junta general de este balance de fusión consiste en un acuerdo específico y separado del propio acuerdo de fusión. Si bien es cierto que lo indicado hasta aquí es para aquellos supuestos donde el balance de fusión sea distinto del de ejercicio, cuando se utilice este último como balance de fusión será necesario que la junta general se pronuncie de modo específico sobre la idoneidad de utilizarlo. No obstante, si en la misma sesión que se aprobó el de ejercicio se acordó específicamente utilizarlo en la modificación estructural, no será necesario un nuevo acuerdo para ello.

En las sociedades limitadas, el quórum exigido para aprobar el balance de fusión será el previsto en el art. 199 b) de la Ley de Sociedades de Capital, esto es, la mayoría legal reforzada que supone el voto favorable de, al menos, dos tercios de los votos correspondientes a las participaciones en que se divida el capital social (66,66%). De esta forma, dado que D. José Ramón posee el 70% del capital social en SPORTCLOTHES, S.L. y, a su vez, esta sociedad —representada por él como administrador único— es titular del 80% en las otras dos sociedades (TEXTUR, S.L. y ROPAYCALZADO, S.L.), cabe señalar que con su voto favorable sería suficiente para la aprobación de los respectivos documentos contables.

Ahora bien, hay que tener especial cautela a la hora de aprobar un balance de fusión que no proporcione información exacta y transparente, dado que ello, como hemos señalado anteriormente, se configura como un instrumento apto de ser utilizado como mecanismo de control por parte de socios y otras personas interesadas para valorar la adecuación del tipo de canje.

En este sentido, el art. 43 LME exige que en el anuncio en que se publique el acuerdo de fusión adoptado se haga constar el derecho que asiste a socios y acreedores de obtener el texto íntegro del balance de fusión de las diferentes sociedades que participan en la modificación estructural.

Finalmente, el balance de fusión deberá elevarse a escritura pública junto con el acuerdo de fusión (art. 45 LME). La razón estriba en que, como dice la Dirección General de los Registro y del Notariado, no es indiferente la situación patrimonial de la absorbente, ni por tanto, la información que sobre la misma se deba suministrar a quienes se van a ver afectados por la modificación estructural. De esta forma, los acreedores de las sociedades absorbidas, que van a concurrir para

el cobro de sus créditos con los de la sociedad absorbente, estarán interesados en conocer la situación patrimonial de ésta. Además, es conveniente conocer la facultad que tienen los socios de impugnar el balance de fusión. De esta forma, en el caso de que un socio esté disconforme con la ecuación de canje establecida en el acuerdo de fusión, dicho socio o socios pueden atacar el tipo de canje establecido por dos vías. Por un lado, pueden optar por la impugnación judicial de la fusión por lesividad del tipo de canje. En este sentido, hay que tener en cuenta el art. 47 LME que viene a decir que la fusión podrá ser impugnada hasta el momento anterior a su inscripción, sin perjuicio del derecho a reclamar el resarcimiento por los daños y perjuicios causados. Esta acción de impugnación –que se explicara más adelante con detalle- caduca a los 3 meses a contar desde la fecha en que la fusión fuera oponible a quien invoca la nulidad. Por otro lado, pueden utilizar el instrumento previsto en el art. 38 LME, esto es, la impugnación del balance de fusión.

Y, aunque más adelante explicaremos con más detalle todo lo relativo a las impugnaciones, en lo que en este punto interesa, vamos a referirnos a la segunda posibilidad, a través de la cual cualquiera de los socios que se considere perjudicado por la relación de canje establecida podrá proceder a impugnar el balance de fusión de la sociedad a la que pertenecen.

Esta impugnación del balance de fusión no podrá suspender por sí sola la ejecución de la fusión, esto es, su impugnación no afectará a la eficacia de los acuerdos de fusión ni a la ejecución de la modificación estructural. Sin embargo, sí podrá dar lugar a una indemnización a favor del socio o socios que hayan resultado perjudicados por el tipo de canje. Para ello, el socio que se considere agraviado tendrá que presentar una solicitud ante el Registrador mercantil del domicilio social para que se proceda al nombramiento de un experto independiente. Esta solicitud deberá presentarse en el plazo de un mes a contar desde la fecha de la publicación del acuerdo de fusión en el BORME. Por el contrario, si se da el caso de que no existe publicación en el referido boletín oficial, el plazo empezará a contar desde la comunicación individual al socio.

Recibida la solicitud por el Registrador mercantil, éste designará un experto independiente conforme a la normativa establecida en el Reglamento del Registro Mercantil. (art. 349 RRM) En consecuencia, este experto emitirá un informe en el que fijará la indemnización compensatoria que corresponda, la cual, por aplicación del principio de conservación de la fusión, no consistirá en la reasignación de participaciones de la sociedad resultante, sino en el abono de una indemnización pecuniaria.

b) La fase inicial. El proyecto de fusión.

Con la fase inicial da comienzo lo que es propiamente el procedimiento de fusión. Durante esta etapa habrá que cumplir con una serie de pasos. El primero de ellos se inicia con lo que se ha denominado el proyecto común de fusión.

El proyecto común de fusión se encuentra regulado en los arts. 30 a 35 de la LME. Se trata del documento fundamental en esta modificación estructural.

Después de los correspondientes análisis y negociaciones y, en consecuencia, una vez que se hayan extraído las respectivas conclusiones, deberá ser redactado este documento. Dicha obligación corresponde a los administradores de cada una de las sociedades que intervienen en la fusión. En este sentido, se desprende la obligación de carácter positivo a cargo de los administradores, como gestores de la sociedad, de impulsar la fusión que se está preparando. El impulso se concreta en las obligaciones de redacción, formulación y depósito del proyecto de fusión . Ahora bien, en este caso, el administrador único de todas, ya sea directa o indirectamente, es D. José Ramón, por lo que la obligación de redactar y suscribir el referido proyecto recaerá sobre él. Hay que matizar que cuando nos referimos a José Ramón como administrador único de forma indirecta estamos haciendo referencia al hecho de que tanto en TEXTUR, S.L. como en ROPAYCALZADO, S.L. hay un Administrador único persona jurídica que es SPORTCLOTHES, S.L., compañía representada a su vez por D. José Ramón.

i. Contenido obligatorio del proyecto común de fusión.

El proyecto común de fusión es un documento que adquiere especial relevancia principalmente porque en él se van a establecer las bases sobre las cuales se va a sostener la fusión por absorción que se va a llevar a cabo. Así, su contenido debe incluir, por imperativo legal, como mínimo, las menciones que establece el art. 31 LME. Sin embargo, dado que la finalidad de este dictamen es ofrecer información exacta ajustada al caso, no vamos a entrar a valorar aquellos puntos que, por la operación que nos ocupa, no resultan relevantes. En consecuencia, para la presente operación, los puntos necesarios y exigibles a incluir en el proyecto común de fusión son los siguientes:

1ª) La denominación, el tipo social y el domicilio de las sociedades que se fusionan y de la sociedad resultante de la fusión, así como los datos identificadores de la inscripción de aquéllas en el Registro Mercantil.

Hay que tener en cuenta que, si la denominación de la sociedad absorbente cambia, cualquiera que sea la razón, se tendrá que indicar cuál era la anterior denominación (en este caso sería SPORTCLOTHES, S.L.) y cuál es la denominación

correspondiente una vez se haya llevado a cabo la fusión por absorción. Respecto a las sociedades absorbidas, es decir, las sociedades que se van a extinguir (TEXTUR, S.L. y ROPAYCALZADO, S.L.) parece que la cuestión no presentará demasiadas dificultades.

No obstante, hay que tener en cuenta que, si se opta por la opción de establecer una denominación social distinta a cualquiera de las sociedades afectadas será preciso contar con la correspondiente certificación negativa de denominación expedida por el Registro Mercantil Central. Dicha certificación deberá expedirse a favor de un fundador de la compañía. En el presente caso, tratándose de una fusión por absorción, deberá solicitar la certificación la compañía absorbente (SPORTCLOTHES, S.L.) como establece el art. 413.2 del Reglamento del Registro Mercantil (en adelante RRM).

Ahora bien, resulta frecuente que en las fusiones por absorción en grupos de sociedades, la sociedad absorbente o de nueva creación suceda en la denominación –cabe la posibilidad de hacerlo (art. 418.1 RRM) — a alguna de las sociedades que se extinguen. Por tanto, si se diera este caso, no será necesario obtener la certificación negativa (art. 418. RRM).

Lo mismo se podrá predicar del domicilio social de cada una de ellas, de manera que, si bien respecto a las sociedades absorbidas no presentará problemas, si el domicilio social de la sociedad absorbente, por cualquier razón, cambiara de lugar, deberá indicarse tanto el anterior domicilio de la absorbente como el actual que corresponda con posterioridad a la fusión por absorción.

Finalmente, respecto a la mención de los datos identificadores de la inscripción en el Registro Mercantil, no presenta especiales problemas, ya que simplemente habrá que plasmar todos aquellos datos registrales que sirvan para identificar a las sociedades afectadas por la fusión. Conviene recordar que el art. 22 LME establece que la fusión se producirá entre dos o más "sociedades mercantiles inscritas". Por tanto, la previa inscripción de las compañías en el Registro es una *conditio sine qua non*.

2ª) El tipo de canje de las participaciones y, en su caso, el procedimiento de canje.

Deberá constar el tipo de canje, al que ya se ha hecho referencia. De igual modo, también habrá que indicar si se ha realizado alguna compensación en dinero que, conforme el art. 25.2 LME, no puede superar el 10% del valor nominal de las acciones.

Por otro lado, se debe incluir también el procedimiento de canje que, en el caso de las sociedades de responsabilidad limitada, es automático, de manera que se produce la desaparición de las participaciones sociales correspondientes a las sociedades extinguidas y, en su caso, la asignación de las nuevas participaciones sociales a los socios. Esta exigencia de incluir el procedimiento de canje trata de garantizar que los socios que se vean afectados por la situación tengan conocimiento de cómo se van a integrar en la sociedad que resulte de la fusión.

En el caso concreto, como estamos ante una fusión de sociedades de responsabilidad limitada, el canje se va a llevar a cabo a través de la escritura de fusión mediante la asignación a los socios de las sociedades extinguidas de las participaciones que les correspondan en la sociedad resultante.

3ª La incidencia que la fusión haya de tener sobre las aportaciones de industria o en las prestaciones accesorias de las sociedades que se extinguen y las compensaciones que vayan a otorgarse, en su caso, a los socios afectados en la sociedad resultante.

Esta exigencia se refiere a los siguientes supuestos:

a) Cuando alguno de los socios haya contribuido a la sociedad que se va a extinguir mediante la aportación de industria. Por tanto, después de la fusión, esta aportación de industria podría subsistir, pero sufriendo modificaciones.

b) Cuando el socio industrial de la sociedad que se extingue pase a ser socio capitalista de la sociedad resultante.

c) Cuando el socio capitalista que era deudor de una prestación accesoria en la sociedad que se va a extinguir asuma una nueva en la sociedad resultante.

4ª) Los derechos que vayan a otorgarse en la sociedad resultante a quienes tengan derechos especiales o a los tenedores de títulos distintos de los representativos de capital o las opciones que se les ofrezcan.

Esta obligación se refiere a los derechos que vayan a otorgarse a los titulares de derechos especiales o títulos distintos de las participaciones. Pero, como en el presente caso, no existen tales derechos o títulos, no cabe hacer ninguna advertencia en este punto.

5ª) Las ventajas de cualquier clase que vayan a atribuirse en la sociedad resultante a los expertos independientes que hayan de intervenir, en su caso, en el proyecto de fusión, así como a los administradores de las sociedades que se fusionan, de la absorbente o de la nueva sociedad.

Es frecuente que tanto a los expertos independientes como a los administradores que hayan participado en el proyecto común de fusión se les atribuyan una serie de ventajas. Mediante la asignación de tales ventajas, lo que se pretende es reconocer a los expertos y administradores su contribución a la fusión o, en su caso, compensarles por los efectos desventajosos que pudiera producirles la propia modificación estructural.

Estas ventajas pueden consistir en la entrega de cosas específicas o genéricas, prestaciones de garantías, opciones sobre participaciones, aportaciones a fondos de pensiones, préstamos financieros, etc.

Por tanto, la finalidad de incluir tales ventajas en el proyecto común de fusión –las cuales vienen impuestas obligatoriamente por ley— reside en garantizar la transparencia respecto de los intereses personales que pudieran tener expertos independientes y administradores sociales en la realización de la fusión. De esta forma, si las ventajas quedan plasmadas en el proyecto común de fusión, los socios podrán tener conocimiento de ellas y, en consecuencia, decidir sobre su aprobación en la junta que adopte el acuerdo de fusión con conocimiento de causa.

La omisión en el proyecto común de fusión de tales ventajas hará que éstas sean inválidas e inexigibles. No obstante, hay que tener en cuenta que, entre estas ventajas, no se comprenderá la remuneración del administrador o administradores sociales, puesto que dicha información constará en los estatutos sociales de la sociedad resultante de la fusión, lo que viene impuesto por los arts. 23.e) y 217 de la Ley de Sociedades de Capital.

6ª) La fecha a partir de la cual los titulares de las nuevas acciones, participaciones o cuotas tendrán derecho a participar en las ganancias sociales y cualesquiera peculiaridades relativas a este derecho.

En el proyecto común de fusión es obligatorio incluir la fecha exacta a partir de la cual los titulares de las nuevas participaciones van a participar en los beneficios de la sociedad resultante. Ahora bien, hay que tener en cuenta que, si bien los socios de las sociedades que se extinguen van a pasar a formar parte de la sociedad absorbente y adquirir la posición como tales en la misma cuando la fusión por absorción adquiera eficacia –inscripción en el Registro Mercantil—, cabe la posibilidad de que se fije una fecha a partir de la cual se comenzará a participar en los beneficios en un momento distinto a aquél en que adquiera eficacia la fusión.

Además, hay que advertir de la íntima relación que la fijación de la fecha a partir de la cual se va a participar en las ganancias sociales tiene con el tipo de canje. La razón reside en el hecho de que, en función de la fecha seleccionada para la asignación del derecho a participar en los beneficios, los nuevos titulares de

participaciones recibirán más o menos a cambio de las antiguas. De esta manera, en función de la fecha elegida, los nuevos titulares podrán o no participar de los beneficios y, en consecuencia, ello afectará al valor nominal de las nuevas participaciones a adquirir y, por tanto, al tipo de canje.

Por otro lado, cuando se fije la referida fecha no podrán vulnerarse una serie de derechos que vienen establecidos en la Ley de Sociedades de Capital. En este sentido, no se podrá menoscabar el derecho a participar en las ganancias sociales (art. 93.a) LSC), ni el principio de igualdad de trato respecto de los socios que se encuentren en idénticas condiciones (art. 97 LSC).

En todo caso, ha de quedar claro que en el proyecto común de fusión lo único que se viene obligado a indicar por imperativo legal es la fecha a partir de la cual podrán percibir beneficios sociales los nuevos titulares de participaciones de la sociedad adquirente. Cualquier explicación sobre la relación entre el tipo de canje y la referida fecha, así como las conclusiones que han conducido a determinarla deberá ser objeto del informe de los administradores (art. 33 LME) y, en su caso, del de los expertos independientes (art. 34 LME).

7ª) La fecha a partir de la cual la fusión tendrá efectos contables de acuerdo con lo dispuesto en el Plan General de Contabilidad.

La fecha a partir de la cual la fusión tendrá efectos contables es aquella en la cual se cerrará la contabilidad de las sociedades que se extinguen y todas sus operaciones pasarán a contabilizarse en la sociedad resultante, que deberá registrar los elementos que reciba.

En el caso que nos ocupa, dado que estamos ante una fusión de sociedades intra-grupo, habrá que tener en cuenta lo dispuesto en el RD 1159/2010 de 17 de septiembre por el que se aprueban las normas para la formulación de cuentas anuales consolidadas y se modifica el Plan General de Contabilidad. En concreto, la norma de Registro y Valoración 21ª (Operaciones entre empresas del grupo) distingue dos supuestos:

a) Cuando las sociedades del grupo que se hayan fusionado, ya se hubieran incorporado al grupo con anterioridad al inicio del ejercicio en que se aprueba la fusión.

b) Cuando alguna de las sociedades participante de las fusiones se hubiera incorporado al grupo en el mismo ejercicio en que se aprueba la fusión.

En el presente caso estaríamos en el primer supuesto ya que todas las sociedades pertenecían al grupo con anterioridad al inicio del presente ejercicio,

esto es, con anterioridad al 1 de enero de 2020. En consecuencia, la Ley señala que la fecha de efectos contables será la de inicio del ejercicio en que se aprueba la fusión siempre que sea posterior al momento en que las sociedades se hubiesen incorporado al grupo. Así, la fecha de efectos contables a tener en cuenta será el primer día del ejercicio, es decir, el día 1 de enero del año 2020.

Además, para facilitar la operativa, lo más aconsejable sería fijar el cierre del balance de fusión en el día de cierre del ejercicio inmediatamente anterior a la operación (31 de diciembre), de manera que la eficacia contable de la modificación estructural tendrá lugar al día siguiente (1 de enero) que será el primer día del ejercicio durante el cual se aprobará la fusión. Además, a partir de ésta última fecha, los nuevos socios de la sociedad resultante de la operación de fusión adquirirán el derecho a participar en sus resultados.

Con esta solución se pretende básicamente tres cosas: 1) controlar los riesgos que pueda conllevar la fusión a efectos contables, es decir, todos aquellos riesgos que se puedan derivar de una alteración sobrevenida del valor de los patrimonios fusionados producidos entre el momento de acuerdo de la fusión y el momento de inscripción de la operación en el Registro Mercantil; 2) Racionalizar los efectos de la operación estableciendo una coordinación entre el ejercicio económico y el resultado de todas las sociedades participantes; 3) Evitar que las sociedades extinguidas tengan que cerrar un balance de ejercicio partido, que incluiría desde el comienzo de su último ejercicio hasta el momento de inscribirse la fusión.

8ª) Los estatutos de la sociedad resultante de la fusión.

En este caso, dado que estamos ante una fusión por absorción, habrá que incluir los estatutos de la sociedad absorbente en los cuales se podrán plasmar las respectivas modificaciones en relación con las características de la operación. Pero, además, por imperativo del art. 39.1.2º LME, se establece el deber de poner a disposición de los interesados el texto íntegro de los estatutos de la sociedad absorbente. Esta obligación surge, en este caso, para el administrador D. José Ramón con anterioridad a la publicación del anuncio de convocatoria de la junta de socios que haya de resolver sobre la fusión o, en su caso, con anterioridad a la comunicación individual de ese anuncio a los socios. Todo ello, se deberá insertar en la página web y, en su defecto, poner a disposición de los propios interesados en el domicilio social de la sociedad absorbente (SPORTCLOTHES, S.L.).

9ª) La información sobre la valoración del activo y pasivo del patrimonio de cada una de las sociedades absorbidas.

Dentro de esta exigencia, entendemos que se ha de incluir la información relativa a los principios de registro y valoración de los activos y pasivos de las sociedades absorbidas que se hayan aplicado.

10ª) Las fechas de las cuentas de las sociedades que se fusionan utilizadas para establecer las condiciones en que se realiza la fusión.

Se trata de una exigencia que tiene por finalidad dar transparencia a la información que se haya utilizado para realizar el cálculo de la ecuación de canje. Lo que se exige en este punto es una información concreta de las fechas que se han utilizado y las razones por las que se han seleccionado. Ahora bien, dado que la LME ofrece un amplio margen de maniobra para seleccionar la fecha de las cuentas utilizadas para fijar el tipo de canje, la fecha ahora expresada aquí puede coincidir o no con la fecha de cierre del balance de fusión. No obstante, recomendamos en la medida de lo posible, para simplificar las cosas, utilizar una fecha para realizar el cálculo de la ecuación de canje que coincida con la de cierre del balance de fusión. Sin embargo, para el caso de que la fecha del balance de fusión sea demasiado antigua o que los balances de ejercicio utilizados de las diferentes compañías no coincidan también cabe la posibilidad de que la fecha a seleccionar sea una distinta.

11ª) Las posibles consecuencias de la fusión sobre el empleo, así como su eventual impacto de género en los órganos de administración y la incidencia, en su caso, en la responsabilidad social de la empresa.

En este punto la LME está exigiendo la inclusión en el proyecto de las consecuencias de la fusión en tres ámbitos distintos: 1) el empleo; 2) impacto de género en los órganos de administración; y 3) sobre la responsabilidad corporativa tanto de la absorbente como de las absorbidas.

Con la primera de ellas –consecuencias sobre el empleo- se trata de dar transparencia respecto a aquellas cuestiones que puedan afectar a los trabajadores en tanto que son afectados directos de la modificación estructural. En todo caso, lo que deberá hacerse en este punto es explicar y justificar de forma detallada todas aquellas implicaciones que puedan afectar a los trabajadores. Concretamente, será necesario incluir una descripción de los efectos cuantitativos y cualitativos que vaya a tener la operación sobre el empleo y las condiciones laborales de las diversas sociedades implicadas. No obstante, hay que advertir de que estas explicaciones y justificaciones no tendrán como únicos destinatarios a los trabajadores, sino también a socios y acreedores en la medida en que éstos últimos pueden tener ciertos intereses en conocer cuál será el impacto sobre el empleo con la finalidad de adoptar una u otra postura ante la operación.

Como recomendación, también es conveniente incluir en este punto lo establecido por el Estatuto de los Trabajadores en su art. 44.6 que viene a establecer una serie de puntos a informar para el caso de sucesión de empresa. Esta información deberá darse a los representantes legales de los trabajadores que se hayan visto afectados por el cambio de titularidad de la empresa que se haya resultado afectada.

En segundo lugar, será necesario hacer una mención al eventual impacto de género en los órganos de administración. Esto quiere decir que para el caso de que la operación de fusión tenga consecuencias y conlleve alguna modificación sobre la proporción entre sexos en el consejo de administración de la sociedad resultante, será necesario mencionar tal modificación en el proyecto común de fusión y los efectos que ello conlleva. En todo caso, esto es meramente a título informativo. No hay ninguna obligación, ni siquiera de medios, en relación con este extremo, puesto que las compañías no son cotizadas (art. 75 LOI y art. 529bis.2 LSC).

Finalmente, en lo relativo a la posible incidencia en la responsabilidad social de la empresa, será necesario explicar si se ha producido algún cambio respecto a lo que se conoce como responsabilidad social corporativa. Este tipo de responsabilidad social incluye todos aquellos compromisos que una compañía puede tener con el medio ambiente o con la sociedad de la forma parte (por ejemplo, políticas en materia de ecologismo, derechos humanos, distribución equitativa de la riqueza generada, etc.). Se trata de políticas internas de las compañías que van más allá del cumplimiento de sus leyes y normas, llegando a ser cuestiones que tienen que ver con la moral y la ética en la manera de funcionar de cada una de ellas. Por ello, el legislador ha considerado importante implementar esta exigencia, ya que ello podría modificar –intensificar o reducir- las negociaciones con otras compañías, aunque es cierto que, en el caso que nos ocupa, como se trata de una fusión intra-grupo, es probable que no existan demasiadas discrepancias en este punto dado que lo habitual es que todas las sociedades implicadas en la fusión se encuentren en la misma línea respecto a este tipo de políticas.

Como nota final de este punto, es necesario advertir de que todos estos puntos será obligatorio incluirlos en el proyecto común de fusión por imperativo del art. 31 LME. Sin embargo, como se deduce del propio artículo, en el proyecto común de fusión se podrá incluir un contenido de carácter facultativo. Esto es, los administradores podrán incluir en el proyecto todos aquellos pactos o condiciones lícitas que tengan por conveniente. A modo ejemplificativo pueden ser tales como las razones empresariales por las que se ha decidido llevar a cabo la modificación estructural, la identidad de los administradores de cada una de las sociedades participantes en la fusión y la identidad del o de los administradores de la nueva

sociedad –en caso de que cambien- y fecha a partir de la cual tomarán posesión de su cargo, condiciones suspensivas a las que se somete la eficacia de la fusión, así como una cláusula de arbitraje, entre otras.

ii. Publicidad del proyecto común de fusión.

A través de la Ley 1/2012, de 22 de junio, de simplificación de las obligaciones de información y documentación de fusiones y escisiones de sociedades de capital, se incorporó al ordenamiento español la Directiva 2009/109/CE, la cual se dictó con la finalidad de simplificar el número o el contenido de los documentos que deben ser puestos a disposición de los socios. Concretamente, se agilizan los procedimientos de fusión y escisión estableciendo la obligación de publicar el proyecto común, con carácter previo al acuerdo de fusión, en la página web de las sociedades de capital participantes en la operación como una alternativa al depósito del citado proyecto en el registro mercantil.

Así las cosas, la LME en su art. 32 distingue dos supuestos:

1) En primer lugar, en su apartado primero señala que cuando se trate de sociedades que tengan página web corporativa, será necesario que el proyecto común de fusión se publique a través de la misma. En este caso, el legislador no establece un régimen optativo, sino que obliga necesariamente a publicarlo en las respectivas páginas web cuando las sociedades participantes dispongan de ella. Todo ello sin perjuicio de que voluntariamente los administradores decidan depositar un ejemplar del proyecto común de fusión en el Registro Mercantil correspondiente a cada una de las sociedades que participan en ella. Ahora bien, hay que advertir que la publicación a través de la web corporativa debe ser una puesta a disposición de forma gratuita, esto es, que no se podrá publicar en una página web donde el acceso, por ejemplo, para los socios o para quienes tenga derecho a voto sea con carácter restringido o condicionado al abono de un precio.

Una vez se haya insertado el proyecto común de fusión en la web corporativa, ello se hará constar mediante publicación gratuita en el Boletín Oficial del Registro Mercantil, indicando cuál es la página web dónde se ha publicado, así como la fecha de su inserción. En consecuencia, no se entenderá efectuada la publicidad legalmente exigida sino cuando, además de la inserción en la web corporativa de la sociedad, se haya publicado en el Boletín Oficial del Registro Mercantil.

En cuanto al plazo, se dispone que la inserción en la página web del proyecto común de fusión, así como la publicación de este hecho en el Boletín Oficial del Registro Mercantil se deberá realizar con una antelación mínima de un mes a la fecha prevista para la celebración de la junta general que haya de decidir sobre la fusión. Y el proyecto común de fusión deberá mantenerse publicado en la

web corporativa hasta que finalice el plazo de que disponen los acreedores para ejercitar su derecho de oposición a la fusión.

2) En segundo lugar, apartado segundo del art. 32 LME, se prevé el supuesto para aquellos casos en que las sociedades participantes de la operación no tengan página web corporativa. La solución que ofrece la Ley en este caso pasa por la obligación de depositar obligatoriamente un ejemplar del proyecto común de fusión en el Registro Mercantil en que estuviera inscrita la sociedad en cuestión. En consecuencia, de la misma forma que en el caso anterior, el hecho del depósito del proyecto común de fusión en el Registro Mercantil deberá ser publicado en el Boletín Oficial del Registro Mercantil por el registrador mercantil central previa comunicación del registrador mercantil del lugar donde se haya efectuado el depósito.

En este caso, donde las sociedades implicadas en la operación no tienen página web y, por tanto, deben depositar el proyecto común de fusión en el Registro Mercantil, debemos acudir al Reglamento del Registro Mercantil para conocer la función de calificación por parte del Registrador de turno. En este sentido, conforme al art. 226.2 RRM, el Registrador procederá a calificar solamente en aquellos casos en que el documento presentado es el exigido por la Ley y si está debidamente suscrito. Así, el registrador se limita a un realizar un examen meramente formal, de manera que, una vez haya comprobado que se han cumplido los requisitos formales exigidos, se tendrá por efectuado el depósito.

Como última advertencia en este punto, cabe señalar que la publicación del anuncio de convocatoria de las juntas de socios de las sociedades implicadas que vayan a decidir sobre la fusión, no podrá realizarse antes de la publicación de la inserción o del depósito del proyecto en el BORME.

Por tanto, a modo de resumen, la manera de proceder es la siguiente:

1º) Se deberá insertar el proyecto común de fusión en la página web o, en caso de no tener web corporativa, se deberá depositar en el Registro Mercantil.

2º) Posteriormente, se deberá publicar en el BORME el hecho de la inserción del proyecto en la web corporativa o del depósito en el citado Registro. Obviamente, realizando los trámites previos correspondientes.

3º) Se deberán insertar los documentos relativos a la operación de fusión en la página web. Estos documentos son todos aquellos que sean relevantes en relación con la fusión, aparte del proyecto común de fusión, aunque es posible que tales documentos se hayan insertado en la página web de manera simultánea al proyecto común de fusión.

4º) Para finalizar, a partir del mismo día en que se proceda a anunciar en el BORME el hecho de la inserción en la página web o a su depósito, se podrá publicar el anuncio de la convocatoria de la junta que haya de decidir sobre la fusión.

iii. El informe de los administradores.

En una operación de fusión el informe de los administradores es un documento de carácter obligatorio, salvo en aquellos casos en que la propia LME exonere de su realización. En el caso que nos ocupa será obligatoria ya que el presente supuesto no entra dentro de ninguna de las excepciones a las que la Ley hace referencia.

Se trata de un documento integrante de la fase preparatoria que deberá consistir en un explicar y justificar detalladamente el proyecto común de fusión en sus aspectos jurídico y económicos (art. 33 LME). En consecuencia, los socios, durante la celebración de la junta, podrán realizar preguntas y objeciones a los administradores sobre el informe. Todo ello con la finalidad de que los propios interesados formen un criterio razonable y lógico para tomar una decisión acerca de la futura operación, es decir, si emiten su voto favorable o no a la fusión.

En cuanto a su contenido, como hemos dicho anteriormente, se deberán explicar y justificar los aspectos jurídicos y económicos, pero la LME concretamente hace especial hincapié en el tipo de canje de las participaciones, a aquellas especiales dificultades de valoración que puedan darse en la operación, así como el impacto que la fusión pudiera tener sobre los socios, acreedores y trabajadores.

Con la explicación jurídica y económica se deberán justificar las razones de por qué y para qué se va a llevar a cabo la operación de fusión con la finalidad de que los socios adopten una decisión con conocimiento de causa siendo conscientes de la razón de ser, el fundamento y la justificación de la propuesta que se somete a su aprobación.

Ahora bien, la explicación deberá cumplir con dos requisitos fundamentalmente: 1) deberá ser redactado de forma clara y comprensible para los destinatarios, es decir, que se comprenda de forma sencilla por un destinatario medio evitando tecnicismos que puedan llevar al no entendimiento o a confusión. 2) El informe deberá ser suficiente que es la cuestión más problemática en este tipo de informes. De ahí, que lo más recomendable es realizar un informe libre de explicaciones escuetas y laxas, de forma que se haga una exposición de las circunstancias de forma exhaustiva para, posteriormente, poder realizar las justificaciones oportunas. No obstante, habrá que ir con especial cautela con el deber de secreto que se impone a los administradores (art. 228 b) y 229.1 c) LSC), ya que cabe la posibilidad de

que en el informe se deban incluir cuestiones que no puedan relevarse por estar amparadas por este deber de secreto. En este caso, el buen proceder pasa por dejar constancia de que tal cuestión no puede ser relevada atendiendo al interés social y justificando la omisión de la misma en el informe.

Además, conviene advertir, por un lado, que el falseamiento de dicho informe daría lugar a un ilícito penal tipificado en el art. 290 del Código Penal castigado con una pena de prisión de 1 a 3 años y multa de 6 a 12 meses. De ahí que dicho informe haya de redactarse con especial cuidado y diligencia. Y, por otro lado, en caso de omisión o inexistencia del informe, se incurrirá en una causa de nulidad del acuerdo al que se pudiera llegar en la junta sobre la adopción de la fusión, lo que no podrá subsanarse mediante la presentación de un informe posterior. Esto es, cabrá la acción de nulidad de la fusión si es posterior a la inscripción (art. 47 LME), puesto que la única causa que hace prosperar la acción de nulidad es la contravención de normas de la LME.

Por su parte, hay que tener en cuenta que del art. 33 LME se deduce que será necesario elaborar un informe por los administradores de cada una de las sociedades. Así, en el caso que nos ocupa será necesario un informe de cada una de las compañías participantes en la operación (SPORTCLOTHES, S.L., ROPAYCALZADO, S.L y TEXTUR, S.L.). Dicho informe correspondiente a cada una de ellas, deberá ser realizado por el Administrador único D. José Ramón.

No obstante, en orden a facilitar el procedimiento sería recomendable que se realizara un informe conjunto de todas ellas, ya que además de ser la misma persona la responsable de confeccionarlo, se trata de una fusión entre compañías de un mismo grupo. La LME tan sólo exige que cada sociedad emita un informe, exigencia que no puede considerarse incumplida porque lo hagan conjuntamente. Lo importante, en definitiva, no es que existan uno solo o varios informes formalmente distintos, sino que pueda considerarse cumplida la exigencia legal, porque puedan satisfacerse los intereses que con ella se protegen . Por tanto, si el posible informe conjunto cumple con los requisitos que debieran tener los respectivos informes de cada sociedad, no parece necesario exigir la existencia de varios informes –uno correspondiente a cada sociedad-.

En cuanto a la forma, es necesario que este informe se plasme por escrito, ya sea en soporte papel o a través de medios digitales. Aunque la LME guarda silencio sobre este punto, esta exigencia vendría impuesta por el cumplimiento de los derechos de información que ostentan los socios, acreedores, obligacionista y titulares de derechos especiales. No obstante, ello no impide que se puedan hacer las explicaciones o aclaraciones verbales por parte de los administradores en la junta general que decida sobre el acuerdo. Ahora bien, estas aclaraciones verbales no pueden servir como método de subsanación de aquellos defectos de

contenido, y menos aun cuando esa información que se proporciona de forma verbal se refiera a cuestiones especialmente relevantes.

Este informe deberá poder descargarse de forma gratuita y sin restricción de acceso en la web corporativa de la sociedad. Y, para el caso de que la sociedad no tenga página web, tendrá que ponerse a disposición de los interesados – socios, obligacionistas, titulares de derechos especiales y representantes de los trabajadores- en el domicilio social de cada una de las sociedades participantes en la operación. En este sentido, como señala el art. 39.1 LME, tendrán derecho a recoger una copia íntegra del informe, así como a la entrega o al envío gratuito de un ejemplar.

c) La fase decisoria.En esta fase se va a decidir sobre el acuerdo de fusión, es decir, se trata de la fase donde los socios reunidos en junta general van a emitir su voto sobre la operación y, en consecuencia, decidir sobre la aprobación o no de la fusión. Esta junta general deberá, como hemos señalado anteriormente, convocarse con un mes de antelación, como mínimo, a la fecha prevista para la celebración de la misma.

i. El acuerdo de fusión por cada sociedad participante.

La operación de fusión deberá acordarse por cada una de las sociedades participantes, en todo caso, en un plazo de 6 meses a contar desde la fecha del proyecto de fusión. En caso contrario, el proyecto de fusión quedará sin efecto (art. 30.3 LME).

Es conveniente advertir que, para que los socios tomen una decisión sobre la fusión con conocimiento de causa, es necesario poner a su disposición una información previa que es la contenida en el art. 39.1 LME. Además, es necesario tener en cuenta que todas aquellas modificaciones relevantes del activo y del pasivo que hayan acaecido en cualquiera de las sociedades que se fusionan entre la fecha de redacción del proyecto de fusión y la fecha de reunión de la junta que debe aprobar la operación, se deberán comunicar a todas las sociedades que se fusionan. En este sentido, el administrador de la compañía en que se haya producido la modificación deberá ponerlo en conocimiento de los administradores de las demás sociedades para que éstos informen a las juntas que hayan de decidir. En este caso, sería el administrador único D. José Ramón quien se encargaría de comunicarlo a todas las sociedades implicadas en la operación.

Con toda la información necesaria, los socios deberán emitir su voto sobre la aprobación de la operación. La junta de cada sociedad deberá adoptar la decisión que estime conveniente, ésta podrá ser a favor o en contra. Ahora bien, la decisión sobre la fusión deberá ajustarse estrictamente a lo establecido en el proyecto

común de fusión, de forma que cualquier decisión que implique una modificación de la fusión equivaldrá al rechazo de la propuesta (art. 40.1 LME).

En cuanto al quórum de constitución de la Junta y el régimen de mayoría, cabe señalar que el art. 40.1 se remite a "los requisitos y formalidades establecidos en el régimen legal de las sociedades que se fusionan". De ahí, que haya que remitirse a la Ley de Sociedades de Capital (arts. 199 y ss LSC).

Dado que estamos ante una fusión donde todas las sociedades que participan son sociedades de responsabilidad limitada, en este caso no se exige un quórum de asistencia mínimo para formar la junta que haya de decidir sobre la operación. Lo único que la LSC exige es que, en el momento de la votación, se encuentren presentes los socios necesarios para adoptar el acuerdo en cuestión. En este sentido, como estamos ante una modificación estructural como la fusión, la LSC prevé una mayoría reforzada en su art. 199 donde señala que, para el caso que nos ocupa, se requiere el voto favorable de, al menos, dos tercios (66%) de los votos correspondientes a las participaciones en que se divida el capital social.

Dadas estas circunstancias, para conseguir la mayoría necesaria en cada una de las sociedades participantes, quedaría de la siguiente manera:

1. SPORTCLOTHES, S. L.: Dado que D. José Ramón ostenta el 70 % de las participaciones de la sociedad, únicamente con el voto favorable de éste sería suficiente para adoptar el acuerdo de fusión en el seno de la junta de socios.

2. TEXTUR, S. L.: El socio mayoritario en esta sociedad es SPORTCLOTHES, S. L. que cuenta con el 80 % de las participaciones y que, a su vez, está representado por la persona física D. José Ramón, quien emitiendo su voto favorable ya sobrepasaría el mínimo exigido para adoptar el acuerdo de fusión.

3. ROPAYCALZADO, S. L.: Como en la anterior, se trata de una sociedad participada al 80 % por la sociedad matriz SPORTCLOTHES, S. L. que, a su vez, también está representada por la persona física D. José Ramón. En este sentido, con su voto favorable se alcanzaría el mínimo exigido para adoptar el referido acuerdo.

Conviene matizar que el voto es del socio, no del representante. Por tanto, cuando se habla del voto de D. José Ramón, no hay que olvidar que, si bien es cierto que en SPORTCLOTHES sí que vota como socio, en las otras sociedades el voto consta a nombre de SPORTCLOTHES, cuyo representante persona física es D. José Ramón.

Parece lógico que la decisión de D. José Ramón en cada una de las diferentes sociedades participantes se dirija en el mismo sentido, de forma que difícilmente nos vamos a encontrar con alguna junta de socios cuya decisión discrepe de las restantes.

Una vez se haya adoptado el acuerdo de fusión, se deberá comunicar a los socios y acreedores. En este sentido, el art. 43 LME señala que dicho acuerdo deberá publicarse en el Boletín Oficial del Registro Mercantil y en uno de los diarios de gran circulación en las provincias en las que cada una de las sociedades tenga su domicilio. Sin embargo, no será necesaria la publicación cuando el referido acuerdo se comunique de forma individual por escrito a todos los socios y acreedores a través de un procedimiento que asegure su recepción en el domicilio que se señale en los documentos que obren en poder de la sociedad. Sin embargo, conviene hacer una precisión respecto a este tipo de comunicación –comunicación individual a todos los socios y acreedores- , ya que si se opta por esta vía la escritura deberá recoger la manifestación relativa tanto al modo concreto en que se ha llevado a cabo la comunicación individual, así como la fecha en que se ha llevado a cabo la última comunicación . Esto permitirá que el registrador pueda verificar que no ha existido, en su caso, manifestación alguna del derecho de oposición.

En todo caso, será necesario que se haga saber a los socios y acreedores los derechos que les asisten, esto es, el derecho a obtener el texto íntegro del acuerdo de fusión adoptado y del balance de la fusión, así como el derecho de oposición de los acreedores –el cual que explicamos en el siguiente punto con más detalle-. Y, concretamente, para el caso de comunicación individual por escrito a los acreedores, se exige: 1) que conste el derecho de los acreedores de obtener el texto íntegro del acuerdo adoptado y del balance de fusión, así como su derecho de oposición; 2) que el otorgante confirme que se ha cumplido la obligación de puesta a disposición de los acreedores y de los socios de los correspondientes documentos.

ii. Derechos de socios, acreedores y obligacionista frente a la fusión. En especial el derecho de oposición.

Una vez se ha publicado el último anuncio del acuerdo de fusión en el BORME o se haya enviado la comunicación al último de los socios y acreedores, los socios y acreedores podrán ejercitar los derechos que les corresponden según LME.

En el caso de los socios, cuando alguno de ellos se considere perjudicado por la relación de canje establecida tiene la posibilidad de impugnar el balance de fusión de la sociedad de la cual son parte. Como ya indicamos en un punto anterior, esta impugnación no afectará a la eficacia de los acuerdos de fusión ni a la ejecución

de la misma. Lo que sí se puede pretender por parte del socio es el abono de una indemnización con el objeto de compensar aquellos daños y perjuicios que se le hayan podido causar por el tipo de canje.

Por lo que respecta a acreedores y obligacionistas, cabe señalar que éstos pueden ejercitar su derecho de oposición (art. 44 LME). Ahora bien, tanto acreedores como obligacionistas podrán ejercitar su derecho siempre y cuando sus créditos cumplan los siguientes requisitos:

1. El crédito debe haber nacido con anterioridad a la fecha en que el proyecto de fusión se insertó en la página web de la compañía o, en su caso, antes de que el proyecto se hubiera depositado en el Registro Mercantil.

2. Que el crédito no estuviera vencido en el momento en que el proyecto se insertó en la web corporativa o antes del depósito del mismo en el Registro.

3. Alternativamente, para el caso de que el proyecto de fusión no se hubiera insertado en la página web de la sociedad ni tampoco se hubiera depósito en el Registro Mercantil, la fecha que se tomará como referencia será la de publicación del acuerdo de fusión o de la comunicación individual por escrito de ese acuerdo al acreedor. Esto es, que el crédito debe haber nacido y no estar vencido con anterioridad a alguna de estas dos últimas fechas.

El plazo de que disponen para ejercitar estos derechos, tanto socios como acreedores y obligacionistas, es de un mes a contar desde la publicación del último anuncio del acuerdo por el que se aprueba la fusión o, en su caso, desde la comunicación por escrito con carácter individual al último de ellos.

Ahora bien, la LME contempla una excepción para los obligacionistas en virtud de la cual si la fusión hubiera sido aprobada por la asamblea de obligacionistas, éstos perderán su derecho de oposición. También, como es lógico, si el crédito de que disponen los acreedores se encontrara ya lo suficientemente garantizado, no cabrá ejercitar el derecho de oposición.

Hasta ahora hemos explicado los derechos de socios, acreedores y obligacionistas, los cuales no siempre y en todo caso serán ejercitado. Sin embargo, para el caso de que así sea, conviene tener en cuenta cuáles van a ser los efectos que el ejercicio de estos derechos pueda tener sobre la operación de fusión.

En este sentido, cuando alguno de los acreedores decida oponerse a la fusión, la sociedad puede actuar de dos formas: 1) bien presentar una garantía suficiente que satisfaga al acreedor; 2) o bien notificar al acreedor en cuestión de que una

entidad de crédito habilitada debidamente haya prestado una fianza en favor de la propia sociedad. Todo ello por la cuantía del crédito del que es titular el acreedor.

Por tanto, ejercitado el derecho de oposición por alguno de los acreedores u obligacionistas, mientras la sociedad no preste las referidas garantías, la fusión no podrá llevarse a efecto. No obstante, para el caso de que, pese a que la sociedad no preste garantía suficiente y sí lleve a efecto la fusión, la LME señala que el acreedor que se hubiera opuesto tiene la posibilidad de solicitar al Registro Mercantil de que, en una nota al margen de la inscripción practicada, se deje constancia de su ejercicio del derecho de oposición.

d) La fase de ejecución de la fusión.

i. El otorgamiento de la escritura pública.

A tenor del art. 45.1 LME, las sociedades participantes de la fusión deberán elevar a escritura pública el acuerdo de fusión. Dicha escritura deberá tener un contenido esencial que, en el caso que nos ocupa, deberá ser el siguiente:

1) Una declaración por parte de los otorgantes de que se han cumplido las obligaciones en lo relativo a los deberes de información. Especialmente, que no se han restringido los derechos de información correspondientes a los representantes legales de los trabajadores.

2) Constancia de que no existe ninguna oposición por parte de acreedores y obligacionistas. O, en caso de que exista, deberá constar la identidad de quien se hubiera opuesto, la cuantía de los créditos así como las garantías que la sociedad haya prestado.

3) Fecha de publicación en el Boletín Oficial del Registro Mercantil del depósito del proyecto, así como la fecha de publicación en el mismo del acuerdo de fusión.

4) El contenido íntegro del acuerdo de fusión.

5) Como se trata de una fusión por absorción, también deberán incluirse las modificaciones estatutarias que se hubieren acordado por la sociedad absorbente, así como el número, clase y serie de las participaciones que se vayan a atribuir a cada socio.

Y, por su parte, deberá incorporarse a la escritura:

1) El balance de fusión de las sociedades que se fusionan.

2) Certificación de los acuerdos en los que se detallen los elementos del activo y del pasivo e indicando en nombre de las cuentas de activo y pasivo a las que pertenece cada una de las relaciones de elementos patrimoniales que se fusionan.

3) El proyecto de fusión, salvo que ya esté depositado en el Registro Mercantil en que se vaya a depositar la escritura.

4) Los ejemplares de las publicaciones (publicación de la convocatoria de la Junta y publicación del acuerdo de fusión).

5) El informe de los administradores en el que se explique y justifique detalladamente el proyecto de fusión.

ii. La inscripción en el Registro Mercantil y extinción de las sociedades que se fusionan, integrándose en la absorbente.

Una vez se haya formalizado la operación en escritura pública, será necesario inscribirla en el Registro Mercantil para que produzca su eficacia (art. 46 LME) y sea oponible frente a terceros. En este caso, lo que habrá que inscribir es la absorción en el Registro competente. En consecuencia, una vez inscrita, se cancelarán los asientos registrales de las sociedades extinguidas (TEXTUR, S.L. y ROPAYCALZADO, S.L.). No obstante, mientras no se produzca esa inscripción, estas sociedades absorbidas conservarán su personalidad jurídica.

Es interesante traer a colación el art. 55 del RRM que considera como fecha de inscripción la fecha del asiento de presentación. Sin embargo, esto se ha visto matizado por la DGRN.

Además, dado que estamos ante tres compañías cuyos domicilios se encuentran en sitios diferentes y, por tanto, el Registro competente en cada una de ellas es distinto, conviene tener en cuenta lo dispuesto por el art. 231.1 RRM. En este sentido, el citado precepto, para el caso de una fusión entre sociedades con domicilios en varios Registros, viene a decir que la inscripción de la fusión deberá practicarse haciendo constar en el título una nota que vaya firmada por los registradores de las sociedades que se extinguen señalando que no existen obstáculos para realizar la inscripción de la fusión en un Registro distinto al que competería a las mismas. De esta forma, como viene a decir la DGRN no se podrá llevar a cabo la inscripción en el Registro Mercantil de destino en tanto el registrador del registro competente de las sociedades absorbidas no señale que no existen obstáculos para proceder a ello.

C) Posibles impugnaciones de la fusión

Antes de entrar en materia, conviene señalar que, por lo que respecta a las impugnaciones de la fusión, éstas se pueden llevar a cabo conforme a la LSC, o bien conforme a lo previsto por la LME, teniendo en cuenta que estas impugnaciones no son alternativas, sino que, dependiendo del momento y de las circunstancias, se podrá adoptar una u otra vía. El punto de inflexión que determina cuando impugnar a través de una normativa u otra, normalmente será la inscripción de la fusión. Esto es, hasta que la sociedad no está inscrita en el Registro Mercantil – y, por tanto, no ha tomado efecto constitutivo de sociedad, no puede entrar en juego el art. 47 LME, sin embargo, será posible impugnar conforme al régimen general previsto en la Ley de Sociedades de Capital, ya que el citado artículo 47 no excluye su aplicación.

a) Impugnación de la fusión conforme a la LSC (acción de impugnación del acuerdo).

El acuerdo de fusión podrá ser impugnado conforme a lo preceptuado en los arts. 204 a 208 LSC. Estos artículos están orientados para aquellos casos en que se han vulnerado o han podido vulnerar, por ejemplo, los intereses de cualquier persona legitimada. En este sentido, se podrán impugnar aquellos acuerdos que sean contrarios a la Ley, se opongan a los estatutos o lesionen los intereses de la sociedad en beneficio de uno o varios socios o de terceros (art. 204.1 LSC).

Esta impugnación, previa a la inscripción, es un régimen que no es propio de la LME, sino de la LSC y que sirve para impugnar aquellos acuerdos que vulneren los intereses de aquellos perjudicados. Para entender este régimen de impugnación es conveniente situarnos en la fase en que se encuentra el proceso de fusión. De esta forma, en tanto en cuanto no se haya producido la inscripción de la fusión, las sociedades participantes –tanto absorbentes como absorbidas- conservan su personalidad jurídica hasta el punto que tienen que confeccionar de forma individual sus propios balances contables.

Por tanto, como regla general, se van a poder impugnar a través de este mecanismo los acuerdos sociales adoptados en junta general que:

a) Sean contrarios a la Ley y, en particular, al orden público.

b) Se opongan a los estatutos sociales o al reglamento de la junta.

c) Lesionen los intereses de la sociedad en beneficio de uno o varios socios o de terceros.

Conviene señalar aquí que, a raíz de la reforma operada por la Ley 31/2014, desapareció la distinción entre acuerdos nulos y anulables, esto es, entre aquellos contrarios a la Ley y los contrarios a los estatutos y los lesivos para la sociedad en beneficio ajeno. Esta distinción suponía que a cada categoría –nulos y anulables- se proporcionara un tratamiento diferente en cuanto a plazos de impugnación y legitimación.

Por su parte, en el régimen vigente, incorporado mediante la Ley 31/2014, se extendió el ámbito de los acuerdos contrarios al interés social. En concreto, se asimilaron a éstos los acuerdos abusivos.

El acuerdo lesivo más habitual suele pasar por el hecho de que algún socio o socios consideran que el valor que se le ha dado a su sociedad es inferior al que realmente le corresponde y, por tanto, la ecuación de canje hace que sufra un perjuicio en favor de las demás sociedades participantes en la operación. Además, también es bastante frecuente y, por eso, conviene advertirlo que en el caso de grupos de sociedades donde –como es el caso- existe una dirección de control por parte de la matriz, se adoptan acuerdos lesivos a favor de la dominante y en detrimento de las demás sociedades o socios minoritarios, lo que puede dar lugar a posibles impugnaciones por parte de éstos últimos.

Por lo que se refiere al plazo de impugnación (art. 205 LSC), cabe señalar que, salvo que se trate de acuerdos contrarios al orden público –cuyo plazo no caduca-, la acción de impugnación caducará en el plazo de un año. Y el *dies a quo* del plazo computa desde:

a) Si el acuerdo se ha adoptado en junta de socios, desde la fecha de adopción del acuerdo.

b) Si el acuerdo se ha adoptado por escrito, desde la fecha de recepción de la copia del acta.

Estamos ante un plazo de caducidad, de forma que no se interrumpe por ninguna actuación extrajudicial y se computará de fecha a fecha (art. 5 Código Civil). Así, a modo ejemplificativo, si el acuerdo se adopta el 13 de junio de 2020, el plazo para presentar la demanda finalizará el día 13 de junio de 2021.

El *dies a quo* en el caso de la acción de nulidad del acuerdo empezará a contar desde la fecha de la publicación de la adopción del acuerdo en el Boletín Oficial del Registro Mercantil.

Además, también es importante conocer quiénes son los que están legitimados activamente (art. 206 LSC). Cabe señalar que cuanto más grave es la infracción

que se comete, el círculo de legitimados para impugnar el acuerdo se amplía. De esta forma, dependiendo de que se trata de un acuerdo contrario al orden público u otro tipo de acuerdos, hay que distinguir:

a) Si se trata de un acuerdo contrario al orden público estarán legitimados: 1) Cualquier socio, aunque haya adquirido tal condición después de la adopción del acuerdo; 2) Cualquier administrador; 3) Los terceros que acrediten un interés legítimo.

b) Si se trata de otro acuerdo –distinto de los contrarios al orden público- estarán legitimados: 1) Los socios que haya adquirido tal condición con anterioridad a la adopción del acuerdo, siempre que no hayan votado a favor del acuerdo y, además, representen, al menos, al 1% del capital social individual o conjuntamente. También cabe la posibilidad de que los estatutos prevean un porcentaje inferior al 1%. No obstante, aunque los socios no consigan llegar al porcentaje, tendrán derecho en todo caso a la indemnización de los daños y perjuicios derivados del acuerdo en cuestión; 2) Cualquier administrador; 3) Los terceros que acrediten un interés legítimo.

Hay que tener en cuenta que, respecto de socios y administradores, se presume el interés legítimo y, por ello, no debe justificarse. Por el contrario, los terceros sí que tendrán que justificar en la demanda dicho interés legítimo.

Por lo que refiere a la legitimación pasiva, estas acciones de impugnación deberán ir dirigidas contra la sociedad que comparecerá en juicio a través de sus representantes legales, en este caso D. José Ramón.

En cuanto a lo que abarca el contenido de cada una de las impugnaciones conviene distinguir:

1) Para el caso de que estemos ante un acuerdo de modificación estructural, éstos se engloban dentro de aquellos que son contrarios a la ley. Concretamente, las impugnaciones se referirán a cuestiones tales como la convocatoria y publicidad de la junta, mayorías necesarias para la adopción del acuerdo, derechos de información de los socios, etc. Sin embargo, aunque estemos ante impugnaciones conforme a la LSC, como hemos dicho, la acción de impugnación comprende aquellos acuerdos contrarios a la ley y, en consecuencia, también incluiría aquellos acuerdos que contravengan lo dispuesto por la LME. Incluso la contravención de leyes en materia de competencia o relativas a aspectos contables. También se incluirán entre los acuerdos contrario a la ley aquellos que se hayan adoptado en fraude de ley (art. 6.4 CC), de mala fe (art. 7.1 CC) o con abuso de derecho (art. 7.2 CC). Aunque el abuso de derecho se puede reconducir a través del interés social en virtud del art. 204.1 LSC.

2) Los acuerdos que se consideran contrarios al orden público serán aquellos que por sus circunstancias, causa o contenido son contrarios al orden público. No obstante, es conveniente precisar qué se entiende por orden público. En este sentido, cabe señalar que el orden público no se refiere solamente a los derechos y libertades amparados por la constitución, sino también a derechos previstos por la ley. Atendiendo a la doctrina jurisprudencial, el Tribunal Supremo ha venido a decir que "el concepto de orden público en el ámbito de los acuerdos sociales es de los denominados indeterminados, y que generalmente se aplica a acuerdos, convenios o negocios que suponen un ataque a la protección de los socios ausentes, a los socios minoritarios e incluso a terceros, pero siempre con una finalidad, la de privarles de la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) ". También que debe considerarse como contrario al orden público un acuerdo que vulnere de algún modo normas imperativas que afecten a la esencia del sistema societario, así como normas relativas a derechos fundamentales.

3) Acuerdo Por último, respecto a aquellos acuerdos contrarios a los estatutos, este tipo de acuerdos pueden ser de dos tipos: 1) Por un lado, puede tratarse de acuerdos que sean contrarios a una cláusula estatutaria que simplemente reproduce lo que establece un precepto legal imperativo, lo que supondría que el acuerdo sería impugnable por ser contrario a la ley; 2) Y, por otro lado, aquellos acuerdos que contravienen una cláusula estatutaria que regula algún aspecto de forma distinta a la ley –claro está, dentro del margen de maniobra que aquella le otorga-, el cual sí que será impugnable por su contrariedad a los estatutos. Además, cabe incluir aquí también aquellos acuerdos que sean contrarios al reglamento de la junta cuando dicho reglamento exista, lo que no siempre ocurrirá.

4) Por lo demás, la anotación preventiva de la resolución judicial firme que ordene la suspensión del acuerdo sobre la fusión que se vaya a inscribir, se practicará –como hemos dicho- por el Registrador (art. 208 LSC), pero sin ningún tipo de tramitación especial. De esta forma, con la anotación se podrá retrasar la eficacia de la fusión hasta que se produjera la inscripción registral y, por tanto, no se producirían los siguientes efectos:

a) Extinción de las sociedades que se vayan a absorber (ROPAYCALZADO, S.L. y TEXTUR, S.L.).

b) Transmisión e integración en bloque de los patrimonios sociales.

c) Reordenación de los socios y distribución de las cuotas conforme al tipo de canje.

Por su parte, el interesado que solicite las medidas cautelares deberá cumplir los requisitos típicos (art. 728 LEC) para que la medida cautelar llegue a buen fin, a saber:

1) Peligro por la mora procesal: Se requerirá una justificación de que existe el peligro de que, durante la vigencia del proceso, si no se adoptan las medidas solicitadas, se podrían producir situación que dificulten o impidan la efectividad de la tutela otorgada por la posible sentencia estimatoria.

2) Apariencia de buen derecho: Se deberán presentar aquellos datos y argumentos plasmados en soporte documental que lleven al Tribunal a llegar a una conclusión lógica de que existen indicios favorables a la pretensión invocada.

3) Caución suficiente: Se deberá presentar una caución en cantidad suficiente para responder de los posibles daños y perjuicios que la adopción de la medida cautelar pudiera causar al patrimonio de la sociedad que se demanda. Conviene advertir que, en el caso de fusiones, esta cantidad suele ser bastante elevada.

Por lo que se refiere al procedimiento a seguir para el caso de las impugnaciones hay que estar al art. 207 LSC el cual señala que se seguirán los trámites del juicio ordinario (art. 249.1.3º LEC) con remisión a la Ley de Enjuiciamiento Civil. No obstante, para conocer la competencia objetiva habrá que estar al art. 86 ter de la Ley Orgánica del Poder Judicial que determina que serán competentes los Juzgados de lo Mercantil. Y, en lo relativo a la competencia territorial, cabe traer a colación el art. 52.1.10ª LEC que determina que en materia de impugnación de acuerdos sociales serán competentes los tribunales del lugar del domicilio social. No obstante, si en los estatutos sociales existe una cláusula donde se prevea el procedimiento arbitral para el caso de impugnación de acuerdos sociales, esto vinculará a socios y administradores, los cuales deberán acudir al arbitraje.

Finalmente, conviene tener en cuenta cuáles son los efectos que puede producir la declaración de nulidad antes de la inscripción registral, esto es, cuando se impugna el acuerdo de fusión conforme a la LSC.

En este sentido, hay que tener en cuenta que, cuando se impugna un acuerdo social lo lógico-como hemos dicho- es que se haga junto con la solicitud de una medida cautelar cuya estimación impediría la inscripción. Por tanto, al no estar inscrito el acuerdo no se producen los efectos típicos de la fusión –disolución de sociedades, integración de patrimonios, etc.-y, en consecuencia, los efectos de la impugnación quedan atenuados respecto a terceros. No ocurre así respecto a las relaciones internas entre las sociedades o posibles pactos entre socios cuyas negociaciones pueden quedar paralizadas y, en cierta forma, condicionadas a elementos inciertos e inseguros.

No obstante, es cierto que tanto socios, acreedores o terceros, cuando tienen razones de peso para sostener el *periculum in mora* y el *fumus boni iuris,* pueden situarse en una posición de fuerza dominante que les permita negociar sobre sus reclamaciones y desistir de la impugnación, sacando rédito de ello con la finalidad de que la operación de fusión continúe su procedimiento. Ahora bien, en este punto, como medida ventajosa para la sociedad, es útil traer a colación el art. 207.2 LSC que viene a indicar que, en caso de que fuera posible eliminar la causa de la impugnación, el juez podrá conceder un plazo razonable para subsanarla a la sociedad, previa solicitud de ésta. Por tanto, lo recomendable en este caso, con carácter previo a la negociación con el impugnante, convendría analizar y valorar cuál o cuáles son las causas de impugnaciones que se alegan para, si es posible, proceder a su subsanación en el plazo de tiempo concedido por el juez.

b) Impugnación de la fusión conforme a la LME.

En este apartado, la explicación de la fusión va a girar, fundamentalmente, en torno al art. 47 de la Ley de Modificaciones Estructurales. En este sentido, el mismo señala que ninguna fusión podrá ser impugnada, una vez practicada su inscripción, cuando se haya realizado conforme a lo preceptuado en "esta Ley". Parece claro que aquí la LME se está refiriendo a lo que contenga la propia Ley de Modificaciones Estructurales, con excepción de lo contenido en los estatutos y lo referido al interés social. En este sentido, la nulidad eventual o dialécticamente apreciable de las modificaciones estatutarias no implicaría la de los acuerdos de fusión.

Como hemos señalado en alguna ocasión anterior, el plazo que establece la LME para la acción de impugnación caduca a los tres meses, contados desde la fecha en que la fusión fuera oponible a quien invoca la nulidad. De ahí la importancia de obtener una medida cautelar que posibilite una anotación preventiva, para así evitar el riesgo de que pase el plazo de tiempo tan breve de tres meses. Por tanto, Lo importante es que la demanda se presente en el juzgado antes de que pasen los tres meses. No obstante, los derechos de socios y terceros quedan a salvo, de manera que estos podrán pedir el resarcimiento de los daños y perjuicios que se les hayan causado. Lo podrán solicitar tanto a la sociedad participante en la fusión de la forman parte, como a la sociedad absorbente si la anterior si hubiera extinguido con ocasión de la operación. También, tanto socios como terceros –trabajadores, acreedores, etc.-, pueden ejercitar la acción frente al notario o registrador que haya actuado en contra de lo previsto en la LME, así como frente al administrador o administradores para exigirles responsabilidades.

En cuanto al *dies a quo* el art. 47 determina como fecha desde "que la fusión fuera oponible a quien invoca la nulidad". Pero para aclarar esto, con el actual régimen de la LME, procede tomar como referencia la publicidad registral de la

inscripción de la fusión. Para afirmar esto basa sus motivos en que la publicidad del acuerdo de fusión no es suficiente para determinar si la fusión se va a perfeccionar, en tanto que puede ocurrir que si los acreedores ejercitan su derecho de oposición, por los motivos que sea, no se pueda garantizar sus créditos y la fusión no se perfeccione.

De esta forma, si quien impugna es un socio, el *dies a quo* será la inscripción en el Registro Mercantil. Y, por el contrario, si es un tercero, el *dies a quo* empezará desde la publicación en el BORME.

Por lo que se refiere a la legitimación hay que distinguir:

1) Respecto a la legitimación activa, parece deducirse del art. 47 LME que no se excluye a ninguna persona para impugnar la fusión. En consecuencia, cualquiera que acredite un interés legítimo podrá impugnarla.

Por su parte, como hemos señalado para el caso de impugnación conforme a la LSC, si existe un convenio arbitral en los estatutos sociales, dicho convenio vinculará a socios y administradores, pero no quedarán sujetos al mismo los terceros, esto es, trabajadores, acreedores, deudores, etc.).

Un aspecto que cobra especial relevancia y que puede causar algún problema es el hecho de que se dé la situación de que exista un socio que votó a favor del acuerdo y, por tanto, perdió su legitimación para impugnar el acuerdo de fusión (art. 206 LSC). Así, a diferencia de lo expuesto, la LME guarda silencio respecto a aquellos que asistieron a la junta para decidir y cuyo voto fue negativo. Parece ser que aquí el legislador, habiéndolo podido prever y no estableciendo nada al respecto, su intención no ha sido la de restringir el derecho a impugnar en estos casos. Además, las razones pueden ser diferentes ya que conforme al art. 47 LME se está haciendo referencia a la impugnación tras la inscripción de la fusión en el Registro. Por tanto, podemos concluir que, aunque algún socio haya asistido a la junta para decidir sobre el acuerdo de fusión y haya votado a favor del mismo, posteriormente tendrá de igual forma legitimación activa para impugnar el acuerdo de fusión.

2) Por lo que respecta a la legitimación pasiva aquí la cuestión no plantea dudas. Esta legitimación no la pueda ostentar ninguna persona que no sea la sociedad absorbente en tanto que estamos hablando de impugnaciones de acuerdos con posterioridad a la inscripción registral. De esta forma, si cualquier socio de alguna de las sociedades participantes distintas a la absorbente deciden impugnar la fusión deberán dirigirse contra la sociedad absorbente ya que "una vez inscrita la fusión se cancelarán los asientos registrales de las sociedades extinguidas" (art. 46.2 LME).

Por lo que respecta a las medidas cautelares cabe señalar que en el caso de impugnaciones conforme a la LME, éstas adquieren otro sentido distinto al que se pretende cuando se solicitan para después impugnar conforme a la LSC. En este segundo caso, la razón por la cual se solicitan las medidas cautelares es para paralizar la inscripción de la fusión y, en consecuencia, que no desaparezcan las causas que legitiman su impugnación. Sin embargo, cuando se impugna un acuerdo de fusión conforme a la LME, se hace por las causas previstas en la propia LME, de manera que el requisito de la mora procesal no procedería.

Una vez inscrita la fusión, ésta va a desplegar los efectos que le son propios –extinción de las sociedades absorbidas, transmisión e integración de los patrimonios sociales de las sociedades extinguidas a la absorbente e integración de los socios en la compañía absorbente-, de manera que, con la solicitud de las medidas cautelares, ahora se tendrá como fin la suspensión de estos efectos, finalidad distinta a la pretendida cuando se solicitan medidas cautelares para impugnar conforme a la LSC.

Por parte, en lo relativo a las causas de impugnación, es importante tener claro cuáles pueden ser estas causas debido a que cuando se impugna conforme a la LME las mismas se reducen considerablemente. En este sentido, el art. 47 se refiere a todo aquello que contravenga "las previsiones de esta Ley".

Así las cosas, a modo ejemplificativo, éstas podrían ser, para el supuesto analizado, algunas de las causas de impugnación:

a) No mantener la proporción de las participaciones adquiridas compañía absorbente (SPORTCLOTHES, S.L.) por los socios (art. 24.1 LME).

b) Que el tipo de canje no se calcule sobre la base del valor real de las sociedades participantes en la fusión (art. 25.1 LME).

c) Cuando al realizar el tipo de canje, se opte por hacer una compensación en dinero y ésta excede el 10% del valor nominal (art. 25.2 LME).

d) Que en el proyecto común de fusión falte la firma de algún administrador (art. 30.1 LME). En este caso, bastaría con la inexistencia de la firma del administrador único D. José Ramón.

e) No darle la publicidad correspondiente al proyecto (art. 32 LME).

f) Ausencia de informe por parte de los administradores sobre el proyecto (art. 33 LME).

g) Falta de puesta a disposición de los documentos necesarios a las personas interesadas (art. 39 LME).

h) No publicación del acuerdo de fusión (art. 43 LME).

i) Incumplimiento de las formalidades previstas para la escritura pública de fusión (art. 45 LME).

Por último, en lo relativo a los efectos de la declaración de nulidad después de la inscripción registral, esto es, cuando se impugna el acuerdo de fusión conforme a la LME hay que tener en cuenta el art. 47 LME en su apartado tercero que establece que la sentencia que declare la nulidad de la fusión –una vez inscrita- deberá inscribirse en el Registro y publicarse en el Boletín Oficial del Registro Mercantil y que no va a afectar por sí sola a la validez de aquellas obligaciones nacidas con posterioridad a la inscripción de la fusión, ya sean a favor o cargo de la sociedad absorbente (SPORTCLOTHES, S.L.). Ahora bien, cuando estas obligaciones sean a cargo de la absorbente, también responderán solidariamente las demás compañías participantes en la fusión (ROPAYCALZADO, S.L. y TEXTUR, S.L.).

Por su parte, será la propia sentencia que declare la nulidad de la operación de fusión la que establezca los efectos que dicha nulidad deba producir en relación con la validez de las obligaciones nacidas después de la inscripción. Sin embargo, con la finalidad de conservar los efectos producidos por la fusión tras su inscripción, el Juez competente puede conceder un plazo para subsanar aquella situación irregular que pueda causar la nulidad de la operación.

2. Escisión de sociedades

A) Concepto y finalidad de la escisión

La escisión de sociedades es una operación a través de la cual se divide total o parcialmente el patrimonio de una sociedad para transmitir –sin que proceda liquidación- la parte resultante a otra u otras sociedades preexistentes o de nueva creación. Con esto, se consigue una dispersión –total o parcial- del patrimonio de una sociedad (sociedad escindida) para, consecuentemente, entregarlo a otra u otras compañías (sociedades beneficiarias) recibiendo los socios a cambio un determinado número de participaciones.

La escisión está regulada en la Ley 3/2009, de modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles (LME), cuyo régimen legal está previsto en los artículos 73 a 80 de la propia ley. No obstante, ya el art. 73 LME señala que la escisión se regirá por las normas establecidas para la fusión, con las salvedades contenidas en

el presente capítulo, es decir, con la excepción de lo establecido expresamente en los arts. 73 a 80 LME para la operación escisión.

La LME distingue básicamente tres clases de escisión:

1) La escisión total: Se trata de la extinción de una sociedad, con división de todo su patrimonio en dos o más partes, cada una de las cuales se transmite en bloque por sucesión universal a una sociedad de nueva creación o es absorbida por una sociedad ya existente, recibiendo los socios un número de acciones, participaciones o cuotas de las sociedades beneficiarias proporcional a su respectiva participación en la sociedad que se escinde (art. 69 LME).

2) La escisión parcial: Se trata del traspaso en bloque por sucesión universal de una o varias partes del patrimonio de una sociedad , cada una de las cuales forme una unidad económica , a una o varias sociedades de nueva creación o ya existentes , recibiendo los socios de la sociedad que se escinde un número de acciones , participaciones o cuotas sociales de las sociedades beneficiarias de la escisión proporcional a su respectiva participación en la sociedad que se escinde y reduciendo ésta el capital social en la cuantía necesaria (art. 70 LME).

3) La segregación: Se trata del traspaso en bloque por sucesión universal de una o varias partes del patrimonio de una sociedad, cada una de las cuales forme una unidad económica, a una o varias sociedades, recibiendo a cambio la sociedad segregada acciones, participaciones o cuotas de las sociedades beneficiarias (art. 71 LME).

Partiendo de estos tres tipos de escisión, en el presente dictamen, vamos a optar por una escisión parcial por absorción, ya que lo que aquí interesa es reagrupar las diferentes ramas de actividad manteniendo vigentes las tres sociedades (SPORTCLOTHES, S.L., TEXTUR, S.L. y ROPAYCALZADO, S.L.). Por tanto, lo que se pretende es escindir la parte de cada una de ellas correspondiente a su rama de actividad para integrar dicha parte a la sociedad que más interese (sociedad beneficiaria).

Para aclarar cómo se va a realizar esta escisión parcial por absorción, conviene recordar las ramas de actividad –ya explicadas al principio del trabajo- que integran cada una de las sociedades en cuestión:

1) SPORTCLOTHES, S.L. se dedica a la fabricación, manufacturación y distribución.

2) TEXTUR, S.L. se dedica a la fabricación y manufacturación.

3) ROPAYCALZADO, S.L. se dedica a la manufacturación y distribución.

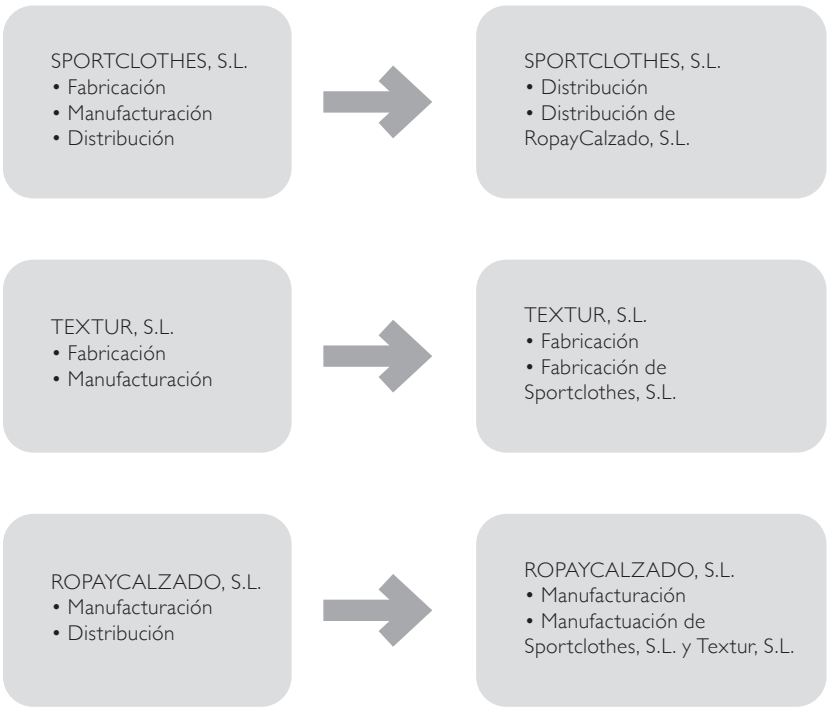
Así las cosas, lo que se pretende es reagrupar las mismas ramas de actividad en las mismas sociedades, es decir, que, tras realizar las diferentes escisiones parciales por absorción, la situación quede de la siguiente manera:

1) SPORTCLOTHES, S.L. continuaría con su rama de distribución y, además, adquiriría la rama de distribución de ROPAYCALZADO, S.L.

2) TEXTUR, S.L. continuaría con su rama de fabricación y también adquiera la rama de actividad de fabricación de SPORTCLOTHES, S.L.

3) ROPAYCALZADO, S.L. continuaría con su rama de manufacturación y, a la vez, adquiriría, como sociedad beneficiaria, las ramas de manufacturación de SPORTCLOTHES, S.L. y TEXTUR, S.L.

A modo ilustrativo, para una mejor comprensión, puede ser de utilidad el siguiente esquema:



Las razones por las cuales se puede llevar a cabo una escisión de este tipo coinciden perfectamente con los intereses planteados en el dictamen –que ya se expusieron al principio del trabajo- tales como la mejora de la eficiencia y

productividad por áreas, economías de escala debido a la concentración de maquinaria destinada al mismo trabajo, inversión más eficiente del capital, etc.

Efectivamente, con la escisión parcial por absorción que tiene por objeto reunir las distintas ramas de actividad en diferentes sociedades con el mismo objeto social -como ya se ha expuesto en el esquema anterior-, se van a obtener los siguientes beneficios:

1) Conseguir la especialización de cada una de las sociedades resultantes y lograr así la máxima eficiencia en cada una de ellas.

2) Aplicación de políticas más adecuadas a cada una de las ramas (fabricación, manufacturación y distribución) tales como políticas comerciales, de fijación de precios, de organización, etc.).

3) Descentralización de actividades secundarias.

4) Disminución del tamaño de la parte de la unidad económica no dedicada a la rama de actividad en cuestión con la finalidad de evitar ineficiencias derivadas de la complejidad de gestionar una compañía de gran volumen.

5) Partir de una nueva estructura organizativa, pero, a la vez, ya conocida y con cierta experiencia en cada una de las ramas.

A grandes rasgos, para una mejor comprensión de lo que supone el procedimiento de escisión parcial que se ve a llevar a cabo como posible alternativa a la fusión por absorción, es conveniente indicar cuáles son las características fundamentales que se dan en este tipo de procedimiento. En concreto, en el caso que nos ocupa, son las siguientes:

6) Las sociedades que parcialmente se van a escindir, esto es, todas ellas (SPORTCLOTHES, S.L., TEXTUR, S.L. y ROPAYCALZADO, S.L.), no se extinguen, manteniendo su personalidad jurídica, aunque reducirán su capital en la cuantía necesaria para la separación de la parte del patrimonio que se transmite.

Sin embargo, en este punto conviene realizar una precisión: cabe la posibilidad de llevar a cabo una escisión parcial sin tener que reducir el capital social. Ello será viable cuando el patrimonio que permanece en la entidad escindida tenga un valor suficiente como para entenderse cumplido el requisito de la integridad del capital social y, en consecuencia, las participaciones que se reciben de la sociedad beneficiaria se entregan a los socios de la escindida minorando las reservas de esta última.

6) Se va a traspasar la parte del patrimonio que corresponda en bloque, por sucesión universal.

7) Cada una de las partes del patrimonio que se va a traspasar de una sociedad a otra debe formar una unidad económica, esto es, la rama de actividad consistente en la fabricación, manufacturación o distribución.

8) Los socios de las sociedades que se van a escindir –que son todas- van a recibir un número proporcional de participaciones de las sociedades beneficiarias de la operación proporcional a su participación en la sociedad escindida. De esta forma, se convierte a los socios de la sociedad aportante en socios de la beneficiaria de la aportación[4]. En este sentido, como en el presente caso se va a producir una reorganización de las diferentes ramas de actividad entre las tres sociedades, lo que va a suceder es que los socios de cada una de ellas, tras la operación, adquieran las participaciones correspondientes de la siguiente forma:

a) Los socios de SPORTCLOTHES, S.L. mantendrán su parte proporcional de participaciones de la compañía, y, además, van a adquirir la parte proporcional de participaciones correspondiente a TEXTUR, S.L. y ROPAYCALZADO, S.L. Ello es debido a que parte que corresponde a la rama de actividad de fabricación y manufacturación de SPORTCLOTHES, S.L. se escinde y se traspasa a TEXTUR, S.L. y ROPAYCALZADO, S.L., respectivamente.

b) Los socios de TEXTUR, S.L. mantendrán su parte proporcional de participaciones de la propia sociedad y, además, van adquirir participaciones de ROPAYCALZADO, S.L. en la parte proporcional correspondiente. Ello es debido a que la parte que corresponde a la rama de actividad de manufacturación de TEXTUR, S.L. se escinde para ser traspasada a ROPAYCALZADO, S.L.

c) Los socios de ROPAYCALZADO, S.L. mantendrán su parte proporcional de participaciones de la sociedad y, además, adquirirán las participaciones que proporcionalmente les correspondan de la sociedad SPORTCLOTHES, S.L. Ello es debido a que la parte de ROPAYZALCADO, S.L. que se corresponde con su rama de distribución se escinde para ser traspasada a la sociedad SPORTCLOTHES, S.L.

B) Procedimiento de Escisión. Fases

Debido a la aplicación supletoria de lo previsto en la LME para la fusión, las diferentes fases del proceso de fusión explicadas anteriormente se van a dar por reproducidas en este apartado. No obstante, cada que haya que remitirse a cualquier aspecto que se regule igual que en la fusión se indicará debidamente, a

4 STS 3 enero 2013 (*Tol 3054558*) y STS 5 julio 2016 (*Tol 979440*).

la vez que trataremos de poner de manifiesto todos aquellos aspectos que sean diferentes a la fusión, así como las salvedades contenidas en la LME expresamente para la escisión.

a) Fase previa.

En esta fase previa –como ya se dijo en el apartado relativo a la fusión- hemos optado por incluir aquellas actuaciones que consideramos oportuno llevar a cabo con carácter previo al inicio de lo que es propiamente el procedimiento de escisión, que no olvidemos, según la LME, comienza con el denominado proyecto de escisión por aplicación analógica del régimen legal previsto para la operación de fusión. No obstante, si bien es cierto que vamos a tratar todos aquellos puntos necesarios en esta fase, no vamos a profundizar en aquellos que puedan darse por explicados por remisión a los respectivos apartados de la fusión. En este sentido, nos centraremos en aquellas cuestiones que resulten de interés por no haberse tratado en los puntos anteriores, ya sea porque no eran necesarios en el caso de la fusión por absorción o porque la LME prevea expresamente determinadas particularidades solamente para la escisión parcial.

i. La valoración de los patrimonios.

En el presente supuesto, que es un caso de escisión parcial, se exige la valoración del patrimonio de aquella parte que se vaya a escindir, así como la totalidad del patrimonio de cada una de las sociedades existentes que van a absorber la parte del patrimonio que se escinde de la sociedad absorbida.

Ahora bien, es necesario indicar que, en caso de que la sociedad que se va a escindir posea participaciones de la sociedad absorbente -como es el caso de SPORTCLOTHES, S.L. que posee el 80% de las participaciones de TEXTUR, S.L. y ROPAYCALZADO, S.L.-, se debe valorar el patrimonio de las sociedades adquirentes como herramienta para calcular el valor teórico de dicha inversión y así poder conocer con más precisión el patrimonio real de la sociedad que se escinde.

Por tanto, se deben distinguir, a efectos de valoración de patrimonio, dos tipos de operaciones:

I) La escisión parcial de SPORTCLOTHES, S.L. (sociedad escindida), cuyas ramas de actividad de fabricación y manufacturación se escinden para transmitirse a TEXTUR, S.L. y ROPAYCALZADO, S.L. (sociedades adquirentes) respectivamente. En consecuencia, las partes de patrimonio de SPORTCLOTHES, S.L. que se escinden van a integrarse en sociedades que están participadas al 80% por la referida sociedad.

2) La escisión parcial de TEXTUR, S.L. y ROPAYCALZADO, S.L. cuyas unidades económicas que se escinden van a transmitirse a las sociedades ROPAYCALZADO, S.L. y SPORTCLOTHES, S.L. (sociedades adquirentes) respectivamente.

Dadas estas circunstancias, mientras en el primer caso se debe valorar el patrimonio como medio para calcular el valor teórico de dicha inversión y así conocer con más exactitud el patrimonio real de la sociedad que se escinde, en el segundo caso no será necesario.

Por su parte, los criterios de valoración que se deben emplear para calcular el patrimonio de las partes que se van a escindir de las distintas sociedades son los mismos que indicamos en su momento para el caso de la fusión.

ii. Determinación del tipo de canje.

El tipo de canje, en este caso, es aquella fórmula mediante la cual se determina el número de participaciones sociales de las sociedades beneficiarias que corresponden a los socios de las sociedades que se escinden. Esto es, se trata de una fórmula aritmética que proporcionará la exacta medida de participación en la sociedad beneficiaria a cada socio de las sociedades escindidas como consecuencia de la escisión parcial.

En consecuencia, en la escisión parcial, hay que determinar un tipo de canje por cada una de las sociedades adquirentes, lo que podrá dar lugar a un solo cálculo en caso de que la sociedad beneficiaria sea una sola o, por el contrario, como es el caso de la escisión parcial de SPORTCLOTHES, S.L., se deberán determinar dos tipos de canje –uno para la escisión de la parte que se trasmite a TEXTUR, S.L. y otra para la escisión de la parte que se transmite a ROPAYCALZADO, S.L.-.

Por su parte, cabe señalar que se exige un valor de canje positivo, esto es, que el valor del activo que se transmite por parte de la sociedad escindida a la sociedad o sociedades beneficiarias tiene que ser superior al valor del pasivo que se transmite con ocasión de la escisión. En consecuencia, el patrimonio de la parte de la sociedad que se escinde y que se va a transmitir a la sociedad beneficiaria deberá tener un valor efectivo que, como mínimo, sea igual al valor nominal total de las participaciones emitidas por la sociedad beneficiaria como contraprestación. De lo contrario, podría pensarse que se trata simplemente de una cesión de deuda de la sociedad escindida a la sociedad beneficiaria, de manera que, al no producirse un tipo de cambio positivo de las participaciones, éstas serían nulas de pleno de derecho en tanto en cuanto no serían representativas de una parte del capital social. Además, no es posible, según lo dispuesto en el art. 59.2 LSC, la emisión de participaciones por debajo del valor nominal.

Además, es conveniente saber que, en último término, la incorporación de la parte correspondiente a la sociedad beneficiaria es equivalente a un aumento de capital en caso de que la sociedad beneficiaria sí que preexistiera, como es el caso.

Por su parte, puesto en relación con el punto de valoración de patrimonio, es necesario advertir, que, aunque la LME no lo mencione, también será necesario valorar la totalidad del patrimonio de la sociedad que se escinde y no solamente aquella o aquellas partes que se van a escindir. La razón de ello es que el valor total de la sociedad escindida servirá como medio para comprobar la exacta equivalencia en la contraprestación procedente de las sociedades beneficiarias que van a recibir los socios de las sociedades escindidas.

iii. El balance de escisión.

El balance de escisión se va a regir por la normativa prevista en la LME para el balance de fusión. De esta forma, por aplicación del art. 36.1 LME, el balance que sirve para la operación se escisión será el último balance de ejercicio, siempre y cuando se hubiera cerrado dentro de los seis meses anteriores a la fecha del proyecto de escisión. Por el contrario, si entre la fecha de cierre y la fecha del proyecto transcurren más de seis meses, entonces será necesario elaborar un balance cuya fecha de cierre sea posterior al primer día del tercer mes precedente –problema ya abordado en la fusión- a la fecha del proyecto de escisión.

Tanto en uno como en otro caso, cuando existan modificaciones relevantes del valor razonable que no aparezcan en los asientos contables, se podrán modificar las valoraciones contenidas en el último balance.

Por lo que se refiere a la impugnación de este balance, nos remitimos a lo explicado para la impugnación del balance de fusión. Concretamente a lo establecido por el art. 38 LME, esto es, que la impugnación del balance no suspenderá por sí sola la ejecución de la escisión, así como que aquellos socios que se consideren perjudicados por la relación de canje podrán solicitar al Registrador una indemnización compensatoria, siempre que ello esté previsto en los estatutos de la sociedad que se escinde o se haya decido expresamente por la junta que acuerde la escisión.

Excepcionalmente, se podría prescindir del balance de escisión en los casos en que la operación de escisión se lleve a cabo a través de la constitución de nuevas sociedades. La razón radica en el hecho de que no existe un patrimonio previo ya que las sociedades son de nueva creación y, en consecuencia, no pueden existir deudas precedentes que afecten a los acreedores de la sociedad escindida. No obstante, en la estrategia seguida en este dictamen, en lo que a este punto respecta, se está proponiendo una escisión parcial sobre sociedades preexistentes,

con lo que no sería posible la aplicación de esta excepción y, por tanto, sí es obligatorio formular el balance de escisión.

Por lo demás, esto es, votación del balance en junta general, quórums exigidos para su aprobación, publicación del acuerdo, elevación a escritura pública, inscripción en el Registro, así como los derechos de los socios, obligacionistas y acreedores en relación con los mismos, cabe remitirse a lo establecido en el apartado de la fusión[5], ya que respecto a todo ello la normativa no contempla ninguna especialidad.

b) La fase inicial. El proyecto de escisión.

Como en el caso de la fusión, la fase inicial comienza con lo que se denomina el proyecto de escisión. En este sentido, el legislador se ha limitado a establecer en el régimen previsto en la LME para la escisión aquellas especialidades que debe presentar el proyecto en esta concreta modificación estructural.

De esta forma, la solución técnica adoptada pasa por remitirse a las normas previstas en la LME para el proyecto de fusión, con las salvedades previstas expresamente en los arts. 73 y ss. LME. Así, para una mejor aclaración, todas aquellas referencias hechas realizadas a la sociedad resultante de la fusión se entenderán hechas a las sociedades beneficiarias de la escisión.

A diferencia de la fusión, en la escisión se produce necesariamente una fragmentación del patrimonio, que se va a escindir en dos o más parte cuyos destinos van a ser distintos. En este sentido, una de las piezas clave de su régimen –que se explicará con más detalle posteriormente- va a ser la necesidad de determinar e identificar con exactitud los elementos patrimoniales (activos y pasivos), que se reparten entre cada una de las fracciones patrimoniales escindidas. Con ello, lo que se pretende es que todos aquellos que tengan algún interés y les afecte, directa o indirectamente, la operación que se va a llevar a cabo tengan conocimiento de cómo les va a afectar la división de activos y pasivos y, en consecuencia, la reagrupación en las diferentes sociedades (SPORTCLOTHES, S.L., TEXTUR, S.L., y ROPAYCALZADO, S.L.). De esta forma, dispondrán de todos aquellos medios necesarios para valorar la operación y, por ende, tener a su alcance los instrumentos de protección frente a ello.

i. Contenido obligatorio del proyecto común de escisión.

En el caso de la escisión, como en la fusión, el proyecto común de escisión es el documento que contiene de manera definitiva el contenido de la operación. Se

5 Véase supra apartado *La fase previa* de la fusión.

trata de un documento que deberá formular en este caso D. José Ramón, ya que es el administrador único de las tres sociedades implicadas en la operación.

A través de este documento se va a proponer por parte de los administradores el diseño de la operación detalladamente, de manera que se expondrá de forma clara, veraz y transparente cómo la escisión va a afectar a todos aquellos participantes, socios y administradores, así como los efectos que se puedan derivar sobre el conjunto de los activos.

Por lo que se refiere al propio contenido que ha de contener el proyecto común de escisión hay que remitirse, en primer lugar, al art. 31 LME que es el precepto que prevé el contenido mínimo obligatorio para la fusión. En este sentido, nos remitimos a lo establecido para la fusión[6]. No obstante, la LME establece en su art. 74 otras dos menciones específicas para la escisión y que se unen a las comunes establecidas en el art. 31 LM. Son las siguientes:

1) La designación y, en su caso, el reparto preciso de los elementos del activo y del pasivo que han de transmitirse a las sociedades beneficiarias.

Esta mención viene a decir que se trata de establecer un inventario o descripción completa del patrimonio que se va a transmitir de las sociedades escindidas a las sociedades beneficiarias. Ahora bien, como estamos ante una escisión parcial, recordamos que cada una de esas partes que se transmiten deben formar una unidad económica, lo cual no va a dar problemas en este caso ya que en esta operación lo que se van a escindir para reagrupar son las diferentes ramas de actividad (fabricación, manufacturación y distribución). Sin embargo, la LME no exige que el patrimonio que permanece en la sociedad escindida tenga que formar una unidad económica, aunque, en el presente supuesto, si se traspasan las ramas de actividad de fabricación, manufacturación y distribución respectivamente, según los casos, necesariamente el patrimonio que continuará permaneciendo en la sociedad escindida seguirá formando una unidad económica.

Por su parte, estos lotes de activo y pasivo que se van a transmitir deben obedecer a una lógica empresarial en el sentido de que determinados activos y pasivos deberán ir juntos. Esta es la idea que subyace del art. 70.2 LME y tiene por finalidad que no se asignen algunos pasivos junto con algunos activos respecto de los cuales funcionalmente no se correspondan.

En todo caso, se deberán designar todos los elementos del activo y del pasivo de las sociedades que se escinden, así como su reparto con el objetivo de delimitar exactamente el patrimonio que se va a transmitir. Tampoco debemos olvidar que

6 Véase supra apartado *Contenido obligatorio del proyecto común de fusión*.

habrá que delimitar bien a qué sociedad o sociedades se asigna cada uno de los elementos patrimoniales que se transmiten.

Para el caso de escisión total, el art. 75.1 LME establece que para el caso de que un elemento del activo no se haya atribuido a ninguna sociedad en el proyecto y no se pueda interpretar sobre cómo se debe repartir, dicho activo se distribuirá entre todas las sociedades beneficiarias de la escisión de forma proporcional al activo atribuido a cada una de ellas en el proyecto de escisión. La razón de esta previsión es que algunas veces ocurre que un activo no se haya atribuido a ninguna sociedad destinataria, bien por descuido o bien porque ese activo se ha adquirido con posterioridad a la redacción del proyecto. Por tanto, ante una situación de escisión total –donde la sociedad escindida se va a extinguir- es necesario colocar ese activo que, ante la ausencia de su distribución, se va a proceder a su reparto conforme a lo previsto en la Ley. Ahora bien, como en el caso que nos ocupa estamos ante una escisión parcial –donde la sociedad escindida no se llega a extinguir-, se debe ir con especial cuidado y prudencia porque ante el olvido de un elemento del activo que se quiere transmitir, si no se dice nada al respecto, no habrá atribución de ningún tipo y, por tanto, el elemento patrimonial del activo permanecerá en la sociedad escindida, a menos que otra cosa se deduzca del proyecto, lo cual puede ser bastante improbable.

Y, por lo que se refiere a los elementos patrimoniales del pasivo (art.75.2 LME), en el caso de una escisión total, cuando no se atribuya a ninguna sociedad beneficiaria, habrá que proceder a su reparto conforme a lo que se deduzca de la interpretación del proyecto. Y, en su defecto, responderán solidariamente todas las sociedades beneficiarias. Así cada sociedad beneficiaria será responsable por el total del pasivo no atribuido, sin perjuicio de, una vez pagada la deuda, reclamar por vía del art. 1145 CC la parte correspondiente a cada una de las demás compañías beneficiarias. No obstante, esta regla tampoco será aplicable para los casos de escisión parcial, de manera que, si no se incluye en el proyecto común de escisión algún elemento del pasivo, éste permanecerá en la sociedad que se escinde, incluso, en este caso, a diferencia del activo, no habrá lugar a interpretación alguna, debido a que la regla general del art. 1205 CC requiere el consentimiento del acreedor para el cambio del deudor.

2) El reparto entre los socios de la sociedad escindida de las participaciones que les correspondan en el capital de las sociedades beneficiarias, así como el criterio en que se funda ese reparto.

Con esta mención lo que se pretende es que en el proyecto común de escisión conste el reparto previsto de participaciones de las sociedades beneficiarias entre los socios de la sociedad escindida.

Como regla general, se deberán atribuir las participaciones de las sociedades beneficiarias a los socios de la sociedad que se escinde de forma proporcional al capital que ostenten en esta última compañía. No obstante, hay que tener en cuenta que si la escisión es acordada debidamente, los socios que pudieran no estar de acuerdo con la operación se verán forzados igualmente a recibir las participaciones de las sociedades beneficiarias como contrapartida de los elementos patrimoniales transmitidos. Por el contrario, si las sociedades beneficiarias son dos o más, será necesario contar con el consentimiento de los socios cuando no se les atribuyan participaciones de las sociedades beneficiarias, es decir, es posible que, en el caso de una escisión parcial con pluralidad de compañías beneficiarias, como contrapartida de los elementos patrimoniales transmitidos no se reciban participaciones de todas las sociedades participantes, pero para ello será necesario contar con el consentimiento de los socios afectados. Este mecanismo es útil cuando la intención de llevar a cabo una escisión –como forma de reorganización de ramas de actividad, como es el caso-, los socios deciden repartirse el patrimonio social realizando un reparto mediante la asignación de participaciones que no guardan una estricta proporcionalidad a las existentes en la sociedad que se va a extinguir parcialmente.

Por último, cabe señalar que, en el proyecto común de escisión, no sólo hay que señalar cómo resulta el reparto de las participaciones de la sociedad o sociedades beneficiarias entre los socios de la sociedad escindida, sino también los criterios utilizados para realizar el mencionado reparto –cuestión tratado en la determinación del tipo de canje-, así como la justificación de por qué se realiza esa asignación de participaciones.

ii. El informe de los administradores.

En la operación de escisión el informe de los administradores también es un documento de carácter obligatorio. Recordamos que se trata de un documento que es propio de la fase preparatoria y que deberá consistir en explicar y justificar con detalle el proyecto común de escisión en sus aspectos jurídicos y económicos.

La única particularidad sobre el informe de los administradores en la operación de escisión, según el art. 77 LME, es que los administradores, al redactar el informe sobre el proyecto de escisión, deberán expresar que se han emitido los informes sobre las aportaciones no dinerarias previstos en la LME, así como el Registro Mercantil en que esos informes estén depositados o vayan a depositarse. Pero esta obligación surge cuando las sociedades beneficiarias de la escisión sean anónimas o comanditarias por acciones, lo cual no es el caso que nos ocupa ya que todas las sociedades beneficiarias de la operación son sociedades de responsabilidad limitada.

Por lo demás, el informe de los administradores sobre el proyecto de escisión presenta las mismas características que el informe en el caso de la fusión, por lo que cabe remitirse al punto previsto en sede de fusión[7].

c) La fase decisoria.

En esta fase -recordamos- se va a decidir sobre el acuerdo de la operación, esto es, sobre la escisión. Los socios deberán emitir su voto favorable o en contra sobre la modificación estructural, pero esta operación de escisión habrá de ser acordada necesariamente por cada una de las juntas de socios de cada una de las sociedades participantes (SPORTCLOTHES, S.L., TEXTUR, S.L. y ROPAYCALZADO, S.L.).

Por lo que se refiere a la regulación de la convocatoria, celebración de la junta, quórums y mayorías necesarias para la adopción del acuerdo, así como la publicación del acuerdo de escisión se aplican las mismas reglas que la LME establece para la fusión y, por tanto, con ánimo de no repetir el proceso en este punto, cabe remitirse a lo establecido para esta fase en el apartado de la fusión, sin perjuicio de considerar las particularidades que la LME establece para la escisión, y que conviene resaltar las siguientes:

1) Según el art. 79 LME los administradores de la sociedad escindida deberán informar a su junta de socios sobre todas aquellas modificaciones relevantes del patrimonio que sucedan entre la fecha de elaboración del proyecto de escisión y la fecha de reunión de la junta. Además, en los casos de escisión por absorción –como es nuestro caso-, también se exige a los administradores de las sociedades beneficiarias que proporcionen la mencionada información a la vez que también deben informar a los administradores de la sociedad escindida para que éstos últimos, a su vez, informen en su junta de socios. Por tanto, además del deber que tienen los administradores de las sociedades participantes de poner a disposición de los interesados la documentación al publicar la convocatoria de la junta, así como el derecho de los socios a solicitar las informaciones o aclaraciones necesarias durante la celebración de la junta, se exige este deber de información sobre las modificaciones acaecidas.

2) Otra de las especialidades, aunque ya tratada anteriormente, es la referida a la posibilidad, en caso de escisión parcial con pluralidad de sociedades beneficiarias, de atribuir a los socios participaciones una sola de las sociedades adquirentes, ya que lo que la LME exige en su art. 76 es una proporcionalidad cualitativa. Ahora bien, esta posibilidad sólo cabe en aquellos casos en que los socios así lo consientan individualmente.

7 Véase supra apartado *El informe de los administradores*.

3) El derecho de información en protección de los acreedores y de socios se consagra a través de la publicación del acuerdo que prevé el art. 43 LME. En este sentido, conforme al citado artículo, el acuerdo deberá publicarse en el BORME, así como en uno de los diarios de gran circulación en las provincias en las que cada una de las sociedades tenga su domicilio. Por tanto, deberá publicarse en un diario relevante de la provincia en que SPORTCLOTHES, S.L., TEXTUR, S.L. y ROPAYCALZADO, S.L. tengan sus domicilios respectivamente.

d) La fase de ejecución de la escisión.

i. El otorgamiento de la escritura pública.

Es el art. 45 LME –aplicado por remisión a la escisión- el que establece la obligación de elevar a escritura pública el acuerdo de escisión que se haya adoptado. Como sabemos, para que se produzca la plena eficacia de la escisión, ésta deberá inscribirse en Registro Mercantil. No obstante, para que la escritura pública pueda inscribirse en el referido registro es necesario que recoja una serie de puntos:

a) El mismo contenido que se señala para la fusión[8].

b) La clase de escisión que se va a llevar a cabo, esto es, una escisión parcial. También habrá que indicar que la sociedad que se escinde se extingue con la operación, así como que las sociedades beneficiarias son compañías ya existentes.

c) A la escritura deberán acompañar una serie de documentos que son los mismos que los previstos para la fusión del presente dictamen[9].

Por su parte, conviene tener presente que, en los casos en que el acuerdo de escisión haya sido adoptado por cada una de las sociedades en junta general universal y por unanimidad, cabe la posibilidad de que no se publiquen ni depositen el proyecto de fusión y demás documentos con carácter previo, pero ello no debe ser obstáculo para restringir los derechos de información de los representantes de los trabajadores sobre la escisión, así como la información sobre los efectos que pudiera tener la operación sobre el empleo (art. 42 LME). De ahí, que en estos casos, también es necesario que conste en la escritura la manifestación de los otorgantes, bajo su responsabilidad, de que dicha información se ha puesto a disposición de los representantes de los trabajadores o, en su defecto, de los propios trabajadores[10].

8 Véase supra apartado *El otorgamiento de la escritura pública*.

9 Véase supra apartado *El otorgamiento de la escritura pública*.

10 RDGRN 10 abril 2014 (BOE 116/2014, 13 mayo 2014) (EDD 2014/66661).

Además, según el art. 112 RRM, como se trata de un acuerdo inscribible que se refiere a una modificación de la escritura o de los estatutos sociales, la transcripción literal del acuerdo es de obligado cumplimiento. En consecuencia, deberán consignarse en la certificación todas aquellas circunstancias del acta que resulten necesarias para calificar la validez de los acuerdos adoptados[11].

Finalmente, cabe en indicar que los acreedores que ostentan el derecho de oposición –titulares de créditos anteriores no vencidos y sin suficiente garantía- pueden ejercerlo frente a las sociedades involucradas exigiendo la prestación de garantía a su satisfacción o de fianza solidaria por entidad de crédito conforme a lo establecido legalmente[12]. Además, cabe recordar, que el régimen establecido para el derecho de oposición de los acreedores en la escisión será el establecido en el art. 44 LME por remisión del art. 73 LME. En consecuencia, lo que se haya establecido en el apartado de la fusión para este derecho respecto de la sociedad resultante de la fusión se entenderá, en este caso, para las sociedades beneficiarias de la escisión.

ii. La inscripción en el Registro Mercantil.

Una vez que la escisión se haya elevado a escritura pública, será necesario inscribir la operación en el Registro Mercantil para que produzca su eficacia y sea oponible frente a terceros. La inscripción de la escisión se rige por las mismas normas que la fusión, de ahí que cabe remitirse a lo establecido para la fusión en este dictamen.[13]

No obstante, en el caso que nos ocupa de una escisión parcial, hay que tener en cuenta que, una vez inscrita la escisión en la hoja abierta a la sociedad parcialmente escindida, el registrador competente deberá inscribir la absorción por las sociedades ya existentes en las hojas correspondientes a las sociedades absorbentes. Seguidamente, los Registros Mercantiles correspondientes a las sociedades intervinientes en la operación, esto es, los registros correspondientes a cada una de las tres sociedades (SPOTCLOTHES, S.L., TEXTUR, S.L. y ROPAYCALZADO, S.L.) remitirán por separado los datos necesarios al Registro Mercantil Central, para que éste último proceda a su publicación en el BORME.

C) Posibles impugnaciones de la escisión

En este apartado tenemos que remitirnos a lo establecido para las impugnaciones de la fusión, en tanto en cuanto el art. 73 LME señala que la

11 RDGRN 10 abril 2014 (BOE 116/2014, 13 mayo 2014) (EDD 2014/66661).

12 RDGRN 4 noviembre 2015 (BOE 281/2015, 24 noviembre 2015) (EDD 2015/207048).

13 Véase supra apartado *La inscripción en el Registro Mercantil y extinción de las sociedades que se fusionan, integrándose en la absorbente*.

escisión se regirá por las normas previstas para la fusión en la propia LME, con las salvedades que se establezcan. En consecuencia, como en lo que refiere a las impugnaciones, la LME no establece nada específico para la escisión, es de aplicación lo comentado respecto al art. 47 LME anteriormente. Ahora bien, ya vimos que se podía impugnar la operación conforme a la LSC o, bien conforme a la LME. Respecto a la primera, lo comentado en el apartado 3.1. – conforme a la LSC- no es necesario realizar ninguna precisión. Sin embargo, respecto a la segunda se aplicará lo establecido en el apartado 3.2. –conforme a la LME- del presente dictamen, teniendo en cuenta que lo establecido en el art. 47 LME no se aplica de forma directa a la escisión, sino que se aplica por remisión ya que la operación de escisión muestra unas características y complejidades distintas a la fusión. De ahí que, a continuación vamos a matizar aquellos puntos que presentan particularidades respecto a la fusión y, por tanto, que sustituyen a lo comentado respecto a la misma en los apartados correspondientes. Estos temas son:

A) Legitimación: Mientras que la legitimación activa para impugnar la escisión es la misma que la que se prevé para la fusión (art. 47 LME), esto es, cualquier persona que tenga un interés legítimo, no ocurre lo mismo respecto a la legitimación pasiva. En este sentido, debido a la división del patrimonio de la sociedad escindida, en nuestro caso de escisión parcial, la acción de impugnación debe entablarse contra la sociedad que se ha escindido.

No obstante, no parece claro que en este caso haya que demandar siempre a la sociedad o sociedades beneficiarias porque se encuentren en litisconsorcio pasivo necesario. Cuestión diferente es que interese solicitar medidas cautelares referidas a alguna de las sociedades beneficiarias, en cuyo caso, lógicamente, habrá de ser también demandada[14].

También es interesante destacar el párrafo 3º del art. 47 LME, ya que éste establece que la sentencia que declare la nulidad de la fusión no afectará por sí sola a la validez de las obligaciones nacidas después de la inscripción de la fusión, a favor o a cargo de, en nuestro caso, la sociedad absorbente. Por tanto, cuando dichas obligaciones sean a cargo de la sociedad absorbente (SPORTCLOTHES, S.L.), van a responder solidariamente las sociedades intervinientes en la fusión. Por el contrario, si estamos ante una escisión, la declaración de nulidad va a suponer la extinción de la sociedad o sociedades beneficiarias y, en consecuencia, el patrimonio escindido se reintegrará a la sociedad que se escindió. Por tanto, vemos que en el caso de la escisión, si se declara la nulidad de la operación, se consigue el efecto contrario en la fusión, pues en esta última lo que ocurre es que, con la declaración de nulidad, el patrimonio de la sociedad absorbente se divide entre las sociedades participantes de la fusión.

14 Ansón Peironcely, R.: "La impugnación", cit., p.317.

En conclusión, si se declara la nulidad de la escisión, todas aquellas obligaciones asumidas por la sociedad o sociedades beneficiarias, van a tener que ser asumidas por la sociedad que se escindió[15]. Ahora bien, en el caso de que exista una pluralidad de sociedades beneficiarias –dos en nuestro caso- si van a responder por las obligaciones contraídas por las demás. En este sentido, la respuesta debe ser afirmativa, en tanto que la declaración de nulidad reintegrará el patrimonio de todas las sociedades beneficiarias a la sociedad que se escindió y ese patrimonio responderá, en virtud del art. 1911 CC, frente a todas sus obligaciones[16].

B) Causas de impugnación: Además de las causas de impugnación que, por remisión al art. 47 LME, se prevén para la fusión y que son aplicables para la escisión, es necesario mencionar otras tantas adicionales. Esto es, además de las causas de impugnación previstas para la fusión[17] y que hay que tener presentes para la escisión, conviene hacer referencia a algunas más que corresponden específicamente a la escisión. Algunas de ellas son las siguientes:

a) Que se prohíba la existencia de dividendos pasivos (art. 68.3 LME).

b) Incumplimiento de alguna característica propia de la escisión parcial (art. 70 LME).

c) Alguno de los dos requisitos que la LME prevé expresamente para la escisión (art. 74 LME).

d) Cuando no se pida el consentimiento individual de los socios en el caso de una escisión parcial cuando no se les atribuyan participaciones de todas las sociedades beneficiarias (art. 76 LME).

e) Cuando no se realice el informe de los administradores (art. 77 LME).

f) Si se incumple el deber de información que compete a los administradores cuando se produzca una modificación patrimonial con posterioridad al proyecto de escisión (art. 79 LME).

D) Responsabilidad por deudas en la operación de escisión

En la fusión de sociedades –como hemos visto- la responsabilidad de la sociedad absorbente por las deudas de las sociedades que se extinguen es total, debiendo asumirlas sin límite alguno ni condición. Incluso cabe la posibilidad de

15 Conviene aclarar que, como en el caso que nos ocupa, las sociedades participantes en escisión son preexistentes, la escindida sólo asumirá las obligaciones derivadas de la transmisión del patrimonio por sucesión universal, no de las obligaciones que existieran en la futura beneficiaria antes de la escisión.

16 Ansón Peironcely, R.: "La impugnación", cit., p. 318.

17 Véase supra apartado *Impugnación de la fusión conforme a la LME*.

que los acreedores puedan solicitar garantías con motivo de la sucesión universal que se produce, a raíz del derecho de oposición que les concede la LME.

En el caso de la escisión, la cuestión se vuelve un tanto más compleja, en la medida en que puede darse la situación de que existan varias sociedades como beneficiarias de la escisión, así como que la propia sociedad que se escinde siga existiendo, como es el caso que nos ocupa.

Para ello, el art. 80 LME establece el régimen de responsabilidad de la escisión con el objeto de delimitar las obligaciones que asumen cada una de las sociedades intervinientes en la operación, y que puede estructurarse de la siguiente forma:

1º. Cada sociedad beneficiaria de la escisión asumirá las obligaciones inherentes a la parte del patrimonio que recibe de la sociedad que se escinde.

2º. En el caso de que una sociedad beneficiaria no cumpla con la obligación asumida en virtud de la escisión, responderán solidariamente:

a) La propia sociedad escindida por el total de la deuda.

b) Las demás sociedades beneficiarias hasta el importe indicado. Y ello porque de las obligaciones asumidas por una sociedad beneficiaria que resulten incumplidas responderán solidariamente las demás sociedades beneficiarias hasta el importe del activo neto atribuido en la escisión a cada una de ellas[18].

En cualquier caso, la responsabilidad de la sociedad escindida, respecto de las deudas anteriores a la escisión y traspasadas a una sociedad beneficiaria, será subsidiaria, solidaria e ilimitada. Pero la subsidiariedad no exige que, previamente a la reclamación frente a la sociedad escindida, se haga excusión de todos los bienes de la beneficiaria, ni siquiera que conste que se le hubiera requerido de pago, sino que tan sólo precisa que se haya producido el incumplimiento de la obligación[19].

IV. CONCLUSIONES

Después de un análisis pormenorizado de todas y cada una de las cuestiones planteadas en el dictamen, lo que procede es concluir tratando de proporcionar la o las respuestas más efectivas y eficientes. Para ello, a continuación, se van a exponer, conforme a las cuestiones planteadas, las soluciones que, a nuestro juicio, son más convincentes y viables acorde a los intereses del cliente y al régimen jurídico aplicable.

18 SAP 21 de marzo 2014 (EDJ 2014/145902).

19 STS 3 febrero 2015 (EDJ 2015/16313).

Conclusión I. Para poder reagrupar cada una de las áreas de actuación (fabricación, manufacturación y distribución) de las sociedades actuales, hemos planteado dos operaciones que, si bien es cierto que ambas se incluyen dentro de las modificaciones estructurales y, en su mayor parte están sometidas al mismo régimen jurídico, cada una de ellas tiene sus matices y diferencias importantes.

En primer lugar, se expone la operación de fusión la cual se caracteriza porque dos o más sociedades inscritas se van a integrar en una única persona jurídica mediante la transmisión en bloque de sus patrimonios y la atribución a los socios de las sociedades que se extinguen de participaciones – en caso de Sociedades de Responsabilidad Limitada- de la sociedad resultante. En concreto, se plantea una fusión por absorción donde dos sociedades (TEXTUR, S.L. y ROPAYCALZADO, S.L.) van a ser absorbidas por la sociedad dominante (SPORTCLOTHES, S.L.). En consecuencia, se produce la disolución de todas las sociedades del grupo menos la de SPORTCLOTHES, S.L. que subsiste para absorber a las demás.

La razón por la que nos decantamos por la fusión por absorción reside en el hecho de que estamos ante un grupo de sociedades donde existe una sociedad matriz (SPORTCLOTHES, S.L.) y dos sociedades dependientes (TEXTUR, S.L. y ROPAYCALZADO, S.L.) que están participadas al 80% por la primera. De esta forma, a diferencia de la fusión por creación de nueva sociedad, dado que estamos ante una operación que se va a llevar a cabo entre empresas del grupo, la fusión por absorción es una operación, en este caso, con un procedimiento más sencillo y con menos trámites y, en consecuencia, va a suponer un ahorro importante de costes.

De esta manera, se van a poder conseguir los objetivos planteados, esto es, reagrupar las distintas áreas de actuación (fabricación, manufacturación y distribución), ya que las tres compañías se fusionan en una misma sociedad para, posteriormente, a través de un control unitario, poder reagrupar aquellas áreas que sean iguales o similares con el objeto de mejorar la eficiencia y productividad, así como reducir los costes de producción, entre otras muchas finalidades que son fruto de las sinergias positivas que se desprenden de la operación fusión.

En segundo lugar, se plantea la operación de escisión a través de la cual se va a dividir parte del patrimonio de una sociedad para trasmitir la parte resultante a las demás sociedades. En concreto se plantea una escisión parcial por absorción, donde cada una de las sociedades va a escindir parte de su patrimonio (como sociedades escindidas), en concreto la rama o ramas de actividad correspondientes, para integrarse en las demás sociedades, toda vez que, simultáneamente, van a recibir la parte del patrimonio de las demás sociedades (como sociedades beneficiarias).

La razón de optar por la escisión parcial por absorción reside en el hecho de que, por lo que refiere al presente supuesto, interesa mantener las tres sociedades (SPORTCLOTHES, S.L., TEXTUR, S.L. y ROPAYCALZADO, S.L.) debido a que la finalidad es destinar cada una de las diferentes ramas de actividad (fabricación, manufacturación y distribución) a cada una de las distintas sociedades. De esta forma, no se extingue ninguna sociedad, sino que permanecen todas ellas, aunque con diferente objeto social dependiendo de la rama de actividad que resulte en cada una de ellas.

En este sentido, la operación de escisión parcial por absorción se adecua a los intereses planteados por los clientes, en tanto en cuanto se va a conseguir la especialización de las diferentes sociedades en una rama de actividad concreta. Y con ello se va a lograr una mejor eficiencia, ahorro de costes, economías de escala, aplicación de políticas más adecuadas, etc.

Planteadas estas dos operaciones –fusión por absorción y escisión parcial por absorción- nos vamos a decantar por la escisión parcial por las siguientes razones:

1) En primer lugar, porque a través de la escisión parcial se va a conseguir una concentración de las ramas de actividad más efectiva y eficiente, ya que cada una de estas ramas (fabricación, manufacturación y distribución) se va a asentar en cada una de las sociedades del grupo, consiguiendo de esta manera una mejor especialización de cada una de las sociedades. Recordamos que, realizada la escisión parcial, el grupo quedaría configurado de la siguiente manera:

a) SPOTCLOTHES, S.L. se quedaría con la rama de actividad de distribución y absorbería la rama de distribución de ROPAYCALZADO, S.L., mientras que sus partes correspondientes a las ramas de fabricación y manufacturación se escinden.

b) TEXTUR, S.L. se quedaría con la rama de actividad de fabricación y absorbería la rama fabricación de SPORTCLOTHES, S.L., mientras que su parte correspondiente a la rama de manufacturación se escinde.

c) ROPAYCALZADO, S.L. se quedaría con la rama de actividad de manufacturación y absorbería las ramas de manufacturación de SPORTCLOTHES, S.L. y TEXTUR, S.L., mientras que su parte de distribución se escinde.

2) En segundo lugar, se va a comenzar con una nueva estructura organizativa, pero, a la vez, ya conocida en su funcionamiento y con experiencia en cada una de las actividades que se llevan a cabo. En consecuencia, se van a poder adoptar políticas más adecuadas para la finalidad pretendida, en tanto en cuanto cada una de las decisiones que se tomen se adecuará mejor a los intereses de la sociedad en cuestión.

3) En tercer lugar, con la escisión parcial por absorción, cada una de las sociedades que concentra una rama de actividad, si bien es cierto que va a responder por las deudas asumidas por las demás hasta la eficacia de la escisión, a partir de ese momento se van a beneficiar de la separación de patrimonios. De esta manera, cada una de las sociedades responderá por las deudas contraídas por ella misma y no por las demás. En cambio, si se optara por la fusión por absorción, en la medida en que todas las actividades se concentran en una misma sociedad, de todas aquellas deudas contraídas por cualquier actividad pasaría a responder SPORTCLOTHES, S.L. con lo que no sería posible beneficiarse de la separación de patrimonios que sí se consigue a través de la escisión parcial.

4) Por último, dado que TEXTUR,S.L. es una compañía que utiliza máquinas de última tecnología procedentes de Alemania, podría interesar trasladar su centro de explotación a dicho Estado, ya que ello va a suponer un gran ahorro de costes de transporte de maquinaría y gastos de reparación y conservación. De esta forma, si se realiza la escisión parcial, donde no se extingue la referida sociedad, sino que se mantiene con la rama especializada de fabricación, va a ser mucho más fácil llevar a cabo la siguiente posible operación que será el traslado internacional del domicilio social que, pese a no ser objeto de este dictamen, conviene tenerlo presente con vistas a un futuro.

Por tanto, una vez expuestos los motivos por los cuales nos decantamos por la operación de escisión parcial, a continuación, las siguientes conclusiones van a ser tratadas desde la óptica de esta operación.

Conclusión II. Una vez se ha decidido seguir la estrategia de la escisión parcial como método para reagrupar las diferentes ramas de actividad que sean similares o iguales en cada una de las tres sociedades del grupo, se tiene que llevar a cabo un procedimiento complejo que va a consistir en cuatro fases: la fase previa, la fase inicial, la fase decisoria y la fase de ejecución.

I) En primer lugar, en la fase previa se tendrán que realizar una serie de actuaciones con carácter precedente a lo que es propiamente el procedimiento. Estas actuaciones consisten en: i) la valoración del patrimonio que, en el caso de la escisión parcial -dado que al final todas las compañías van a participar como sociedades escindidas y absorbentes- se deberá valorar el patrimonio de todas ellas; ii) la determinación del tipo de canje sobre la cual concluimos en la conclusión siguiente; y iii) el balance de escisión que se habrá de elaborar uno para cada una de las sociedades participantes. Además tendrá carácter informativo, lo que servirá a los socios para valorar si la relación de canje es adecuada, pero que no producirá efectos registrales ni la relación de canje deberá ajustarse estrictamente a lo que resulte de una comparación entre los diferentes balances de cada una de las sociedades.

2) Por lo que refiere a la fase inicial hay que tener en cuenta que se debe elaborar un proyecto común de escisión por el administrador D. José Ramón para cada una de las tres sociedades implicada donde se expondrá detalladamente cómo va a afectar la operación a los socios y administradores, así como a los activos y pasivos de las compañías.

Precisamente en el proyecto común de escisión se van a tener que identificar con exactitud los activos y pasivos del patrimonio que se van a escindir y, en consecuencia, transmitirse a las demás sociedades beneficiarias. En este caso, lo que se deberá hacer es reagrupar todos aquellos activos y pasivos que correspondan a una rama de actividad, esto es, la parte o partes del patrimonio que se van a escindir deben formar una unidad económica. Es importante no olvidarse de incluir algún elemento del activo o del pasivo que se va a transmitir, pues en este caso, permanecerá en la sociedad que se escinde, dando lugar, probablemente, a una situación indeseada.

Además, en esta fase, será obligatorio el informe de los administradores que, en este caso, deberá realizarse por D. José Ramón con el objeto de explicar y justificar con detalle el proyecto común de escisión, especialmente en sus aspectos jurídicos y económicos.

3) Posteriormente, en la fase decisoria, se va a tener que decidir en junta general por los socios de cada una de las sociedades si se aprueba o no la operación de escisión. Ahora bien, antes de que los socios tomen la decisión, es necesario poner a su disposición la información necesaria que se establece en el art. 39 LME para que puedan emitir un voto con conocimiento de causa. En caso contrario, se corre el riesgo de que, ante cualquier discrepancia en algún aspecto que pueda perjudicar a los socios, éstos ejerciten la acción de impugnación y, en consecuencia, no se pueda llevar a cabo la operación.

Por lo que refiere al quórum y régimen de mayorías, no es necesario un quórum de asistencia mínimo dado que estamos ante sociedades de responsabilidad limitada. Pero, sí que será necesario el voto favorable de, al menos, dos tercios de los votos correspondientes a las participaciones en que se divida el capital social. En consecuencia, para que se pueda aprobar la operación de escisión parcial cabe hacer las siguientes consideraciones respecto de cada una de las sociedades:

a) SPORTCLOTHES, S.L.: En este caso, como D. José Ramón ostenta el 70 % del capital social, con su voto favorable sería suficiente para aprobar la escisión.

b) TEXTUR, S.L.: En esta sociedad, el 80 % del capital social lo ostenta SPORTCLOTHES, S.L. que, a su vez, está representada por D. José Ramón. Por

tanto, si éste emite el voto favorable se alcanza el mínimo exigido (66%) para adoptar el acuerdo de escisión.

c) ROPAYCALZADO, S.L.: Como en el caso anterior, se trata de una sociedad participada al 80% por SPORTCLOTHES, S.L., de manera que si D. José Ramón emite su voto favorable sería suficiente para aprobar el acuerdo de escisión.

De esta forma, con los votos favorables de D. José Ramón y SPORTCLOTHES, S.L. –a su vez, representada por éste- en las respectivas sociedades sería suficiente. De ahí, la importancia de, una vez adoptado el acuerdo, comunicarlo a los socios y acreedores que, dado el carácter familiar de las sociedades y el reducido número de socios, es conveniente realizar de forma individual a través de un procedimiento que asegure su recepción. La vía que se adopte para realizar la comunicación así como la fecha en que se ha realizado al último de los socios deberá plasmarse en la escritura. Esto va a permitir que el Registrador pueda verificar que no ha existido, en su caso, manifestación del derecho de oposición.

4) Por último, en la fase de ejecución se deberá elevar el acuerdo a escritura pública e inscribirse en el Registro Mercantil para que la operación devenga eficaz conforme a las pautas indicadas en el presente dictamen. Será a partir de este momento cuando la operación de escisión podrá ser oponible a terceros.

Por lo demás, una vez realizada por el registrador la inscripción de la escisión en la hoja abierta de la sociedad parcialmente escindida, así como seguidamente se deberá inscribir la absorción en la hoja abierta de la absorbente, se remitirán los datos necesarios por los respectivos registros al Registro Mercantil Central, para que se publique en el BORME.

Conclusión III. Por lo que respecta a cómo se van a distribuir las cuotas de participación con la operación de escisión, ello vendrá determinado por el tipo de canje que es aquella fórmula a través de la cual se determina el número de participaciones sociales de las sociedades beneficiarias que corresponden a los socios de las sociedades que se escinden. Ahora bien, dado que no sólo existe una única fórmula para realizar el cálculo y tipo de canje, se debe evitar que aparezcan desviaciones desproporcionadas en las valoraciones de cada una de las sociedades.

Dadas estas circunstancias, lo primero a tener en cuenta es que el tipo de canje se debe establecer sobre la base del valor real del patrimonio y que, necesariamente, ha de tener un valor positivo. Por tanto, aquella parte que se transmite de la sociedad escindida tiene que tener un valor del activo que supere al valor del pasivo, de manera que así se evita que se cree el efecto de una cesión de deuda y, en consecuencia, las participaciones transmitidas se consideren nulas.

No obstante, si bien es cierto que el tipo de canje no puede ser determinado libremente por las partes, sí que se permite que, en virtud de la autonomía de la voluntad, las partes, en función de los intereses sociales, pueden acordar un determinado tipo de canje, siempre dentro de los rangos de valor resultantes sobre la base del valor real. Por tanto, es conveniente advertir de la ausencia de reglas exactas para su determinación y poner en conocimiento de los destinarios de este dictamen la posibilidad que hay, dentro de los rangos a que se ha hecho referencia, de negociar el tipo de canje. Además, a pesar de que esta determinación se debe realizar por los expertos en la materia –cuestión que excede más allá del plano jurídico y, por tanto, no es objeto de este dictamen- es conveniente señalar que la mejor solución, dado que estamos ante un grupo de sociedades y prima el interés del grupo, pasa por combinar varios criterios para la valoración y así obtener el resultado más exacto posible.

Por último, hay que tener en cuenta que, en aquellos casos en que estemos ante una escisión parcial con pluralidad de sociedades beneficiarias cabe la posibilidad de atribuir a los socios participaciones de una sola de las sociedades adquirentes. Así, en el supuesto objeto de este dictamen, mientras que en la escisión de TEXTUR, S.L. y ROPAYCALZADO, S.L. existe solamente una sociedad beneficiaria, en la escisión de SPORTCLOTHES, S.L. se escinden dos partes cada una de las cuales van a ser absorbidas por TEXTUR, S.L. y ROPAYCALZADO, S.L., respectivamente. En este sentido, puede ser interesante atribuir a los socios participaciones de una sola sociedad absorbente, ya que esto contribuirá a facilitar el procedimiento, ya que la LME lo que exige es que se guarde una proporcionalidad cualitativa, no necesariamente cuantitativa. De esta forma, aunque los socios sólo reciban participaciones de una de las sociedades absorbentes no van a resultar perjudicados por ello. Ahora bien, esta posibilidad solo cabe en aquellos supuestos en que los socios así lo consientan individualmente, lo que, a nuestro juicio, no va a causar grandes problemas debido al reducido número de socios que tiene cada una de las sociedades participantes en la escisión.

Conclusión IV. Por lo que refiere a la posibilidad de que algún socio impugne la escisión, cabe decir que esto suele ser infrecuente que ocurra en casos donde cada uno de los socios ostenta una parte importante del capital social, aunque, en el caso que nos ocupa, dado que D. José Ramón es el socio mayoritario, ya sea directa o indirectamente, en cada una de las sociedades participantes en la escisión, podría tomar alguna decisión unilateralmente que pueda causar perjuicios a los demás socios y, en consecuencia, éstos último decidan impugnarla.

Para ello, hay que tener en cuenta quién está legitimado activa y pasivamente y en qué casos pueden impugnar la escisión. En este sentido, existen varias causas que pueden dar lugar a la impugnación, sin embargo, no existe una lista

de causas tasadas, aunque, en todo caso, sí deberá haberse vulnerado algún derecho o causado algún perjuicio a los socios. Por tanto, si la operación de escisión se ha llevado a cabo respetando las exigencias legales y los derechos de socios y acreedores, en principio, no existirá motivo alguno que haga prosperar la impugnación.

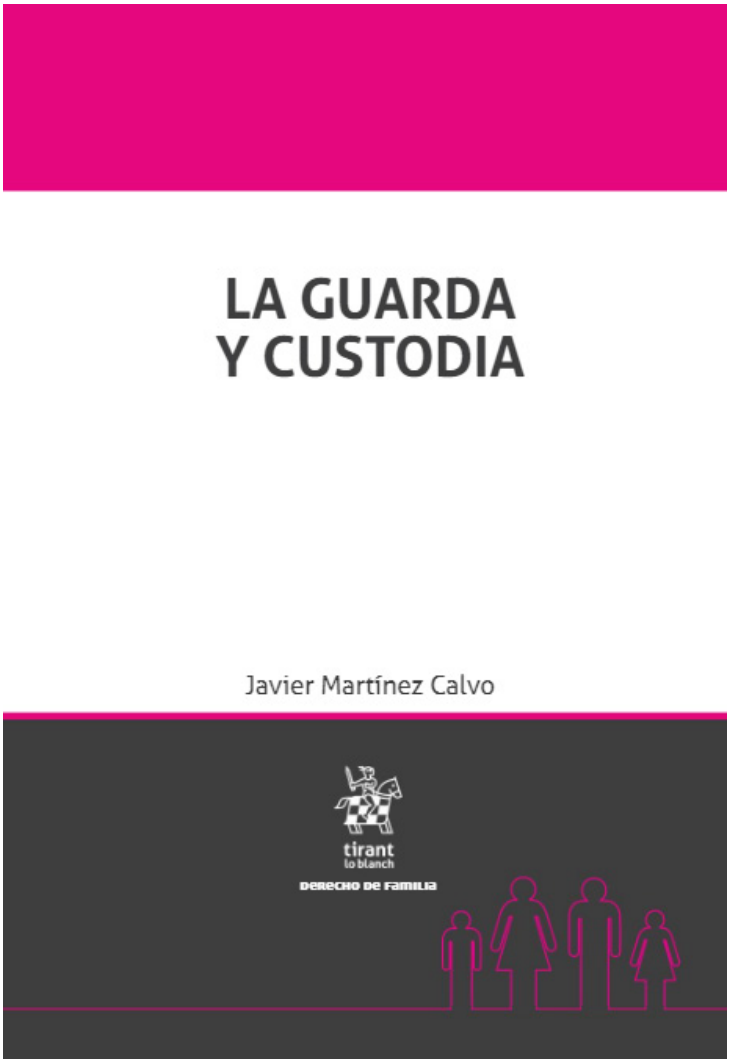
Ahora bien, en el caso de que apareciera algún motivo y alguno de los socios que ostente interés legítimo decida impugnar la operación, deberá ajustarse a las exigencias previstas en la LME si la fusión ya se ha inscrito en el correspondiente Registro. En caso contrario, únicamente podrá optar por la vía prevista en la LSC explicada en el apartado correspondiente del presente dictamen. No obstante, como lo más habitual en estos casos es que se impugne lo que es la escisión propiamente, cabe hacer una serie de consideraciones respecto a la acción que ostentan los socios conforme al art. 47 LME por remisión del art. 73 LME.

En este sentido, se debe ir con especial cautela en el momento de demandar a la sociedad correspondiente, ya que, en el supuesto que nos ocupa, debido a que es un caso de escisión parcial, habrá que demandar a la sociedad escindida, sin perjuicio de la posibilidad de demandar a las sociedades beneficiarias que, en los casos de litisconsorcio pasivo necesario, será obligatorio.

Como consecuencia de lo anterior, en el caso de que prospere la impugnación de la escisión y se dicte una sentencia de nulidad de la escisión ello supondrá la extinción de la sociedad o sociedades beneficiarias y, por tanto, el patrimonio escindido se reintegrará a la sociedad que se escindió originariamente y las deudas asumidas por la sociedad beneficiaria, en último término, acabarán siendo asumidas por la sociedad escindida debido a la reintegración del patrimonio y ese patrimonio responderá por todas las deudas asumidas por aquélla. De ahí que, se deba actuar con cierta cautela en tanto en cuanto no hayan transcurrido los plazos de impugnación de la escisión.

RECENSIONES

MARTÍNEZ CALVO, J.: *La guarda y custodia,* Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, 624 pp.



No puede hacerse una recensión en condiciones si no se leen todas y cada una de las páginas del libro que se pretende comentar. Por ello, cuando me propuse recensionar esta obra y vi el número de páginas que en ella se contienen, pensé que me llevaría mucho tiempo hacer el ejercicio adecuado. Sin embargo, debo reconocer que el autor logra dos cuestiones que no son simples de reunir en un mismo texto: es un libro prolijo a la vez que ameno, y me atrevo a decir también, sin temor a equivocarme, que se trata de una de las obras más completas que se han publicado en la materia en los últimos años en el mundo entero.

La obra es resultado de la tesis doctoral de su autor, guiada por los profesores de Derecho civil de la Universidad de Zaragoza, María Victoria Mayor del Hoyo y Carlos Martínez de Aguirre, quienes además la prologan. Este solo antecedente, adelanta que se trata de un trabajo serio y que no pudo menos que ser calificado con la máxima distinción.

El libro aborda la guarda y custodia, a mi parecer, desde todas las ópticas posibles que puedan existir. No solo se ocupa el autor de ser riguroso en cuanto a legislación, doctrina y jurisprudencia se refiere, tanto en el ámbito común español como también en el autonómico, sino que, a lo largo de todo el texto, se incorporan matices éticos, sociales, culturales, y hasta de sentido común que suelen echarse en falta en las obras que son altamente técnicas, como lo es la que ha desarrollado el Dr. Martínez.

Por su parte, destaco la capacidad que ha tenido el autor de integrar en un todo coherente aquellas cuestiones que suelen estudiarse en parcelas separadas, tales como la incidencia que tiene el régimen de guarda y custodia en el ámbito de otras medidas como la atribución de la vivienda familiar o la fijación de los montos referidos a la manutención de los hijos, etc.

Me gustaría aclarar también que, si bien se trata de una obra basada en el derecho español, lo cierto es que constituye una fuente de consulta imprescindible para cualquier jurista, sea cual sea el país donde éste se desempeñe; abordando materias que son de utilidad tanto para académicos como para abogados dedicados al libre ejercicio de la profesión, pero también para quienes deseen tener un conocimiento más acabado acerca de cuestiones que afectan la vida de todas y de todos.

La obra se divide en seis capítulos, ordenados de una manera adecuada al análisis que va desde lo más general a lo más particular (estructura que, si bien parece lógico que deba contenerse en un libro académico, no siempre se goza de ella). Así, se tratan en primer lugar el concepto y los regímenes de guarda y custodia; en segundo lugar, el marco legal de la figura; en tercer lugar, los aspectos relativos a la determinación de cada uno de los regímenes; en cuarto lugar, se estudia de forma acabada el régimen legal; en quinto lugar, la incidencia que tiene el régimen de guarda y custodia en la toma de otras medidas; y, finalmente, se trata todo lo relativo a las modificaciones y extinción del régimen.

Para entrar en materia, me referiré a las cuestiones que a mi entender son dignas de resaltar en cada uno de los apartados de esta obra.

En primer lugar, destaco la referencia inicial que hace el autor a la íntima relación que existe entre la patria potestad y la figura de guarda y custodia; patria

potestad que se basa, precisamente, en la existencia de un vínculo de filiación que el Dr. Martínez aborda en su punto justo y necesario. Precisamente la guarda y custodia se integra, tal como se señala en la obra, en aquel reconocido como ámbito personal de la patria potestad y, por tanto, está estrechamente ligada al deber de cuidado que tienen los padres respecto de sus hijos. Ese deber cobra una fisonomía que es completamente diferente en los casos en que los padres viven separados, asunto al que se aboca el texto en lo sucesivo.

No se olvida el autor de aclarar que existen importantes diferencias entre la titularidad de la patria potestad y la titularidad del cuidado personal de los hijos pues, entre otras cosas, cabe perfectamente mantener la titularidad y el ejercicio de la patria potestad sin ejercer la guarda y custodia. A fin de evitar las confusiones que sí existen en la práctica respecto de estas figuras el Dr. Martínez propone que el Código civil español delimite expresamente cada una de estas materias, tal como lo han hecho algunas comunidades autónomas; entre ellas, la Comunidad Valenciana.

En segundo lugar, quisiera resaltar el acabado estudio que se realiza respecto del régimen de custodia compartida, aun cuando la legislación española es más bien tímida en su tratamiento (cuestión que ha sido matizada por algunas legislaciones autonómicas que se ocupan más ***in extenso*** de esta materia, como son por ejemplo Aragón, Cataluña y Navarra). El autor realiza un análisis crítico de la figura, exponiendo acerca de los beneficios que la guarda y custodia compartida puede ofrecer, ello sin perder de vista que en la práctica existen una serie de dificultades para su puesta en marcha y para su efectiva ejecución. El Dr Martínez propone entre otras cuestiones, las siguientes: - la utilización de una nomenclatura que permita comprender claramente cuál es el espíritu del régimen: parece más adecuado, en su opinión (y también la mía) referirse a una guarda "alternada", "alternativa", "sucesiva", o cualquier otra denominación que la identifique de un modo más fidedigno a su realidad; - aclara, como corresponde, que el denominado régimen de custodia compartida no implica un reparto estrictamente igualitario de los tiempos que los hijos pasarán con cada uno de sus padres; - otorga un concepto de guarda y custodia compartida entendiéndola, en definitiva, como una figura que se caracteriza en la alternancia de ambos progenitores (aunque yo hubiese preferido que dijera padres) en el desempeño de las funciones inherentes a la guarda y custodia compartiendo en un plano de igualdad (aunque no entendida en su sentido estricto) derechos y obligaciones respecto de sus hijos como si se tratase de una familia "intacta" aunque en realidad no lo sea.

Cabe destacar, además, el profundo tratamiento de los principios de coparentalidad y corresponsabilidad que, sin duda, constituyen la razón de ser de la guarda y custodia compartida; y la atingente referencia que realiza a la guarda

ejercida por un tercero, ya sea como medida provisional o definitiva en el Derecho español.

Merece una mención especial la capacidad que demuestra el autor de sistematizar y sintetizar el amplísimo abanico legal que existe respecto de la figura de la guarda. Se refiere de manera íntegra a las normas internacionales, a las normas estatales, a la regulación autonómica con sus correspondientes ámbitos de aplicación (objetivo, subjetivo, temporal) e, incluso, se refiere al anteproyecto de ley sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental y otras medidas a adoptar tras la ruptura de la convivencia.

En tercer lugar, y siguiendo el orden de la obra, en cuanto a la determinación del régimen de guarda y custodia, aparece como interesante la dedicación que hace el autor al tratamiento del régimen como medida previa o provisional en los procedimientos de nulidad, separación o divorcio. En tal sentido aborda, por ejemplo, la procedencia o no de la custodia compartida como medida provisional determinando que, si bien la redacción del art. 103 del Código civil es deficiente, la interpretación de éste en conjunto con el art. 92 del mismo cuerpo legal, permiten afirmar que sí es posible tal supuesto, especialmente si así lo deciden de común acuerdo los progenitores (nuevamente, preferiría hablar de padres); propone, además el establecimiento con carácter obligatorio en el convenio regulador de la atribución de la vivienda familiar; y se detiene en la necesidad de aprobación del convenio regulador para que tenga fuerza ejecutiva. En tal sentido, enfático en señalar que las facultades del juez se limitan únicamente a rechazar o aprobar el acuerdo, mas no puede modificarlo.

A continuación, se refiere a los pactos prematrimoniales como fuente del régimen de guarda y custodia, considerando esta opción como perfectamente lícita (imagino que queriendo decir legítima) siempre que se reúnan, claro está, los requisitos de validez de este y no se sobrepasen los límites que para ello se disponen.

Finalmente, en el mismo capítulo tercero, dedica un apartado extenso a la mediación familiar como una herramienta para la consecución de acuerdos, calificándola como una figura positiva y mencionando algunas cuestiones de interés tales cómo la posibilidad de arribar a través de ella a un acuerdo parcial, o la conveniencia bajo determinadas circunstancias de la participación del menor en dicho proceso de mediación.

En cuarto lugar, el Dr. Martínez analiza la preferencia legal del legislador español por el régimen de custodia individual, no sin antes realizar una serie de afirmaciones que demuestran su inclinación favorable al régimen de custodia compartida. El autor critica las excesivas exigencias para su configuración y refiere,

por ejemplo, a la amplia aprobación que tiene este régimen por parte del Tribunal Supremo, que no solo niega la excepcionalidad de la figura, sino que considera que debe ser el régimen más normal y deseable, al punto de hacer un llamado a las Audiencias Provinciales en sentido tal de realizar una correcta interpretación del artículo 92. 8 del Código civil español. Así, deja en evidencia el autor que la custodia compartida ha tenido un avance en el derecho español, llegando incluso a tomar un rol preferente, aun cuando tal situación práctica ha visto fallido su reflejo legal.

En el mismo capítulo cuarto, es interesante la referencia que hace el profesor Martínez a la opinión del menor y su derecho a ser oído, diferenciando entre aquellos supuestos que implican una solicitud de su parte y aquellos en los que, en cambio, el menor no lo ha solicitado; así como a la interpretación que debe darse a la legislación vigente, concluyendo que se ha eliminado la obligatoriedad de oír al menor que tenga suficiente juicio o sea mayor de 12 años y que, en su lugar, parece adecuado señalar que se debe oír al menor solo si éste lo ha solicitado o cuando, no mediando esa petición, tenga suficiente juicio y el juez así lo estime necesario.

En cuanto a la discutida y discutible regla prevista en el art. 92.7 del Código civil, según la cual no procederá la guarda y custodia conjunta cuando cualquiera de los padres esté incurso en un proceso penal incoado por atentar contra la vida física, la libertad, la integridad moral o la libertad o indemnidad sexual del otro cónyuge o de los hijos que convivan con ambos, el autor (luego de una análisis de las posibles interpretaciones de la disposición y de cuestionar su contenido) considera que, para su aplicación, no debería bastar con estar incurso en un proceso penal, sino que debiera exigirse que el presunto autor hubiera sido condenado, o al menos que existiesen datos sólidos que acreditasen la veracidad de la denuncia interpuesta. En tal sentido, y tal como afirma Martínez, parecen más razonables las disposiciones de algunas comunidades autonómicas, como Aragón y Navarra, que exigen que se haya dictado una resolución motivada en la que consten indicios fundados y racionales de criminalidad; o, como Cataluña y el País Vasco, donde se requiere de una sentencia condenatoria firme. Lo anterior reviste una gran relevancia si se considera que no es menor el número de denuncias que se realizan (no solo en España, sino en el mundo entero) con la exclusiva finalidad de modificar los resultados relativos a la asignación de la guarda y custodia o del régimen de visitas.

Otra de las cuestiones que destaco, en el mismo capítulo, dice relación con la mención que realiza el autor respecto de la figura de la alienación parental. Hoy se vislumbra casi una manía por parte de los tribunales en cuanto a negar la procedencia de esta figura por el simple hecho de no ser considerado por la OMS como un síndrome. Es cierto que no reviste la categoría de tal, mas ello no implica

que la alienación no exista, y que ésta no sea tremendamente perjudicial tanto para el niño como para el padre alienado. En tal sentido concuerdo con aquellos autores que vislumbran en el régimen de custodia compartida un disuasivo a la alienación. Este tema lo aborda de manera muy completa y adecuada en su obra el profesor Martínez.

Del capítulo quinto, referido a la incidencia de la guarda y custodia en la determinación de otras medidas, cabe destacar el tratamiento de tres cuestiones que, tal como señala el autor, no se encuentran lo suficientemente reguladas en el Código civil español, y mucho menos aún en el régimen de custodia compartida, como son las visitas; la manutención de los hijos y la aportación que en ello corresponde a cada uno de los padres; y la atribución del uso de la vivienda familiar.

En cuanto a las visitas se refiere, y siguiendo en este punto a la autora chilena Marcela Acuña, distingue el Dr. Martínez entre cuatro posibles regímenes, analizando cada uno de ellos desde un punto de vista doctrinal y jurisprudencial. Dedica, además, un apartado especial al régimen de visitas de los hermanos, abuelos y otros parientes allegados, poniendo de relieve su principio fundante (el interés superior del niño) y descartando, de manera adecuada, que tenga este derecho un carácter absoluto pues, según lo señala el propio legislador, puede verse restringido por una justa causa.

En cuanto a la manutención de los hijos, el autor no solo hace la alusión tradicional a los gastos ordinarios y extraordinarios, sino que incluye aquellos que son de carácter voluntario y que están referidos a todo lo que no es estrictamente necesario en la crianza de un hijo. Respecto de todos ellos, se estudia en la obra la determinación de la cuantía, tanto en un régimen individual de guarda o custodia como en aquel que es de carácter compartido. En este punto pone de relieve el Dr. Martínez una arista que es muy poco mencionada y que, a mi entender, es tremendamente relevante: los supuestos de enriquecimiento injusto que pueden derivarse del pago de las pensiones de alimentos. En este apartado se echa de menos, eso sí, un análisis algo más profundo respecto del incumplimiento en el pago de los alimentos menores, mas se entiende su exigua referencia, pues se trata de un tema colateral y no principal de la obra.

Por último, y respecto de la vivienda familiar, el autor analiza cada uno de los criterios de atribución de la misma, y se dedica a la enunciación de los problemas prácticos que implica la figura, particularmente en el régimen de custodia compartida; uno de los cuáles, dice relación con la procedencia de una compensación económica por la pérdida del derecho de uso del padre beneficiario; aspecto que, si bien no está tratado expresamente por el legislador, ha sido ya objeto de algunas sentencia favorables.

En el capítulo final (el sexto de la obra) el profesor Martínez dedica, aunque pocas, interesantes páginas al estudio de la modificación del régimen de guarda y custodia, centrándose en algunos supuestos concretos tales como las circunstancias previstas en el propio convenio regulador; las modificaciones legislativas, de doctrina o de jurisprudencia, el deseo del menor; y el cambio del lugar de residencia de uno de los padres, entre otros.

Finalmente, quisiera destacar dos aspectos que me permiten calificar esta obra como un producto de excelencia, además, por supuesto, de los aspectos que ya he mencionado (y otros que, por razones obvias, no alcanzo a mencionar). Uno de ellos es referido a la nutrida bibliografía que detenta la obra: el autor utiliza fuentes de todo el mundo, alcanzando la suma de más de 400 textos citados y otro tanto (sino más) de sentencias ampliamente estudiadas a lo largo de todo el texto. El segundo de los aspectos dice relación con el inagotable entusiasmo del Dr. Martínez, quien manifiesta en todos y cada uno de los apartados de su obra su opinión personal y su punto de vista acerca de las cuestiones que se debaten, además de las correspondientes propuestas de ***lege ferenda*** cuando vienen al caso, todas las cuales aparecen reflexionadas y debidamente fundadas.

Se me quedaban en el tintero un par de antecedentes con lo que quizás debí partir esta recensión; y es que el Dr. Martínez ha recibido no solo uno, sino dos premios que reconocen el fabuloso aporte de la obra, cuya importancia he intentado reflejar en algunas líneas: me refiero al Premio Extraordinario de Tesis Doctoral de la Universidad de Zaragoza, y al premio al mejor trabajo de investigación del Consejo Económico y Social del Gobierno de Aragón.

Daniela Jarufe Contreras
Académica Derecho Civil
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad de Talca, Chile

BERROCAL LANZAROT, A. I.: *Estudio jurídico-crítico sobre la ley orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales*, Editorial Reus, Madrid, 2019.

La red de redes es consustancial a las tareas que, en la actualidad, realizamos. En este sentido, si, a título de ejemplo, necesitamos información de cualquier índole generalmente se hace uso del buscador por antonomasia, es decir, Google. Llama la atención que este último, dos años después de su fundación, todavía no tenía un horizonte ni un modelo de negocio sostenible. Todo ello cambio radicalmente a raíz de Google Adwords -en la actualidad conocido como Google Ads-. Esta última explota los datos producidos por las interacciones entre los usuarios con

el buscador para vender anuncios. En un lapso temporal de menos de 4 años, el gigante tecnológico logró aumentar sus ingresos en cifras insólitas, ya que alcanzó más de un 3500%. La economía de los datos ha cambiado de manera sensible y continúa cambiando. Las grandes empresas tecnológicas -Google, Facebook y Amazon entre otras- cuyo modelo de negocio depende, en gran parte, de anuncios -cada vez más personalizados- buscan aparentar ciertos valores como benevolencia o ingenuidad. Ahora bien, como apuntaron, a finales de los años noventa, los fundadores de Google, Larry Page y Sergey Brin, "los buscadores financiados por anuncios estarían predispuestos a beneficiar a los anunciantes, en contra de las necesidades de los usuarios".

Los datos personales son el nuevo oro negro del siglo XXI. En una economía global ampliamente digitalizada, los datos personales son objeto de transmisión en las numerosas actividades mercantiles que se acometen diariamente, no sólo dentro del territorio comunitario, sino que va más allá de sus fronteras. La privacidad siempre ha sido un tema recurrente. Las normas sociales relativas a la privacidad han evolucionado con el objetivo de proteger al usuario de eventuales abusos. Como, desde antaño, señalaron Francis Bacon, Thomas Hobbes, Michel Foucault, siempre ha imperado una relación muy estrecha entre conocimiento y poder. La tutela de la privacidad resulta un asunto de notable importancia tanto a nivel personal como social. Hace relativamente poco tiempo, se puso de manifiesto la influencia que empresas como Cambridge Analytica, haciendo uso indebido de datos obtenidos de Facebook, habían tenido en grandes acontecimientos de la historia –manipulando, recurriendo a métodos deleznables, la voluntad de sus destinatarios-. Dentro de estos últimos podemos citar, entre otros muchos, la elección de Trump o el Brexit.

La profesora Berrocal Lanzarot es Profesora Contratada Doctora de la Universidad Complutense de Madrid. Asimismo, es académica correspondiente en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación. Ha realizado diversas estancias de investigación en Universidades extranjeras y ha sido miembro del equipo de investigación de diversos proyectos de I+D+I. Una de sus líneas de investigación es la del Derecho y las nuevas tecnologías.

La obra que se reseña, que tiene una notable extensión, ostenta quince capítulos más la bibliografía. El primero de ellos, rubricado consideraciones generales, incardina la obra en el marco constitucional, señalando las normas pretéritas a la actualmente vigente, así como la jurisprudencia derivada. El capítulo siguiente se refiere al objeto y ámbito material de aplicación. Sobre este extremo versa, de manera parcial, el Título I de la norma española que está dedicado a aspectos generales -ámbito de aplicación, objeto de la ley y datos de personas fallecidas-. El ámbito territorial es objeto de análisis en el capítulo siguiente que,

como bien reseña la autora, no se aborda en el articulado de la norma, salvo una mención tangencial en el art. 66, aunque referida a la AEPD. Resultan muy sugerentes las apreciaciones que la autora formula en relación al Reglamento General de Protección de Datos.

Los principios aplicables a la protección de datos son objeto de examen en el capítulo siguiente -capítulo cuarto-. El Título II de la norma española se dedica a esta materia, si bien no contiene novedades notables respecto a lo previsto en el Reglamento General de Protección de Datos. Quizás lo más significativo, en este sentido, sea la fijación en 14 años de la edad para consentir sin asistencia de padre o tutor el tratamiento de los datos personales. Cabe reseñar que, en versiones anteriores de la norma, se había planteado bajar la edad a los 13 años.

Los derechos de las personas, materia de examen en el capítulo siguiente de la obra, se abordan en el Título III de la norma que, dicho sea de paso, no incurre en grandes novedades respecto al Reglamento Europeo. Especialmente sugerentes son los dos últimos apartados de tal capítulo. Nos referimos, por un lado, a la cadena de bloques y la privacidad. En este sentido, la autora analiza su concepto y caracteres para, posteriormente, centrarse en los ámbitos de aplicación más usuales, entre los que se encuentran las criptomonedas y los Smart contracts. El último apartado significativo de este capítulo alude al Internet de las cosas, la inteligencia artificial y la privacidad. Se trata de un tema apasionante del que la autora esboza su concepto y ámbitos de aplicación práctica.

Un aspecto de enorme relevancia es la transferencia internacional de datos personales, objeto de examen en el capítulo sexto. Para tal cuestión, la autora analiza, con magistral soltura y destreza, el Reglamento Europeo. Este punto se simplifica considerablemente respecto a la situación pretérita. En efecto, el procedimiento que deberá seguirse, con respecto al régimen anterior, es más sencillo. Las autorizaciones de la Agencia Española de Protección de Datos se reservan para casos puntuales. Nótese que, sobre este respecto, se ha aprobado una reciente sentencia que afecta de lleno a esta materia. En efecto, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha anulado el denominado Privacy Shield, es decir el escudo de privacidad, que representa uno de los acuerdos marco clave que permitía la transferencia de datos personales entre la Unión Europea y los Estados Unidos, todo ello en virtud de la Sentencia dictada en el caso Shrems contra Facebook.

La protección de datos personales en el Derecho continental europeo difiere de la imperante en el Derecho anglosajón. En efecto, el modelo que prevalece en la Unión Europea atribuye un destacado papel a los poderes públicos para asegurar cierto control de las personas respecto a los datos que resultan susceptibles de afectar a su intimidad. Para ello, entre otros aspectos, impone

determinados deberes de notificación de las actividades de tratamiento de datos a las autoridades de control, mientras que la autorregulación ostenta carácter complementario. El modelo anteriormente mencionado se opone al establecido en los Estados Unidos en el que la intervención pública, en esta materia, se considera inapropiada, fomenta la autorregulación, otorgando preeminencia a los intereses comerciales sobre la salvaguardia del derecho a la intimidad. Cabe poner de manifiesto que la imposición de estrictos controles sobre el conjunto de las actividades de tratamiento de datos no parece encontrar apoyo en la tradición cultural y constitucional de los Estados Unidos.

El capítulo séptimo se dedica a las autoridades de control sobre la materia. En este apartado se alude, de manera completa, a las particularidades que se suscitan a propósito de la Agencia Española de Protección de Datos. Asimismo, se analizan, de manera independiente, sus competencias.

El Comité Europeo de Protección de Datos se estudia en el capítulo siguiente. Constituye un organismo europeo independiente que contribuye a la aplicación de las normas de protección de datos en toda la Unión Europea y fomenta la cooperación entre las autoridades de protección de datos de la Unión Europea. Cabe reseñar que, entre sus objetivos, se encuentra garantizar la aplicación tanto del Reglamento General de Protección de Datos como de la Directiva europea sobre protección de datos en el ámbito policial.

Los recursos, sanciones y resoluciones se abordan en el capítulo siguiente, cuestiones de ámbito procedimental en los que se alterna el examen del Reglamento Europeo y de la norma española. Una de las novedades más significativas que el Reglamento General de Protección de Datos introdujo fue un importante aumento de las sanciones. Estas últimas pueden ser bien hasta 20 millones de euros bien del 4% de la cifra de negocio de la organización. La AEPD ha impuesto, en base a la nueva normativa, cuantiosas sanciones. En este sentido, podemos citar la sanción impuesta a La Liga Profesional de Fútbol, que fue multada con 250.000 euros por la aplicación que empleaba, sin autorización, el micrófono de los teléfonos móviles para encontrar bares en España que estuviesen retransmitiendo futbol sin autorización, haciendo uso de programas pirata.

La Agencia Española de Protección de Datos, autoridad administrativa independiente sobre la materia, es objeto de análisis en el capítulo X. Este último resulta descriptivo de la regulación legal a este respecto. Se analiza la forma de iniciación y la duración del procedimiento y, asimismo, se refiere a la reclamación propiamente dicha.

Dos grandes novedades de la norma española vienen representadas por el responsable y el encargado del tratamiento, objeto de análisis en el capítulo

siguiente. En el Título IX se amplían los sujetos responsables. Con la anterior regulación normativa únicamente podían ser sancionados por los incumplimientos contemplados en la LOPD el responsable del fichero y el encargado del tratamiento. Ahora, en el art. 70 de la nueva norma, se prevé que se encuentren sujetos al régimen sancionador otros como los representantes, las entidades de certificación o las acreditadas de supervisión de códigos de conducta. Como efecto de lo anterior, se incluyen determinadas infracciones que únicamente podrán ser cometidas por los sujetos responsables que se enumeran en el art. 70.

El capítulo doce hace alusión al Delegado de Protección de Datos -DPD-. Además de las entidades que cumplan los presupuestos enumerados en el art. 37 del Reglamento General de Protección de Datos, deben nombrar un DPD, según señala el art. 34 de la LOPD, determinados responsables y encargados del tratamiento. El DPD debe observar el cumplimiento de la legislación en materia de protección de datos personales y, en su caso, gestionar las consultas de las personas que le consulten respecto al tratamiento de sus datos personales.

La garantía de los derechos digitales se contempla en el capítulo trece. Entre los principales cambios que ha sufrido la LOPD, durante su tramitación parlamentaria, se encuentra la inclusión de un último título -Título X-, que va más allá de los límites de la protección de datos y la adaptación del derecho interno al RGPD. Los arts. 79 al 97 de la norma legal, ambos inclusive, incluyen una serie de derechos digitales que podemos clasificar en cuatro bloques: acceso y uso de Internet, derechos de menores de edad, ampliación de los derechos del afectado y derechos digitales del trabajador. Especialmente sugerente es el testamento digital. El art. 3 del Reglamento Europeo señala una previsión similar a la recogida en el Reglamento de la LOPD, que permite a los familiares de los fallecidos -las personas vinculadas al fallecido, por razones familiares o de hecho, así como a sus herederos- solicitar el acceso a los datos personales de aquél, su supresión o rectificación. Ahora bien, se contempla la eventualidad de que el causante haya prohibido el ejercicio de las facultades de rectificación o supresión, por parte de tercero, manifestando lo que, de manera coloquial, podría calificarse de sus últimas voluntades digitales. En ningún caso, se puede limitar el acceso a los datos personales por parte de los herederos. El art. 96, posicionado en sede de la carta de derechos digitales con el epígrafe de testamento digital, añade poco a lo que se ha señalado.

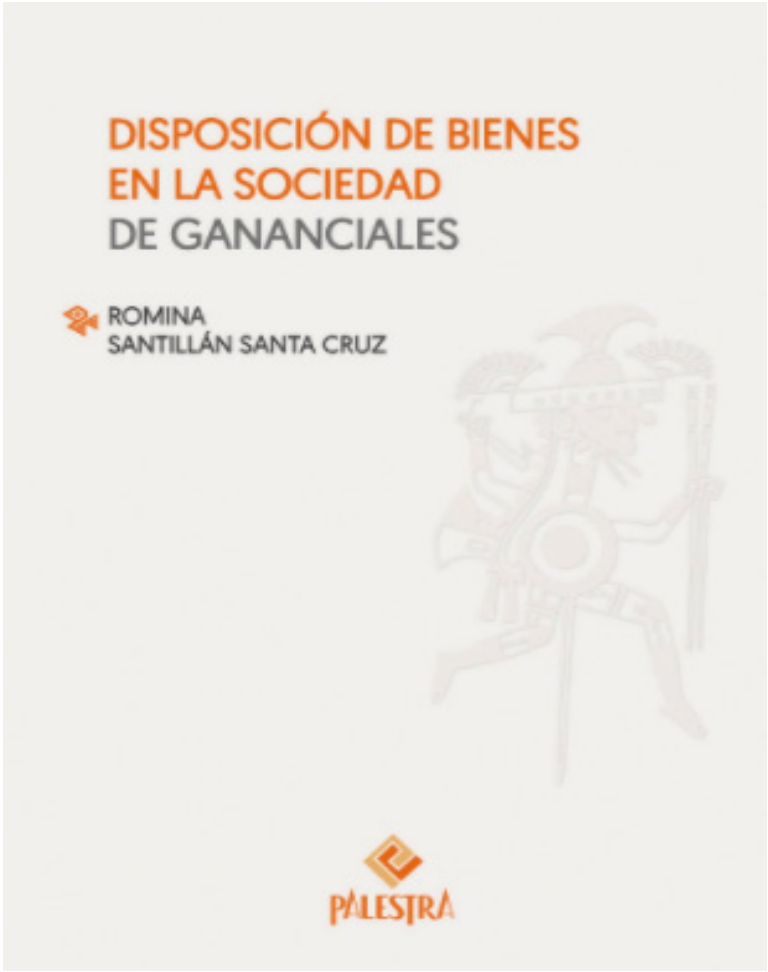
Los últimos dos capítulos -catorce y quince- se dedican a las otras modificaciones normativas que efectúa la nueva LOPD analizando el alcance de cada una de ellas, así como a la Comisión Europea y, en este último sentido, se centra en los actos delegados y de ejecución.

En suma, nos encontramos ante una obra de referencia en materia de privacidad en la que se aborda, con gran detalle y extensión, todas las novedades

implementadas en virtud de la nueva normativa de protección de datos. La privacidad no debe ser considerada un obstáculo, sino que representa una garantía que da la posibilidad de desarrollar las tecnologías de una manera apropiada y fiable.

Dr. David López Jiménez
EAE Business School

SANTILLÁN SANTA CRUZ, R.: *Disposición de bienes en la sociedad de gananciales,* Palestra Editores, Lima, 2020, 380 pp.



El libro que se comenta es producto de la tesis doctoral que su autora defendió en la Universidad de Zaragoza, bajo la dirección del profesor Carlos Martínez de Aguirre Aldaz, Catedrático de Derecho civil en la mencionada universidad. Desde luego, y antes de comenzar la exégesis de la obra, he de decir que la misma es tributaria del entusiasmo académico de la autora, cuya calidad humana, por otro lado, pude advertir de primera mano en nuestros encuentros en febrero de este año tan atípico que ha sido 2020 en Valencia y en Salamanca, con ocasión, respectivamente, del IX Congreso de Derecho de Familia organizado por el IDIBE y del I Congreso Internacional de Jóvenes Civilistas organizado por la asociación Ivs Civile Salmanticense.

Bajo el título *Disposición de bienes en la sociedad de gananciales,* la Dra. Santillán Santa Cruz realiza un estudio sobre la sanción que correspondería aplicar a los actos de disposición individual de bienes comunes que contravienen la regla de la actuación conjunta en Derecho peruano, donde no existe una norma específica para afrontar este particular asunto, razón por la que recurre al Derecho español, a su doctrina y jurisprudencia, debido a las similitudes que presentan ambos sistemas jurídicos, con la finalidad de proponer una solución (mejor dicho, un conjunto de soluciones) que resulte aplicable en dicho Derecho.

Existen unos factores que son claves en el enfoque que hace la autora del problema en cuestión. La jurisprudencia peruana no ha sido capaz de ofrecer soluciones unánimes frente a supuestos similares de disposición irregular de los bienes comunes, fijando criterios poco constantes e inestables. Unas decisiones judiciales se inclinan a favor de la nulidad, mientras que otras lo hacen a favor de la ineficacia. La doctrina experimenta una inestabilidad similar, con la agravante de recurrir a más tipos de invalidez e ineficacia, amplificando de este modo el problema y sus posibles soluciones. Entre las tesis aparecen la de la nulidad, anulabilidad, ineficacia en sentido estricto, inoponibilidad, rescisión por venta de bien ajeno, y de tutela del carácter real.

La obra se divide en cinco capítulos, cada uno de los cuales se refiere a ámbitos fundamentales de la sociedad de gananciales, y aunque se centra especialmente en el Derecho peruano, en todos ellos hay una oportuna remisión comparativa al Derecho español. Asume posturas claras y definidas, empleando una redacción dinámica y elegante que permite una lectura llana, apacible y sostenida. Además, el libro se conduce en forma inductiva, de modo que la autora va de lo general a lo particular sentando en cada capítulo las bases sobre el que se construye el siguiente, razonamiento del que se sirve hasta llegar al último capítulo. Lo cual viene acompañado de un riguroso trabajo exegético, con un más que adecuado recurso a los cánones sistemático y teleológico de la interpretación jurídica.

Los dos primeros capítulos son introductorios, en los que se abordan cuestiones generales relativas al régimen de gananciales y a los bienes que integran el patrimonio común. El tercer capítulo está dedicado a la gestión de los bienes en la sociedad de gananciales: tanto respecto a los bienes comunes, como a los privativos. El cuarto capítulo analiza el interesante, y no poco complejo, tópico de la legitimación de los cónyuges para la realización de actos de disposición sobre los bienes comunes. Reservando el quinto y último capítulo a proponer un conjunto de soluciones al cardinal problema que debe afrontar la monografía y a desarrollar la idea de la "anómala legitimación individual", que el capítulo previo plantea con una visión más general. Veamos a continuación en forma breve cada capítulo.

El primer capítulo, bajo el título de "Régimen patrimonial de sociedad de gananciales: evolución normativa y configuración legal vigente", abre con aquella innegable premisa que afirma que el matrimonio es presupuesto del régimen económico matrimonial. Régimen económico que la autora define como ese conjunto de reglas concretas de Derecho civil -y que, según expresa, en el caso peruano se podría decir, incluso de manera más específica, de Derecho de familia, pues las nomas en cuestión, a diferencia de lo que sucede en el Código civil español, forman parte de un Libro del Código civil peruano que lleva por título ese mismo nombre- orientadas a organizar los aspectos patrimoniales del matrimonio. Tras ello se desarrolla una clasificación general de los regímenes económicos del matrimonio que los distingue entre regímenes legales y convencionales, advirtiendo que hay un contraste entre el sistema peruano y el español: el primero reposa en un régimen convencional de libertad restringida, mientras que el segundo en uno convencional de libertad absoluta, dada la posibilidad de pactar en capitulaciones. A causa de su sistema convencional restringido, las reglas para la elección del régimen económico en Perú limitan a los cónyuges a optar entre dos regímenes legalmente predeterminados: la sociedad de gananciales y la separación de patrimonios, no pudiendo pactar en capitulaciones y, por ende, tampoco diseñar un régimen económico propio.

En este mismo capítulo, la autora hace un recorrido legislativo por los tres Códigos civiles que ha tenido Perú desde su vida republicana (1821): el Código de 1852, el de 1936 y el último, y vigente, de 1984. La intención de este estudio es poner de relieve la evolución que ha tenido el régimen de comunidad de bienes en el Derecho peruano, que ha pasado de ser un régimen impuesto basado en un sistema de potestad marital, en el que la mujer tenía escasa o nula participación en los actos de gestión de los bienes comunes, a uno en el que ambos cónyuges coparticipan, salvo excepciones. Además, señala que es la sociedad de gananciales el régimen que opera en forma supletoria ante la falta de elección expresa de una separación de patrimonios, la que requiere una formalidad solemne bajo sanción de nulidad. Tras ello cumple con hacer una delimitación conceptual bastante precisa del régimen peruano de sociedad de gananciales, destacando su enorme parecido con el régimen español de sociedad de gananciales (salvo por la existencia de algunas cuestiones técnicas de índole gramatical que el lector advertido sabrá encontrar): un régimen de comunidad de bienes que responde a un modelo básicamente germánico, en el que existen un patrimonio común a los cónyuges (que no admite partes alícuotas) y los patrimonios privativos de éstos. Este capítulo finaliza con un apartado dedicado al comienzo del régimen de gananciales y su publicidad registral.

En el segundo capítulo, titulado "Bienes que conforman el activo de la sociedad de gananciales", cobra protagonismo el clásico estudio de la existencia simultánea

de las tres masas patrimoniales independientes, que es propia de esos sistemas jurídicos que, como el peruano y el español, conciben a la sociedad de gananciales como una comunidad de bienes parcial o relativa, en la que coexisten bienes comunes a los cónyuges con los bienes privativos de cada uno de éstos. Las reglas generales para la calificación de los bienes es otro de los apartados que aparece en este capítulo. Del mismo modo, dedica un amplio y completo estudio al alcance conceptual de los bienes propios y comunes, así como a los diversos supuestos legales de atribución de la calidad privativa o común a los bienes del matrimonio, puntualizando que los primeros responden a una enumeración taxativa, en tanto que los segundos a una enunciación más genérica de todo aquello que debe ser calificado como bien común; para estos últimos no se sigue un estilo casuístico-enumerativo. También se estudian todos aquellos casos especiales de atribución de carácter común a los bienes que derivan de las leyes especiales y de una interpretación más exhaustiva de las reglas de atribución legal a la luz de la jurisprudencia y la doctrina, tanto nacional como española.

Este capítulo se destina así mismo al desarrollo de los problemas que plantea la inscripción registral de los bienes conyugales en el Derecho peruano, determinando mecanismos que podrían ayudar a corregir dichos problemas. Dedica un apartado específico al estudio de las reglas de la cotitularidad de los bienes comunes, para posteriormente plantear un debate más que oportuno sobre los denominados "bienes comunes de titularidad individual" y "bienes comunes de titularidad conjunta", que se admiten en aquellos ordenamientos, distintos del peruano, regidos por un principio de gestión separada de los bienes del matrimonio. Finaliza la autora este capítulo con un análisis crítico del mecanismo de la atribución voluntaria (de ganancialidad y de privatividad) previsto en el Derecho español común, para plantear posteriormente la posibilidad de su admisión en el Derecho peruano, concluyendo que los cónyuges, en este último escenario, solo podrían celebrar acuerdos atributivos que provoquen el desplazamiento de un bien perteneciente a un patrimonio privativo hacia el otro patrimonio igualmente privativo, dada la prohibición de contratar en sí sobre sus bienes comunes.

En el tercer capítulo la autora ingresa al estudio de aquello que constituye el tema neurálgico de la monografía, y lo hace con el título de la "Gestión de los bienes en la sociedad de gananciales: administración, disposición y contratación". Éste empieza con el estudio de la representación legal de la sociedad conyugal, una figura inusual establecida en el Código civil peruano y que plantea diversos cuestionamientos, pues constante matrimonio no existe una entidad distinta de los cónyuges con una personalidad jurídica propia capaz de ceder facultades para ser representada. Lo que lleva a la autora a señalar, después de esgrimir una serie de razones, que la representación de la sociedad conyugal es atípica (no hay un verdadero representado) y debe entenderse como actuación que vincula

legalmente a los cónyuges con el patrimonio común y, en general, a éstos en sus relaciones con terceros. Una vez hecha esta aclaración, la autora se aboca al estudio de la gestión de los bienes comunes en el régimen de gananciales, profundizando más en los actos de administración de estos bienes que en los de disposición, pues sobre estos últimos se limita a hacer un planteamiento general para sentar las bases de lo que se desarrollará en el cuarto capítulo.

Dedica también dicho tercer capítulo al estudio de aquellas actuaciones individuales que los cónyuges podrían realizar en perjuicio de la sociedad de gananciales y que, en el caso peruano, motivarían, en caso de resultar probadas las "poco objetivas" causas contempladas en la norma, que se constituya judicialmente un régimen de separación de bienes a pedido del cónyuge agraviado. Destaca la autora, a propósito de este tema, el acierto del Código civil español al recoger en su cuerpo normativo un amplio abanico de mecanismos por los que puede optar el cónyuge cuyos intereses y derechos se han visto perjudicados por el actuar fraudulento del cónyuge que ha participado directamente en la gestión de los bienes matrimoniales. Después de esto, desarrolla con más profundidad la prohibición legal de contratación entre cónyuges sobre los bienes comunes, tema del que ya da algunas pinceladas en el capítulo primero. Concluye este capítulo con la gestión de los bienes propios en un régimen de gananciales: administración, disposición y posibles límites, hasta llegar al interesante y controvertido tema de la irrenunciabilidad unilateral de actos de liberalidad y grado de participación del otro cónyuge, porque debe saber el lector que el Código civil peruano dispone que "ninguno de los cónyuges puede renunciar a una herencia o legado o dejar de aceptar una donación sin el consentimiento del otro". El análisis que hace la autora es significativo, útil y bien argumentado.

La "Legitimación de los cónyuges en los actos de disposición de bienes sociales" es el título que lleva el cuarto capítulo del libro que ahora analizo. Es de advertirse, a propósito de este título, que "bienes sociales" es la terminología que emplea la norma peruana para referirse a los bienes comunes de los cónyuges. Otra de las cosas que llama la atención es el concepto de "legitimación", que siendo más propiamente procesal resulta trasladable al ámbito civil sustantivo para hacer referencia, como lo hacía Díez-Picazo, a ese reconocimiento que hace el ordenamiento a una persona de la posibilidad de realizar con eficacia un acto jurídico, una posibilidad que deriva de la relación existente entre el sujeto que actúa y los bienes o intereses a que su acto afecta. Es decir, una cualidad del sujeto que lo habilita a realizar con eficacia un determinado acto jurídico, que puede ser de disposición o de administración, tratándose específicamente de la gestión de los bienes comunes en vigencia de un régimen de sociedad de gananciales.

Para este estudio de la legitimación de los cónyuges en los actos de disposición de los bienes comunes, la autora emplea una tipología general que estructura la materia en legitimación conjunta y legitimación individual; esta última, a su vez clasificada en legitimación puramente individual o exclusiva y legitimación disjunta o concurrente. Una tipología que la autora toma de la doctrina española, advirtiendo que la ordenada y sistémica regulación de esta materia en Derecho español es la que ha permitido a esta doctrina clasificar unos tipos de legitimación para disponer de los bienes gananciales. Mientras que, en Derecho peruano, la existencia de algunas deficiencias técnicas en la regulación de la materia no ha permitido a la doctrina peruana abordar este asunto en forma integral y sistemática, como sí lo hace la doctrina española, generándose problemas teóricos y prácticos para determinar correctamente los efectos de los actos de disposición y, en algunos casos, su posible sanción.

No obstante, la autora considera que, si bien el artículo 315 del Código civil peruano (que es el que contiene las reglas para la disposición de los bienes sociales) no prevé una sanción específica para los actos de disposición individual que contravienen la regla de actuación conjunta de los cónyuges, sí ofrece algunas pautas para resolver dicha problemática y, en su opinión, estas estarían en torno a la "intervención conjunta de los cónyuges", que es el concepto con que se puede simplificar esa "intervención del marido y la mujer" requerida por el citado artículo "para disponer de los bienes sociales o gravarlos". Por ello, tras un meticuloso análisis normativo, doctrinal y jurisprudencial, concluye que la "intervención" a que alude el artículo 315 presupone la existencia de una cotitularidad de los cónyuges respecto de los bienes sociales. Sostiene además que "hay una suerte de coincidencia entre titularidad y ganancialidad: todos los bienes comunes se reputan de titularidad de ambos cónyuges", razonamiento que la conduce a equiparar la "intervención conjunta" con la figura del "consentimiento conjunto". Y con ello, a decir de la autora, la actuación conjunta de los cónyuges, como dispone el artículo 315, solo podría concretarse con la intervención simultánea de ambos cónyuges o con la intervención de uno de ellos con poder especial conferido por el otro cónyuge.

Tales premisas previas orientan a la autora a desarrollar los tipos de legitimación de los cónyuges para disponer de los bienes sociales en el seno del artículo 315 del Código civil peruano. Y siguiendo la lógica de sus razonamientos, la autora identifica también en dicho precepto los distintos supuestos que configurarían una falta de legitimación para disponer en los cónyuges, formulando para cada uno de esos supuestos las distintas medidas legales que podrían adoptar tanto el cónyuge preterido como los terceros posiblemente afectados para la protección de sus derechos. Medidas tales que la autora no encasilla en la figura de la ineficacia, que sería la sanción más próxima a una falta de legitimación cuando el ordenamiento

no establece una sanción específica, sino que, en función de las particulares circunstancias de cada caso, las medidas podrían ser la nulidad si la disposición unilateral del bien común entraña un fin ilícito, o la sustitución judicial del régimen de gananciales por una separación de bienes si el cónyuge disponente actúa con dolo o culpa, entre otras.

Precisamente, lo que aparece en la última parte del párrafo anterior es lo que el lector podrá encontrar en el quinto capítulo, titulado "Sanciones aplicables a la falta de legitimación para disponer de bienes comunes", y que he preferido mencionar antes para no romper el hilo conductor de ese aporte tan fundamental que la autora pone a disposición del lector en su libro. He de advertir también que en este último capítulo se desarrolla con gran profundidad la idea de falta de legitimación en el artículo 315 del Código civil peruano. Se hace una referencia más que necesaria a la doctrina de la ineficacia e invalidez de los actos jurídicos. Y se desarrollan con gran solvencia y agudeza las sanciones aplicables en Derecho español común a los actos de disposición que contravienen la regla de gestión conjunta, cuya regulación se vertebra metódicamente en los artículos 1.322, 1.377 y 1.378 del Código civil español.

En la parte final del quinto capítulo se encuentra uno de sus aportes más plausibles. La autora elabora la tesis de la anómala legitimación individual para los actos de disposición de bienes sociales en los que, informándose una actuación representativa, realmente no existe el poder especial del otro cónyuge que requiere el artículo 315 en su párrafo primero. La anomalía denunciada se presenta, a decir de la autora, porque pese a no haberse observado el requisito de la actuación conjunta (dada la ausencia del poder especial), es posible ratificar dicho acto de disposición aplicando el artículo 162 del Código civil peruano, convirtiendo así el acto ineficaz respecto del cónyuge seudorepresentado en un acto con eficacia plena y *erga omnes*. Una situación que podría darse incluso cuando la actuación realizada al amparo del artículo 315, antes comentado, no fuera en estricto representativa (cuando, por ejemplo, el cónyuge actúa en su propio nombre), pero en este caso la ratificación solo sería posible si se aplica por analogía el artículo 162.

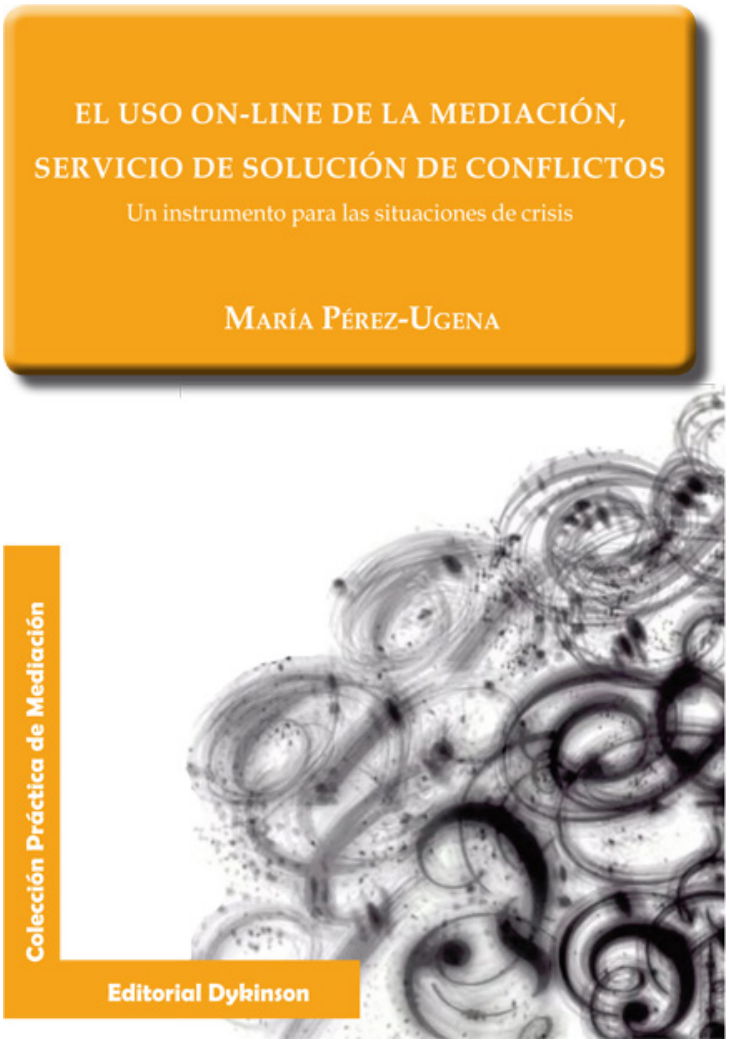
Con la posibilidad de ratificar los actos de disposición irregular de bienes comunes, dice la autora, existiría el riesgo de convertir una situación anómala, una patología del sistema, en un supuesto de hecho regular de legitimación de los cónyuges para disponer individualmente de los bienes sociales, cuando esto no es lo que emana de las disposiciones del artículo 315 del Código civil peruano. Sin embargo, aun cuando ello pueda suponer un riesgo, la autora señala que tiene sentido recurrir la ratificación cuando existe una disposición individual anómala de bienes sociales, pues aquella -mientras no haya una regulación adecuada del tema-

se presenta como una solución equilibrada al conflicto de intereses, facilitando la agilidad del tráfico y la protección de los derechos del cónyuge no disponente, salvo en aquellos casos en que la nulidad del acto de disposición sea inminente, pues frente a una nulidad radical no hay nada que ratificar. En estos casos solo quedaría volver a celebrar el acto de disposición, esta vez con la intervención de ambos cónyuges, a fin de respetar el tracto sucesivo que requieren los Registros Públicos para inscribir el derecho del adquirente.

En definitiva, se trata de una obra rigurosa y bien cuidada, tanto en el fondo como en la forma, cuya consulta es recomendada para todos aquellos que deseen conocer los aspectos principales, más orgánicos y necesarios en el estudio del régimen de sociedad de gananciales. Una obra que, aunque está especialmente abocada a proponer una solución al problema de la disposición individual irregular de los bienes comunes de los cónyuges en Derecho peruano, tiene una clara y directa incidencia en cuestiones de Derecho español. Y es que en esto reside precisamente la importancia del trabajo académico, en esa cualidad de traspasar fronteras, generando un conocimiento renovado, útil y transferible.

Pedro Chaparro Matamoros
Profesor Ayudante Doctor de Derecho Civil
Universitat de València (España)

PÉREZ UGENA, M.: *El uso on-line de la mediación, servicio de solución de conflictos,* Dykinson, Madrid, 2020.



Es un hecho conocido por todos que las Tecnologías de la Información y de la Comunicación -TIC- persiguen poner término a un sinfín de barreras –sobre todo de carácter geográfico y lingüístico- en numerosos espacios sociales. En materia de resolución de conflictos, las TIC deberían desarrollar un papel fundamental y más, si cabe, en el ámbito transfronterizo. Hace más de un lustro que la Comisión Europea puso de manifiesto en una Comunicación –intitulada "La agenda de justicia de la UE para 2020"- la necesaria aplicación de las nuevas tecnologías en la libertad, seguridad y justicia. La justicia tiene una enorme relevancia para el

crecimiento económico europeo, pero, de manera adicional, debe simplificarse todo cuanto sea posible para los ciudadanos. A este respecto, también sugería que los distintos países de la Unión Europea faciliten el recurso a los mecanismos extrajudiciales de resolución de litigios. Estos últimos, por sus prerrogativas inherentes, ofrecen una solución rápida, eficaz y más económica que la vía judicial.

Dentro de los mecanismos alternativos de resolución de conflictos, debemos referirnos a la mediación. Hace más de una década -en concreto en 2008- se aprobó la Directiva 2008/52, de 21 de mayo, sobre determinados aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles. Ahora bien, dentro de su articulado, se incluía una restricción que no debe pasar desapercibida. En efecto, aunque fomenta el recurso a la mediación para lograr una solución a un conflicto económico en materia de Derecho privado, se reduce a los litigios de carácter transfronterizo. Estos últimos son aquellos que tienen un elemento vinculado con otro país comunitario diferente. En otras palabras, tal Directiva no contempla el deber de disciplinar, a nivel interno, la mediación como solución extrajudicial para los países comunitarios. Nótese que el escenario en el que nos movemos cada vez es más proclive a las transacciones de índole internacional –en muchas ocasiones son on-line- que dan lugar a un elenco creciente de procesos en el tráfico jurídico civil y mercantil. Por ello, resulta conveniente disponer de medios de resolución de litigios en virtud de los que se pueda liberar a los órganos judiciales de la carga tan exacerbada de trabajo. También, de manera complementaria, aportan, entre otras ventajas, celeridad y cercanía al ciudadano.

La novedosa monografía a la que se refiere la presente reseña tiene como autora a la Dra. Pérez Ugena, profesora de la Universidad Rey Juan Carlos. Respecto a su sistemática, ostenta siete puntos que analizaremos seguidamente.

El conflicto es el objeto de la mediación. A ciertos aspectos vinculados con tal extremo se refiere el capítulo primero de la obra. Sus orígenes no se sitúan en el ámbito europeo, sino que hay que remontarse a la década de los sesenta de los Estados Unidos. Además, cabe señalar que el protagonista no es el mediador, sino los sujetos enfrentados. Especialmente sugerentes resultan los planteamientos que la autora efectúa respecto a la relación que la mediación ostenta con la psicología -que también se tratará en el capítulo quinto-. Tanto la escucha activa como la empatía resultan valores que el mediador debe ostentar. En este sentido, podría ser conveniente que el mediador presente los aspectos positivos de llegar a un acuerdo entre las partes.

El capítulo segundo versa sobre los principios informadores de la mediación. En cuanto a su enumeración, podemos listar los siguientes: voluntariedad y libre disposición (nadie está obligado al procedimiento ni a llegar a un acuerdo); igualdad de las partes (equilibrio de posiciones y respeto a los puntos de vista que se

muestren); neutralidad (las partes deben llegar a un acuerdo por sí mismas sin injerencias ni influencia del mediador); e imparcialidad (el mediador no puede actuar ni en beneficio ni en perjuicio de ninguna de las partes); confidencialidad (relativo al secreto profesional del mediador); y lealtad, buena fe y respeto recíproco (imposibilidad de ejercer acciones judiciales o extrajudiciales respecto al objeto).

Por su parte, el capítulo siguiente (tercero) se centra en los caracteres inherentes al procedimiento de mediación. Este apartado se refiere a las diversas fases o etapas por las que debe pasar la mediación desde los comienzos hasta la celebración del acuerdo. En línea con lo apuntado en el capítulo segundo, el presente analiza, con detalle, la posición que deben ostentar tanto las partes y el mediador en el procedimiento de mediación. Este último, como ya se señaló, ha de ser neutral e imparcial. El mediador debe, en efecto, ayudar a las partes a comunicarse para alcanzar un acuerdo. Aunque imparcialidad y neutralidad podrían parecer sinónimos, no lo son. Imparcial significa que no se posiciona a favor de uno ni de otro. Neutral se refiere a que no impone ninguna solución. Es decir, participa en la comunicación sin imponer nada. Ahora bien, el mediador debe tener una conducta activa sin que ello deba interpretarse como que pueda imponer un acuerdo o solución. Estos dos caracteres del mediador son necesarios y no deben infravalorarse, pues son notas consustanciales a la mediación. Podríamos afirmar que el conflicto o litigio resulta propiedad de las partes que son quienes, en última instancia, deben aprobar la solución final a la diferencia que les enfrenta.

El capítulo quinto versa sobre las técnicas que se aplican a este procedimiento. Como bien apunta la autora, gran parte de las mismas vienen de la psicología. Asimismo, su aplicación estará supeditada a cada caso concreto.

La mediación digital es objeto de análisis en el capítulo sexto. Las nuevas tecnologías tienen una extraordinaria utilidad en este ámbito ya que sirven tanto para el mediador y las partes como para la propia plataforma. La autora entiende que la mediación digital es una modalidad de los ODR -Online Dispute Resolution-. Ahora bien, no todos los tipos de ODR precisan de caracteres como la seguridad, la privacidad y la necesidad de garantizar la identidad de las partes. En cualquier caso, sí deberán concurrir cuando así lo exijan las propias partes del conflicto como la normativa -extremo, este último, que acontece en la legislación española para la mediación virtual-.

Las ventajas que la mediación presenta respecto a la vía judicial se exponen, con singular destreza, en el último capítulo. La mediación es un mecanismo de resolución de litigios que se centra en la persona durante todo el curso del procedimiento. Asimismo, este mecanismo pone en marcha un espacio de diálogo y comunicación entre las personas. Mientras la vía de carácter judicial supone

una escalada del conflicto, la mediación lo suaviza. En la mediación las partes son protagonistas del conflicto, pero también de la solución final. Si bien en la vía judicial normalmente hay un ganador y un perdedor, en la mediación no es así, pues ambas partes pueden considerar que han ganado.

Estamos frente a una brillante monografía de lectura ineludible para quienes quieran conocer de primera mano la situación actual de la mediación on-line. La autora presenta de manera concisa, rigurosa y sencilla, en los siete capítulos de los que consta la obra, todo cuanto resulta preciso conocer de esta figura.

Dra. Patricia Vargas Portillo
ESIC Business & Marketing School

González Cabrera, I.: ***Bajo el paraguas de la economía colaborativa: el transporte a escena***, Dykinson, Madrid, 2020.

Desde hace relativamente poco tiempo, somos protagonistas de un sinfín de cambios frenéticos que afectan a nuestra vida cotidiana. Dentro de estos últimos, ocupan un destacado lugar la economía colaborativa. Se trata de un elenco de empresas emergentes que pone en el mercado una creciente variedad de bienes y/o servicios a precios más bajos que las que exhiben los competidores directos decimonónicos. No es un fenómeno local, sino que presenta alcance global con distintas regulaciones, incluso ausencias de ordenación, lo que, a su vez, suscita notables asimetrías. Constituye, como pone de relieve González Cabrera –Profesora Titular de Derecho Mercantil de la Universidad de las Palmas de Gran Canaria-, un fenómeno controvertido, ya que la doctrina, las autoridades en

materia de defensa de la competencia y las instituciones de la Unión Europea, no mantienen una posición uniforme en su definición y alcance, por lo que no hay consenso. Podemos definir la economía colaborativa, de manera sencilla, como la utilización conjunta de recursos por una diversidad de usuarios. Como puede apreciarse, la nota distintiva no está en el contenido, sino, sobre todo, en la forma de utilizarlos -hay una marcada preeminencia del hecho de compartir, colaborar y cooperar-. Dentro de la economía colaborativa se incluyen aquellas actividades que se realizan a través de las plataformas entre iguales, sin ánimo de lucro, sin habitualidad en su realización, de forma que la plataforma sirve para poner en contacto a las partes.

La tecnología ha dado lugar a numerosos y diversos cambios. Si tuviéramos que poner algunos ejemplos, al respecto, la lista sería extraordinariamente amplia. Así, entre otros, podríamos citar: el coworking -oficinas compartidas-; el crowdfunding -micromecenazgo o financiación colectiva online-; las criptodivisas –o monedas virtuales-; la cultura libre –dentro de la que podemos destacar las licencias Creative Commons-; el alojamiento colaborativo -cuyo paradigma es Airbnb-; el transporte compartido -de lo que, seguidamente, nos ocuparemos-; o el software libre -de carácter gratuito-. La tecnología ha impactado más allá del cambio de lo analógico a lo digital, dado que ha repercutido, de forma significativa, a escala social y económica. En todo este orden de cuestiones, han incidido, entre otros aspectos, las nuevas tecnologías relacionadas con el big data, la computación en la nube, el Internet de las cosas (IoT), los dispositivos inteligentes y la inteligencia artificial.

La economía colaborativa está presente en la compraventa, el alojamiento y el transporte. Estos últimos, en el caso concreto de España, representan el 1,8% del PIB, mientras que en Europa alcanza un 8% del PIB. La obra que es objeto de reseña, dedicada a la economía colaborativa en el transporte, consta de 4 capítulos que, a continuación, comentaremos de manera breve.

El primer capítulo versa sobre la naturaleza jurídica de las plataformas colaborativas -dependerá de si prestan un servicio subyacente o si son meras intermediarias-. Tales plataformas facilitan un servicio de la sociedad de la información en el supuesto de que se efectúe a distancia y por medios electrónicos, a petición individual de quien solicita el servicio y a cambio de una retribución. Posteriormente, se analiza la plataforma por antonomasia, a nivel mundial, en el ámbito del transporte que es Uber. En el caso concreto de España se estudia las particularidades de Blablacar, paradigma de plataforma colaborativa neutra, como prestadora de servicios de la sociedad de la información. En otro orden de cuestiones, se aborda la problemática de la responsabilidad contractual que se plantea a través de dichas plataformas. Esta condición diversa es relevante por

diversos motivos. Uno de ellos estriba en que la Unión Europea no distingue, de manera clara, ambas plataformas, ni tiene en cuenta si prestan determinados servicios de la sociedad de la información en sentido estricto o, por el contrario, suministran, de forma directa, el servicio de transporte. Repárese en que ambas plataformas compiten, con todo lo que ello representa, con otros agentes como el taxi.

Vinculado con cuanto se acaba de señalar, el capítulo segundo se dedica a la ordenación del sector del taxi en dos espacios territoriales: Reino Unido y España. En línea con lo que recomienda la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia -CNMC-, debe acometerse un mercado regulatorio de alcance global respecto a la actividad del taxi y las VTC. La mayor parte de la regulación que impera en España aplica mayores restricciones a las VTC que a los taxis –mercado que ha vivido en régimen de monopolio-. En cualquier caso, estando los dos modelos implantados, habida cuenta de la experiencia británica, sería deseable considerar la aplicación de la regulación inglesa.

A continuación, el capítulo siguiente -capítulo tercero- se refiere al arrendamiento de vehículos con conductor -VTC- que es la herramienta que sirve de base a Uber y Cabify. A nivel autonómico, existe cierta disparidad en sus requisitos, lo cual es particularmente visible en las áreas metropolitanas de Madrid y Barcelona. Como apunta la autora, la regulación imperante en España, tanto para las VTC como para el taxi, incluye limitaciones que perjudican a los usuarios finales, ya que se limitan artificialmente el número de vehículos en los dos casos y la posibilidad de que las compañías puedan poner en marcha nuevos servicios en beneficio de los usuarios finales. El escenario regulador de las PHV es ciertamente diverso en Londres y Edimburgo. El Derecho comparado nos sugiere ciertas medidas que podrían implementarse con el objetivo de reducir la conflictividad entre los agentes que operan en el mercado de transporte desde los últimos años. La nueva regulación que al respecto se aprobase debería evitar discriminaciones entre los VTC y los taxis en múltiples aspectos –horarios, calendario, contratación, particularidades de los vehículos, circulación y estacionamiento-. Ahora bien, una regulación excesiva podría impedir la innovación. Igualmente, debe considerarse que la ausencia de medidas reguladoras puede dar lugar a incertidumbre, pero, del mismo modo, inhibir la participación, nacional y foránea, en esta materia.

El último capítulo alude a la diversa ordenación jurídica que impera entre las partes. También se analiza el régimen de responsabilidad bien por parte de la empresa de transporte Uber bien de la plataforma de servicios de la sociedad de la información Blablacar -aunque también hay otras como Amovens-. Ambas merecen un tratamiento diverso. Por su parte, Uber constituye una empresa de transportes que se incardina en el ámbito del consumo B2C -de empresario

a consumidor-, mientras que Blablacar es una intermediaria de servicios de la sociedad de la información que facilita las transacciones C2C -de consumidor a consumidor-.

Especialmente sugerentes son las bondades que, en todo este orden de cuestiones, puede desempeñar la autorregulación que resulta complementaria de la normativa legal. Como determina el Comité Económico y Social Europeo, a este respecto, en un Dictamen sobre este particular de 2016, ni las instituciones de la Unión Europea ni las autoridades nacionales deben definir los contenidos de los códigos de conducta –que constituyen una manifestación de la autodisciplina de la industria-, que deben dejarse a la discreción total de las partes. Nótese que este tipo de actividades –en las que la tecnología juega un destacado papel- se desarrollan a mayor velocidad que la capacidad del legislador decimonónico. Por lo que respecta a nuestro entorno, a título de ejemplo, a nivel autonómico, podemos señalar que la Comisión Interdepartamental de la Economía Colaborativa Catalana, creada por Acuerdo de Gobierno de la Generalidad de Cataluña de abril de 2016, elaboró un código de conducta con el objetivo de proteger al destinatario de esta tipología de plataformas colaborativas. Si nos centramos en el plano empresarial, podemos, entre otros, aludir a Sharing España que es un colectivo que nace dentro de la Asociación Española de la Economía Digital (Adigital) y que agrupa diferentes empresas de la economía colaborativa. Esta última aprobó un código de conducta –al que se adhirieron las más de 30 plataformas colaborativas que integran la asociación- que incluye trece principios que constituye un instrumento en beneficio del consumidor al que, entre otras, se adhirieron Blabacar, Uber y Cabify. Nótese que se trata de un documento que no cuenta con una entidad imparcial e independiente encargada de su verificación, ni contempla sanciones frente a su incumplimiento. En suma, por sus caracteres, se asemeja a una declaración unilateral de voluntad. Algunas plataformas colaborativas como Cabify han aprobado códigos de conducta, a modo de declaración unilateral de voluntad.

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 N° 77, Santa Cruz, Bolivia) ó a los correos electrónicos: revistabolivianadederecho@hotmail.com, orlandoparada.vaca@gmail.com

2. Las fechas para la recepción de los trabajos a ser publicados en los números de julio y diciembre de cada año, serán hasta el 7 de enero y 15 de junio, respectivamente.

3. La fecha de aprobación de trabajos para su publicación en los números de julio y diciembre no excederá el 31 de marzo y 30 de septiembre, respectivamente.

4. La aceptación de un trabajo para su publicación, supone que los derechos de copyright (Derechos de Autor), en cualquier medio y por cualquier soporte, quedan transferidos a la Fundación Iuris Tantum, editora de la revista.

III. Sistema de arbitraje

Una vez recibido el artículo, el Consejo Editorial decidirá en un lapso no mayor a los cinco días, si el mismo cumple con los requisitos básicos para su publicación. En caso afirmativo, el artículo será enviado a evaluación de expertos temáticos.

Cada artículo será evaluado por expertos temáticos externos a la revista, quienes no conocerán el nombre del autor del texto (sistema de doble revisión "a ciegas"). El evaluador tendrá un período de dos semanas para comunicar su dictamen al Comité Editorial. El nombre del evaluador será reservado.

Los posibles dictámenes son:

1. Se aprueba la publicación del artículo.
2. Se aprueba la publicación del artículo, con observaciones a corregir.
3. Se rechaza la publicación del artículo.

Si el dictamen del revisor observa algunas correcciones, el autor tendrá un plazo de quince días para realizarlas.

El que un artículo sometido a evaluación sea aprobado, no implica su inmediata publicación. La decisión final para la publicación de un artículo corresponde al Consejo Editorial de la Revista.

Una vez que se decida respecto del dictamen de publicación o rechazo del artículo, el autor recibirá notificación directa y por escrito informándole de la decisión final.

IV. Normas editoriales

A) Respecto al autor

- Deberá incluirse una corta biografía del autor, de no más de 50 palabras (incluyendo sus grados académicos más relevantes, ocupaciones y cargos actuales, y publicaciones principales). Adjuntar el currículum académico detallado, no olvidando la inclusión del correo postal, correo electrónico, dirección, teléfono y fax.
- Será responsabilidad del autor adjuntar todos los datos en su reseña personal.

B) Respecto al artículo

- Todo artículo propuesto para ser publicado en Iuris Tantum – Revista Boliviana de Derecho debe ser original e inédito.
- Los artículos deben escribirse en idioma español.

- Debe especificar el conflicto de interés o, cuál la importancia de escribir sobre el tema elegido.
- Buena redacción, ortografía y organización.
- Se deberá anteponer un resumen del trabajo, de no menos de 50 y no más de 70 palabras.
- Cada artículo debe tener una traducción al inglés del resumen, así como del título.
- Las palabras claves de los artículos deben ser extraídas utilizando un Tesauro Normalizado. Éstas deben incluirse en español e inglés.
- El artículo deberá ir acompañado de un Sumario, que se incluirá al inicio del mismo (redactado en minúsculas, salvo la letra que encabece cada uno de los epígrafes) y de una bibliografía, que se incluirá al final del mismo, utilizando el sistema de citas propio de la revista.

V. Formato de Texto

- El artículo debe contener un máximo de mínimo de 30 páginas y un máximo de 50 páginas, salvo razones fundadas, que justifiquen una extensión superior.:
- Papel blanco, tamaño carta o A4
- Utilizar una sola cara del papel
- Tipo de letra: Times New Roman
- Tamaño de letra: 12 puntos
- Tinta negra
- Interlineado doble espacio
- Alineación todo a la izquierda, excepto citas mayores a las 40 palabras.
- Sangría al inicio de cada párrafo, se deben dejar cinco espacios.
- Tres niveles de títulos:

    1. Uno principal escrito en negrillas, mayúsculas, y centrado (14 pts)
    2. Uno secundario escrito en negrillas Tipo oración (12 pts)
    3. Uno terciario en negrillas Tipo oración

- Incisos: Números: 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.