REVISTA BOLIVIANA DE DERECHO

REVISTA BOLIVIANA DE DERECHO / EDICIÓN SEMESTRAL / JULIO 2022 / SANTA CRUZ - BOLIVIA

Publicación de circulación Internacional
Revista Boliviana de Derecho
https://www.revista-rbd.com/

Edita Fundación Iuris Tantum
C/ Luis García Berlanga, núm. 7, 1-15
Valencia, España. 46023.
Correo Electrónico: contacto@idibe.org
Edita: Instituto de Derecho Iberoamericano
C/ Luis García Berlanga, núm. 7, 1-15
Valencia, España. 46023.
Correo Electrónico: contacto@idibe.org
web: www.idibe.org
Edita: Tirant lo Blanch
C/Artes Gráficas, 14, 46010 Valencia (España)
Telf. +34 963 61 00 48
Correo electrónico: tlb@tirant.com
www.tirant.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
e-ISNN:: 2706-8080
© Derechos Reservados de los Autores

Impreso en Bolivia - Printend in Bolivia
Diagramación General: Elias On - elias.on@live.com

SUMARIO

34

DOCTRINA

A) DERECHO DE LA PERSONA

01/ La insuficiente regulación de los cuidados paliativos en España. Federico Arnau Moya (España). 14

02/ Capacidad de obrar en personas con deterioro cognitivo: el papel de los notarios en España a la luz de la Ley 8/2021. Silvia Durán Alonso (España). 44

03/ A propósito de la Ley 8/2021, de 2 de junio: la educación inclusiva. Carmen R. Iglesias Martín (España) 72

B) DERECHO DE FAMILIA

04/ Suspensión del régimen de visitas o estancia del art. 94 del Código civil tras su reforma por la Ley 8/2021, de 2 de junio. Jesús Daniel Ayllón García (España). 96

05/ La falta de relación entre el progenitor alimentante y sus hijos mayores de edad como causa de extinción de la obligación de alimentos. Análisis de la actualidad jurisprudencial. Irantzu Beriain Flores y Leire Imaz Zubiaur (España). 118

06/ El derecho de los menores de edad a relacionarse con sus hermanos y hermanastros. Borja del Campo Álvarez (España). 156

07/ El control de viabilidad previo de las demandas de filiación: necesaria modificación del artículo 767.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Laura Fernández Echegaray (España). 168

08/ Del sistema paternalista de la patria potestad prorrogada y rehabilitada al sistema de apoyo en relación al hijo mayor de edad con discapacidad. debate en torno a la subsunción del cuidado en la arquitectura de las medidas de apoyo: a propósito de la SAP de Cantabria de 14 de febrero de 2022. Manuel Ángel Gómez Valenzuela (España) 198

09/ La extinción de la pensión compensatoria en la jurisprudencia del Tribunal Supremo: una revisión (crítica) de la STS 31 enero 2022. Manuel Ortiz Fernández (España). 252

10/ ¿Sigue siendo la sangre más pesada que el vínculo afectivo? Los padres sociales y la vía del art. 87 de la Ley 15/2015, de Jurisdicción Voluntaria, para la adopción de medidas de protección de los menores con quienes conviven. Miriam Pacho Jiménez (España). 282

11/ La responsabilidad civil de padres, tutores y curadores. Juan Panisello Martínez (España). 302

12/ La pensión de alimentos de los hijos mayores con discapacidad en caso de crisis matrimoniales. Raquel Pérez Díaz (España)....330

13/ El derecho de visita respecto de los hijos emancipados o mayores de edad que precisen apoyo en la toma de decisiones. Celia Prados García (España)....350

C) OBLIGACIONES Y CONTRATOS

14/ A vueltas con el retracto anastasiano. Ana María Llácer Bosbach (España). 372

15/ Retos pendientes del Derecho de la insolvencia español en el tratamiento del sobreendeudamiento familiar. Mª. Inmaculada Llorente San Segundo (España)....394

16/ De las distintas vías de adquirir una empresa: aspectos contractuales a tener en cuenta. Gonzalo Muñoz Rodrigo (España). 422

D) DERECHO DE SUCESIONES

17/ Arbitraje instituido por disposición mortis causa mortis causa. Brian Buchhalter-Montero (España)....498

E) DERECHO FINANCIERO

18/ Ventas en cadena y cadena de subcontratistas ante el Impuesto Europeo sobre el Valor Añadido. Enrique de Miguel Canuto (España). 534

F) DERECHO Y NUEVAS TECNOLOGÍAS

19/ La evolución del concepto de consumidor como consecuencia del desarrollo de los servicios digitales y de las plataformas de intermediación. María Teresa Alonso Pérez (España)....564

20/ La silenciosa construcción de los derechos digitales. José Luis Domínguez Álvarez (España)....582

G) DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

21/ Reflexiones acerca de la nueva regulación de la discapacidad en supuestos internacionales en Derecho Internacional Privado español. Lerdys Saray Heredia Sánchez (España). 614

H) DERECHO CONSTITUCIONAL

22/ La revocación del mandato en el nuevo constitucionalismo latinoamericano. Aspectos teóricos. Elia Domingo Barberá (España). 632

I) DERECHO PENAL

23/ El delito de administración desleal: análisis de la conducta típica. Víctor Muñoz Casalta (España)....656

CUESTIONES DE INTERÉS JURÍDICO

24/ Análisis de la adaptación al Derecho civil español del art. 12 de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad. Margarita Sánchez González (España). 684

25/ La Ley 17/2021, de 15 de diciembre, ¿hasta qué punto es trasunto de la frustrada proposición de ley de modificación del Código Civil, la Ley Hipotecaria y la Ley de Enjuiciamiento Civil, sobre el régimen jurídico de los animales, presentada en el Congreso de los Diputados por el Grupo Parlamentario Popular durante la Legislatura XII (2016-2019)? Enric Bataller i Ruiz (España). 716

26/ Y Nietzsche ganó la batalla: por fin tenemos una ley estatal que reconoce a los animales como seres sensibles. crisis familiares y animales de compañía a propósito de la ley 17/2021, de 15 de diciembre. Tania Vázquez Muiña (España). 732

27/ Pactos matrimoniales. Concepto y tipos. Lucía Rozalén Creus (España). 764

28/ La protección y reparación a la mujer en el contexto de la violencia intrafamiliar. Esperanza Castillo Yara, María Cristina Solano de Ojeda y María del Pilar Salamanca Santos (Colombia).....786

29/ Rol del Poder Judicial, principio del plazo razonable y derecho al debido proceso de los imputados libres. Javier Armas Cárdenas (Perú).....804

30/ Fundamentos ius filosóficos del derecho a una muerte digna para personas con enfermedades terminales en el Perú. Jorge Caro Meléndez (Perú). 818

31/ La violencia en los integrantes del grupo familiar desde un enfoque de salud pública y de derechos humanos en el Perú 2010-2020. Evelyn Margarita Martínez Bocanegra (Perú). 838

32/ Administración de justicia de las rondas urbanas y campesinas de Perú en la perspectiva de la justicia intercultural. Edwin Humberto Vargas Daza (Perú). 854

33/ Rol de los jueces de familia en el cumplimiento de las medidas de protección por violencia en el marco del derecho a la tranquilidad e integridad. Katherinne Villanueva Cabañas (Perú).....878

34/ Funcionamiento telemático de sociedades comerciales en Bolivia: un camino inacabado. Javier Romero Mendizábal (Bolivia).....894

COMENTARIOS DE JURISPRUDENCIA

A) DERECHO DE LA PERSONA

35/ Las pruebas selectivas para el ingreso en la administración pública ante las festividades religiosas. Comentario al ATSJCV 184/2022, de 17 de mayo. Víctor Moreno Soler (España)..... 914

B) DERECHO DE FAMILIA

36/ La importancia de calificar correctamente el régimen de guarda y custodia: no hay razón para eludir el "nomen" del sistema de custodia compartida cuando "de facto" así se ha establecido. Comentario a la STS de España, núm. 656/2021, de 4 de octubre. Javier Martínez Calvo (España). 926

37/ ¿Vulneración de derechos, legalidad o interés superior del menor? Comentario a la STS de España núm. 27/2022, de 31 de marzo. Carla Pla Díaz (España). 946

B) DERECHO PENAL

38/ El criterio de la simetría de la edad entre víctima e infractor en los casos de abusos sexuales a menores. Comentario a la STS de España 699/2020 de 16 de diciembre. Elisabet Cueto Santa Eugenia (España). 962

RECENSIONES

39/ Aguilar Olivares, Y.: *Las prácticas agresivas desleales en el Mercado y la tutela del consumidor*, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2020. David López Jiménez. 974

40/ Corpas Pastor, L.: *Valoración legal del daño. Responsabilidad y competencia del higienista dental*, Aranzadi, Navarra, 2021. Jesús Palomares Bravo. 978

41/ González San Juan, J. L.: *Enlaces en la Web y Derechos de autor y conexos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021. David López Jiménez. 983

42/ Ortega Giménez, A.: *Silver Economy: un sector de oportunidades para el sector del seguro y previsión social*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), abril 2022. José Ramón de Verda y Beamonte. 989

43/ Pardo Iranzo, V.: *Aspectos fundamentales de la mediación civil y mercantil. Especial referencia a la mediación en la Comunidad Valenciana,* Thomson Reuters Aranzadi, 2021. Raúl Canelo Rabanal. 992

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 Contratado 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 Emérito 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

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, Universidad de Valencia, 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 Contratado 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 Titular de 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 Contratado Doctor 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 Titular 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 Contratado 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 Contratado Doctor de Derecho del Trabajo y de la SS, Universidad de Valencia, España.

CONSEJO DE REDACCIÓN

Presidente: ÁLVARO BUENO BIOT
Investigador Predoctoral, Universidad de Valencia, España

DR. ADRIÁN ARRÉBOLA BLANCO
Profesor Ayudante Doctor de Derecho Civil, Universidad Complutense de Madrid, España

DR. GIOVANNI BERTI DE MARINIS
Profesor Titular de Derecho de la Economía, Universidad de Perugia, Italia

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

DIEGO ELOY GARCÍA GARCÍA
Abogado, España

DR. MIGUEL HERRERO MEDINA
Profesor Ayudante Doctor de Derecho Romano, Universidad Complutense de Madrid, España

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

DR. ANDRÉS MARÍN SALMERÓN
Investigador Postdoctoral, Universidad de Murcia, España

DR. JAVIER MARTÍNEZ CALVO
Profesor Ayudante Doctor de Derecho Civil, Universidad de Zaragoza, España

GONZALO MUÑOZ RODRIGO
Investigador Predoctoral, Universidad de Valencia, España

DR. RICARDO PAZOS CASTRO
Profesor colaborador asistente, Universidad Pontificia Comillas de Madrid, España

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

DOCTRINA

LA INSUFICIENTE REGULACIÓN DE LOS CUIDADOS PALIATIVOS EN ESPAÑA

INSUFFICIENT REGULATION OF PALLIATIVE CARE IN SPAIN

Rev. Boliv. de Derecho Nº 34, julio 2022, ISSN: 2070-8157, pp. 14-43

Federico
ARNAU MOYA

ARTÍCULO RECIBIDO: 11 de marzo de 2022
ARTÍCULO APROBADO: 15 de junio de 2022

RESUMEN: Este trabajo tiene por objeto poner de relieve la necesidad de una ley de cuidados paliativos en España. Estos cuidados están unidos a la idea de muerte digna y sobre la regulación de los mismo parece existir un cierto consenso. En España no existe todavía ninguna ley que regule los cuidados paliativos si bien dos proposiciones de ley están tramitándose en las Cortes Generales. Por el contrario este mismo año se ha aprobado la Ley Orgánica 3/2021, de 24 de marzo, de regulación de la eutanasia (en adelante LORE) sobre la que existe profundas discrepancias como lo demuestran los dos recursos de inconstitucionalidad que ya se han formulado sobre la misma. Esta misma división se reproduce sobre la función de los cuidados paliativos, puesto que pueden funcionar como sustitutivos de la eutanasia o como complementarios a la misma.

PALABRAS CLAVE: Cuidados paliativos; muerte digna; euthanasia; suicidio asistido; paciente.

ABSTRACT: *This paper aims to highlight the need for a state law on palliative care in Spain. These care is linked to the idea of dignified death and there seems to be some consensus on its regulation. In Spain, there is still no state law regulating palliative care, although two bills are being processed. It is also intended to contrast the possible palliative care law with the existing law regulating euthanasia. On the contrary, this same year, Organic Law 3/2021, of March 24, regulating euthanasia (hereinafter LORE) was approved on which there are deep discrepancies as shown by the two unconstitutionality appeals that have already been formulated. about it. This same division is reproduced on the role of palliative care, since it can function as a substitute for euthanasia or as a complement to it.*

KEY WORDS: *Palliative care; dignified death; euthanasia; assisted suicide; patient.*

SUMARIO.- I. INTRODUCCIÓN.- II. LA NOCIÓN DE MUERTE DIGNA.- III. LA INSUFICENTE REGULACIÓN DE LOS CUIDADOS PALIATIVOS.- IV. OBJETO DE LAS PROPOSICIONES DE LEY DE CUIDADOS PALIATIVOS.- V DERECHOS DE LAS PERSONAS AL FINAL DE SU VIDA.- 1. Derecho a la protección de la dignidad.- 2. Derecho a la información asistencial.- 3. Derecho a la toma de decisiones y al consentimiento informado.- 4. Derecho al rechazo y a la retirada de una intervención.- 5. Derecho a la información asistencial y a la toma de decisiones por los menores de edad.- 6. Derecho a los cuidados paliativos de calidad.- 7. Derecho al acompañamiento.- VI DEBERES DE LOS PROFESIONALES SANITARIOS.- 1. Toma de decisiones clínicas y respeto a la voluntad del paciente.- 2. Adecuación del esfuerzo terapéutico.- 3. Personas en situación de incapacidad de hecho.- VII CUIDADOS PALIATIVOS Y EUTANASIA.- 1. Diferencias entre cuidados paliativos y eutanasia.- 2. Relaciones de complementariedad entre cuidados paliativos y eutanasia.

I. INTRODUCCIÓN.

Este trabajo tiene por objeto poner de relieve la necesidad de una ley estatal de cuidados paliativos en España. Es una tanto sorprendente que, a pesar de existir multitud de leyes autonómicas al respecto, las conocidas como leyes de muerte digna, todavía no exista una norma estatal que regule los cuidados paliativos. No obstante, en el momento de escribir estas líneas dos proposiciones de ley están tramitándose en las Cortes Generales. La regulación sobre cuidados paliativos es una materia sobre la que ha habido un cierto consenso, de ahí que causa cierta perplejidad que se carezca de una normativa estatal sobre esta materia, especialmente cuando este mismo año se ha aprobado la Ley Orgánica 3/2021, de 24 de marzo, de regulación de la eutanasia (en adelante LORE) sobre la que existen profundas discrepancias. Prueba del rechazo de una parte de los grupos parlamentarios a la ley de la eutanasia lo demuestra los dos recursos de inconstitucionalidad de los que ya ha sido objeto. Esta misma división se reproduce sobre la función que han de tener los cuidados paliativos, puesto que pueden funcionar bien como sustitutivos de la eutanasia o bien como complementarios a la misma según las convicciones morales de cada uno de los ciudadanos[1].

Para la realización de este estudio hemos tenido en cuenta las dos proposiciones de ley sobre cuidados paliativos que están todavía tramitándose en España. Una de ellas se debe a la iniciativa (122/000051) del Grupo Parlamentario Ciudadanos

1 Estropá Torres, J.M.: "Voluntades anticipadas, paliativos, eutanasia ¿Quién decide?", *El notario del siglo XXI, enero-febrero, núm. 95, 2021, pp. 32-37, señala que la bioética, religión y política siempre están presentes a la hora de decidir las reformas legales encaminadas a introducir y a aceptar nuevas realidades. Destaca el duro debate social que ha suscitado la aprobación de la eutanasia. Asimismo, señala el juramento hipocrático de los médicos como un factor de oposición a la eutanasia por parte importante de este colectivo. El art. 5.1. del Código de Ética y Deontología* Médica (2011) destaca que el deber primordial del médico es "respetar la vida humana, la dignidad de la persona y el cuidado de la salud del individuo y de la comunidad".

• Federico Arnau Moya
Profesor Contratado Doctor. Universitat Jaume (UJI). España. Correo electrónico: arnauf@uji.es

la "Proposición de Ley de derechos y garantías de la dignidad de la persona ante el proceso final de su vida" (en adelante PLey/Cs)[2]. La segunda proposición ha sido presentada por el Grupo Parlamentario Popular con una denominación prácticamente idéntica "Proposición de Ley relativa a los derechos y las garantías de la dignidad de la persona ante el proceso final de su vida" (en adelante PLey/PP)[3]. Hasta principios del año en curso también se estaba tramitando la "Proposición de Ley de derechos y garantías de la dignidad de la persona ante el proceso final de su vida", presentada por el Grupo Parlamentario Socialista (122/000037) apenas siete días después de las anteriores, que finalmente ha sido retirada (en adelante PLey/Psoe)[4]. La lectura de todas estas proposiciones incluida la socialista produce la sorpresa al lector de que prácticamente son idénticas en su contenido, difiriendo en muy pocos aspectos. La clave para descifrar esta cuestión se encuentra en la proposición socialista en cuyo Preámbulo se dice que esa iniciativa reproduce el texto del Dictamen consensuado en el seno de la Comisión de Sanidad, Consumo y Bienestar Social y aprobado por el Pleno del Congreso de los Diputados de 20 de diciembre de 2018 que recayó sobre la Proposición de Ley de derechos y garantías de la dignidad de la persona ante el proceso final de su vida. (122/000051) presentada por Ciudadanos en 2016 y que caducó. No obstante, aquella Proposición recuerda mucho a la Ley 2/2010, de 8 de abril, de derechos y garantías de la dignidad de la persona en el proceso de la muerte también conocida como la ley de muerte digna de Andalucía[5].

En el texto elaborado por la Comisión de Sanidad, en 2018, se indica la necesidad de reconocer que en todas las vidas hay un momento "en que lo razonable o útil para ayudar a las personas a bien morir, es priorizar su confort y evitar el sufrimiento, por encima de intentos fútiles de alargar su vida", estableciendo la relevancia de distinguir entre el razonable esfuerzo terapéutico orientado a alargar la vida de los pacientes en condiciones dignas, y la obstinación terapéutica, "que solo conduce a la prolongación de un sufrimiento innecesario"[6].

2 En nuestro trabajo seguiremos la proposición de Ciudadanos, a los efectos de evitar la cita reiteradamente de la del PP a la que nos referiremos en aquellos escasos supuestos en los que propone una solución diferente a la anterior.

3 Ambas Proposiciones de Ley han sido planteadas en el mismo día por ambos partidos. El 21 de febrero de 2020.

4 En 2011 (IX Legislatura) el gobierno del PP ya presentó un Proyecto de Ley reguladora de los derechos de la persona ante el proceso final de la vida (121/000132), que resultó caducado.

5 Serrano Ruiz-Calderón, J.M.: "Eutanasia y muerte ajena", *El notario del siglo XXI*, mayo-junio, núm. 73, 2017, pp. 26-29. Disponible en: https://www.elnotario.es/hemeroteca/revista-73/7669-eutanasia-y-muerte-ajena. Consultado el 14-08-2020, pone de relieve como esa misma presentación de tres proposiciones de Ley que regulan los "derechos y garantías de la dignidad de las personas en el proceso de la muerte" ya tuvo lugar en 2016. Destacaba que prefería los nuevos títulos, relativos a derechos y garantías a los de "muerte digna" utilizados en las leyes autonómicas, puesto que esa expresión no es sino un eufemismo sobre otro eufemismo como es la eutanasia. Este autor, crítico con esta serie de leyes, sin embargo, menciona que el origen de aquellas proposiciones de ley de carácter estatal se debía la proliferación de leyes regionales, más o menos discordantes, por lo que parecía exigible una norma armonizadora.

6 El informe se emitió con ocasión de la Proposición de Ley de derechos y garantías de la dignidad de la persona ante el proceso final de su vida. (122/000051), presentada por el Grupo parlamentario ciudadanos

II. LA NOCIÓN DE MUERTE DIGNA.

La expresión "dignidad en el proceso de morir" viene siendo utilizada por la doctrina española desde finales del siglo pasado[7]. Cabe entender que la fase final de la vida de la persona está amparada por el art. 10 de la Constitución Española (CE) referido a la "dignidad de la persona"[8]. Partiendo de este principio de la dignidad de la persona en el proceso de morir varias comunidades autónomas han aprobado en la última década toda una serie de normas sobre la "muerte digna"[9]. Con estas leyes se pretende que se facilite a la persona una muerte calificada de digna, para ello se parte de que la dignidad en el proceso de morir no sólo se refiere a la manera en que son tratados los pacientes sino también a la forma de llevar el proceso de agonía que precede a la muerte[10]. En la Exposición de Motivos de ley 2/2010 de Andalucía ya se dice que "el imperativo de una vida digna alcanza también a la muerte. Una vida digna requiere una muerte digna". En esa misma Exposición se analizan las cuestiones que impulsaron al legislador andaluz a regular la muerte digna, que han sido incorporadas por el resto de leyes autonómicas y que también están presente en las proposiciones de ley estatales.

En primer lugar, está el aumento de la esperanza de vida consecuencia, entre otros, de los avances médicos. En contrapartida al alargamiento de la vida, cada vez son más las personas que llegan al final de su proceso vital en precarias condiciones de salud. El envejecimiento de la población conlleva un incremento de personas con enfermedades crónicas o degenerativas o irreversibles, de modo que un buen número de personas llegan a una situación terminal con enfermedades incurables y con pronóstico de vida limitado[11]. A esta situación el art. 3. c) de la Ley Orgánica

en 2016 que caducó al agotarse la XII Legislatura en 2019.

7 Fernández Suarez, J.A.: "El Derecho a una muerte digna", en AA.VV.: *Los derechos fundamentales y libertades públicas,* vol. I, Ministerio de Justicia, Centro de Publicaciones, Madrid, 1992.

8 El art. 10 CE establece que: "1. La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social. 2. Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España".

9 Las leyes de muerte digna han sido aprobadas en las siguientes comunidades autónomas: Andalucía: Ley 2/2010, de 8 de abril, de derechos y garantías de la dignidad de la persona en el proceso de la muerte; Aragón: Ley 10/2011 de derechos y garantías de la persona en el proceso de morir y de la muerte; Asturias: Ley 5/2018 sobre derechos y garantías de la dignidad de las personas en el proceso del final de la vida; Baleares: Ley 4/2015 de derechos y garantías de la persona en el proceso de morir; Canarias: Ley 1/2015 de derechos y garantías de la dignidad de la persona ante el proceso final de su vida; Galicia: Ley 5/2015 de derechos y garantías de las personas enfermas terminales; Madrid: Ley 4/2017 de derechos y garantías de la dignidad de la persona en el proceso de morir y de la muerte; Navarra: Ley Foral 8/2011 de derechos y garantías de la dignidad de la persona en el proceso de la muerte; País Vasco: Ley 11/2016 de garantía de los derechos y de la dignidad de las personas en el proceso final de su vida; Comunitat Valenciana: Ley 16/2018 de derechos y garantías de la dignidad de la persona en el proceso de atención al final de la vida.

10 García Aimez, J.: "Cuidados paliativos versus eutanasia: dos formas de morir, dos tratamientos jurídicos distintos", *Revista Penal México*, núm. 14.15, marzo 2018-febrero, 2019, p. 170.

11 Martín Sánchez, I.: *Los cuidados paliativos: un estudio jurídico*, Dykinson, Madrid, 2020, p.15, señala que hoy en día la mayor parte de los enfermos no fallecen en sus casas sino en hospitales altamente tecnificados, soportando muchas veces sufrimientos intensos lejos de sus seres queridos. Por otro lado, a esta situación de deshumanización hay que añadir el hecho de que la función de la medicina ha antepuesto la cura de

3/2021, de 24 de marzo, de regulación de la eutanasia (LORE) se refiere como "enfermedad grave e incurable" que por su naturaleza origina sufrimientos físicos o psíquicos constantes e insoportables sin posibilidad de alivio que la persona considere tolerable, con un pronóstico de vida limitado, en un contexto de fragilidad progresiva.

En segundo lugar, está una nueva concepción de la libertad y de la autonomía de la voluntad de la persona enferma no sólo durante su enfermedad sino también durante el proceso de su muerte. El precedente a esta libertad de decisión del paciente se encuentra en el Convenio de Convenio del Consejo de Europa para la protección de los derechos humanos y la dignidad del ser humano respecto de las aplicaciones de la Biología y la Medicina (Convenio sobre los derechos humanos y la biomedicina), suscrito en Oviedo el día 4 de abril de 1997. En su art. 5º se establece que una intervención en el ámbito de la sanidad sólo podrá efectuarse después de que la persona afectada haya dado libremente su "consentimiento informado". Asimismo, en la Declaración Universal sobre bioética y derechos humanos, aprobada por la Conferencia General de la UNESCO el 19 de octubre de 2005, establece su art. 5 el respeto de a la autonomía de la persona respecto a la facultad de adoptar decisiones médicas. En 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 (en adelante LAP) se establece un Capítulo IV (el respeto de la autonomía del paciente) donde se regula el consentimiento informado en los arts. 8 a 13[12].

En tercer lugar, a pesar del reconocimiento legal del consentimiento informado el aumento de las situaciones complejas relacionadas con la capacidad de decisión sobre la propia vida y sobre la aplicación o no de determinados tratamientos, exige un mayor nivel de detalle en la regulación de los derechos que asisten a la persona que se encuentra en un proceso de muerte inminente. Esta regulación es necesaria a los efectos de preservar la dignidad de la persona que se encuentra en ese trance, así como para respetar su autonomía y garantizar el pleno ejercicio de sus derechos (Exposición de Motivos ley andaluza de muerte digna).

En cuarto lugar, la ley andaluza de muerte digna se refiere a los contenidos clave del ideal de muerte digna. En primer, se refiere a aquellos que cuentan con consenso ético y jurídico como es el derecho de los pacientes a recibir cuidados

los enfermos antes que el velar por su calidad de vida. En consecuencia, se ha producido una reacción en contra de esta situación, dirigida a la consecución de un ideal de muerte digna basada en que la dignidad es un derecho inherente a todo ser humano.

12 Martín Sánchez, I.: *Los cuidados paliativos,* cit., p. 127, señala que el TC en la Sentencia 37/2011, de 28 de marzo, ha precisado su naturaleza de derecho fundamental en cuanto que supone una garantía del derecho a la integridad física y moral garantizado en el art. 15 CE.

paliativos integrales de alta calidad[13]. Para ello cita la Recomendación 1418/1999, de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, sobre "Protección de los derechos humanos y la dignidad de los enfermos terminales y moribundos". También cita la Recomendación 24/2003, del Consejo de Europa, sobre "La organización de los cuidados paliativos", que recomienda la adopción de medidas legislativas para establecer un marco coherente sobre cuidados paliativos.

En la regulación muerte digna ha de tenerse en cuenta el art. 15 CE que establece que "todos tiene derecho a la vida y a la integridad física y moral". Hasta la publicación de la LORE en España el art. 143.4 del Código Penal (CP) consideraba delito la eutanasia, sin mencionarla, si bien se refería a ella de manera indirecta como un subtipo privilegiado de una forma de auxilio o inducción al suicidio[14]. Como la LORE ha sido objeto de dos recursos de inconstitucionalidad, habrá que esperar al fallo del Tribunal Constitucional (TC) para saber el punto en que se encuentra el límite del "derecho a la vida" y, en consecuencia, establecer si dentro del concepto de "muerte digna" se puede englobar la eutanasia[15].

Todas las proposiciones de ley sobre "derechos y garantías de la dignidad de la persona ante el proceso final de su vida" son coincidentes al manifiestar que la muerte es la última etapa de todas las personas y que se acepta que "el ordenamiento jurídico debe procurar que todas las personas disfruten de una vida digna, también debe asegurar que todas tengan derecho a una muerte digna". En consecuencia, hay que legislar los "derechos y garantías que aseguren la aspiración de morir dignamente con los significados que ello conlleva, pudiendo rechazarse los tratamientos que no se desean, según los deseos íntimos previamente expresados en un testamento vital, en la intimidad personal y familiar, con el mínimo sufrimiento físico, psíquico y espiritual posible".

13 La Organización Mundial de la Salud (OMS) se refería en 2002 a los cuidados paliativos en los siguientes términos: Los cuidados paliativos mejoran la calidad de vida de los pacientes y familiares que se están enfrentando a los problemas asociados a una enfermedad potencialmente mortal, a través de la prevención y el alivio del sufrimiento realizando una identificación precoz, una evaluación acuciosa y aplicando tratamientos para el dolor y otros problemas físicos, psicosociales y espirituales.

14 En el art. 143 CP en los apartados 1 a 3 castigaba (y se sigue castigando) la inducción y cooperación al suicidio. No obstante, con la aprobación de la LORE, se han modificado los apartados 4 y 5 del art. 143. La modificación del apartado 4 ha supuesto una rebaja en la penalidad de la causación de la muerte o cooperación al suicidio de una persona que sufriera un padecimiento grave, crónico e imposibilitante o una enfermedad grave e incurable, con sufrimientos físicos o psíquicos constantes e insoportables, por la petición expresa, seria e inequívoca de aquella. En ese caso será castigado con la pena inferior en uno o dos grados a las señaladas en los apartados 2 y 3 del art. 143. Se penaliza así las prácticas eutanásicas fuera del procedimiento previsto por la ley. Asimismo, en el nuevo apartado 5 se establece que "No obstante lo dispuesto en el apartado anterior, no incurrirá en responsabilidad penal quien causare o cooperare activamente a la muerte de otra persona cumpliendo lo establecido en la ley orgánica reguladora de la eutanasia".

15 El Grupo Parlamentario de Vox ha presentado un recurso de inconstitucionalidad que fue admitido a trámite el 23 de junio de 2021 con el número 4057-2021. El Grupo Parlamentario Popular también ha presentado un recurso que ha sido admitido a trámite el 16 de septiembre de 2021 con el número 4313-2021.

Asimismo, se dice que "en todas las vidas hay un momento en que lo razonable o útil para ayudar a las personas a bien morir, es priorizar su confort y evitar el sufrimiento, por encima de intentos fútiles de alargar su vida. Llegados a ese punto, deben asumirse no solo los límites de la medicina, sino también el hecho inevitable de la muerte, lo que conduce a hacer un uso adecuado de los medios disponibles para prolongar la vida. Se debe de diferenciar en estos casos lo que es un razonable esfuerzo terapéutico, conducente a alargar la vida de los pacientes en condiciones dignas, de la obstinación terapéutica, que solo conduce a la prolongación de un sufrimiento innecesario. En estos procesos la prolongación de la vida no debe considerarse un bien superior al derecho de los pacientes a disponer de sus últimos días de acuerdo a sus creencias y convicciones personales. Tampoco es lícito imponer el sufrimiento a quien carece de expectativas de supervivencia". En las Exposiciones de Motivos de las proposiciones de ley estatales se contempla la admisión de los cuidados paliativos para mitigar el dolor de los pacientes terminales, pero se introduce importante un matiz con respecto a la ley de muerte digna andaluza, al decir que se admiten aquellos cuidados paliativos "incluso cuando ello pudiere acortar o incluso poner en peligro inminente su vida".

III. LA INSUFICENTE REGULACIÓN DE LOS CUIDADOS PALIATIVOS.

En España la distribución de competencias en materia de salud se encuentra en el art. 149.1.16ª que establece que el Estado tiene competencia exclusiva sobre la sanidad exterior y las bases y coordinación general de la sanidad. Lo anterior se completa por el art. 143.1.21ª que dispone que las comunidades autónomas podrán asumir competencias, entre otras materias en sanidad e higiene. De modo que en nuestro ordenamiento jurídico es factible la coexistencia de una legislación estatal en materia de cuidados paliativos con otra de carácter autonómica que la desarrolle. En el momento de escribir este trabajo los cuidados paliativos están parcamente regulados a nivel estatal. No existe ninguna referencia expresa a este tipo de cuidados en la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad; tampoco en la LAP, a pesar de que en la misma se recoge el "consentimiento informado" (art. 8) y el derecho a formular "instrucciones previas" (art. 11). De forma muy sucinta en el Real Decreto 1030/2006, de 15 de septiembre, por el que se establece la cartera de servicios comunes del Sistema Nacional de Salud y el procedimiento para su actualización, podemos encontrar en su Anexo II.7, dentro de la cartera de servicios comunes de atención primaria, la atención paliativa a enfermos terminales. De manera parecida en el Anexo III.6, referente a la cartera de servicios comunes de la atención especializada se incluye la misma clase de atención paliativa[16].

16 Martín Sánchez, I.: *Los cuidados paliativos*, cit., p. 118.

Por el contrario, como ya hemos comentado, si bien no existe una norma estatal que regule los cuidados paliativos estos sí que se han regulado en las denominadas leyes "de muerte digna" autonómicas. En España, con este son varios los casos en los que ante la inacción del legislador estatal para regular determinadas materias han sido los legisladores autonómicos los que han tomado la iniciativa. Así pues, de modo similar a como ha sucedido con las "parejas de hecho" ha vuelto a suceder con los cuidados paliativos. Es evidente que el curso normal de los acontecimientos hubiera sido que, tal como se pretende ahora con la PLey/Cs que primero se hubiera dictado una ley básica estatal de cuidados paliativos, tal como lo permite el art. 149.1.1ª y 16ª de la Constitución y que posteriormente las Comunidades Autónomas hubieran procedido al desarrollo de la misma dentro de sus competencias.

IV. OBJETO DE LAS PROPOSICIONES DE LEY DE CUIDADOS PALIATIVOS.

Las proposiciones de ley españolas, partiendo del hecho de que todas las personas tienen derecho a una muerte digna coinciden en la necesidad de regular los derechos y garantías que aseguren la aspiración de morir dignamente con todas las consecuencias que hemos mencionado: en primer lugar, teniendo la posibilidad de rechazar los tratamientos que no se desean, según los deseos previamente expresados en un testamento vital. En segundo lugar, ayudando a las personas que están en una fase terminal a bien morir, puesto que esto supone priorizar su confort y evitarles un sufrimiento, por encima de intentos fútiles de alargar su vida. Finalmente, que el final de su vida pueda tener lugar en la intimidad personal y familiar, con el mínimo sufrimiento físico, psíquico y espiritual posible. No obstante, en este tipo de leyes se insiste - para marcar diferencias con la eutanasia- que en los cuidados paliativos se prefiere hacer un uso adecuado de los medios disponibles para prolongar la vida. Si bien se precisa que una cuestión es un razonable esfuerzo terapéutico, que pretende alargar la vida de los pacientes en condiciones dignas, y otra bien diferente es la obstinación terapéutica, que solo provoca la duración de un sufrimiento innecesario. En cualquiera de aquellos procesos la prolongación de la vida no debe considerarse un bien superior al derecho de los pacientes a disponer de sus últimos días de acuerdo a sus creencias y convicciones personales. En consecuencia, no es lícito imponer el sufrimiento a quien carece de expectativas de supervivencia.

En la ley andaluza, por haber sido dictada diez años antes de la tramitación de las proposiciones de ley de cuidados paliativos, se advierte que en España esos años se habían producido varios casos de rechazo a los tratamientos, así como a la limitación del soporte vital o cuestiones relativas a la sedación paliativa. El legislador andaluz de forma muy velada está haciendo referencia al caso de las sedaciones paliativas de del Hospital Severo Ochoa de Leganés donde varios

cargos del servicio de urgencias fueron expedientados y objeto de querellas por supuestas sedaciones excesivas con el resultado de muerte de 400 personas[17]. De ahí que, como ya hemos dicho, en estas leyes autonómicas de muerte digna y en las proposiciones de ley estatales, se recalque que el respeto a la dignidad del paciente provoca que, la asistencia sanitaria más adecuada para velar por el bienestar de la persona, no siempre se corresponda con aquella que resulte más efectiva a la hora de alargar el tiempo de vida. En las proposiciones de ley estatales, incluso se da un paso más y se admite la sedación paliativa "incluso cuando pueda acortar o incluso poner en peligro inminente su vida, pueden ser la opción más adecuada y, a la vez más humanas para garantizar que [las personas que se encuentran en fase terminal] puedan afrontar el proceso final de su vida de manera digna"[18].

Las proposiciones de ley de cuidados paliativos son coincidentes en sus objetivos: primeramente, se regulan de manera expresa los derechos de las personas que se encuentran al final de su vida. Además, se regulan los deberes del personal sanitario que atienden a aquellos sanitarios y, finalmente establecen las garantías que han de proporcionar las Administraciones competentes y los centros e instituciones sanitarias y sociales para hacer efectivos tales derechos a las personas que se encuentran en ese proceso[19]. Todo ello en consonancia con lo dispuesto en la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, y 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. Por otro lado, también se persigue dotar a los profesionales sanitarios del "apoyo, la información y las herramientas necesarias, para asumir su papel con seguridad y reducir la conflictividad en una situación dolorosa y compleja como es la del final de la vida". Se pretende dar una respuesta legal a los dilemas a los que se enfrentan las Administraciones y el personal sanitario en el caso de las personas que se encuentran ante el proceso final de su vida. De esta manera se puede evitar tanto que determinados médicos se nieguen a sedar con las dosis necesarias a enfermos con grandes sufrimientos, bien por convicciones religiosas o bien por miedo a incurrir en ilícito penal. Es de destacar que en las sedaciones paliativas no se ha

17 Mediante Auto de la Audiencia Provincial de Madrid (S.17ª) de 21 enero 2008 se confirmó el Auto de Archivo del Juzgado de Instrucción nº 7 de Leganés por el que se decretaba el sobreseimiento provisional y el archivo de las actuaciones de la querella presentada "porque no se puede llegar a la conclusión de que los médicos imputados sean responsables de la muerte de sus pacientes. Que no puede predicarse que los médicos, conscientemente sedaran al paciente para causarle la muerte, ni tampoco que les prescribieran tales fármacos, sin conocer sus consecuencias letales, sino entendiendo que los pacientes morirían en un muy corto espacio de tiempo y que debían mitigar sus dolores, decidieron la sedación". Asimismo, la Audiencia Provincial rectifica en parte el auto determinando que no hubo mala práctica médica en el hospital Severo Ochoa.

18 En las proposiciones de ley del año 2020 de los Grupo Parlamentario Popular, Ciudadanos y Socialista se repite textualmente la expresión "acortar o incluso poner en peligro inminente su vida".

19 Así consta en el art. 1 Ley 2/2010 Andalucía. Asimismo, con una redacción muy similar en los arts. 1 de las proposiciones de ley de 2020 de los grupos parlamentarios de Ciudadanos, Populares y la retirada del PSOE.

previsto la objeción de conciencia tal como sucede con la eutanasia donde esta sí que se contempla[20]. Finalmente, en todas estas proposiciones de ley se reitera que su objeto es el de ocuparse del "proceso del final de la vida, concebido como un final próximo e irreversible, eventualmente doloroso y potencialmente lesivo de la dignidad de quien lo padece, para, en la medida de lo posible, aliviarlo, en su transcurrir, con respeto a la autonomía, integridad física e intimidad personal de la persona".

Las tres proposiciones de ley que se iniciaron en 2020 por los Grupos Parlamentarios de Ciudadanos, Popular y Socialista tienen similar estructura puesto todas ellas cuentan con cuatro títulos con idéntico epígrafes: Título Preliminar (disposiciones generales); Título I (Derechos de a personas ante el proceso final de su vida); Título II (Deberes de los profesionales sanitarios que atiendan a personar en el proceso final de su vida); Título IV (Garantías de las Administraciones Públicas y de los centros e instrucciones sanitarias y sociales). De entre estas proposiciones de ley, vamos a seguir el modelo de la PLey/Cs de 2021 por ser la continuación de la que el Grupo Parlamentario de Ciudadanos presentó en 2016 y que había generado suficiente consenso. Cualquier aportación de las otras proposiciones respecto a este modelo será puesta de relieve.

En el Título Preliminar de las proposiciones de ley vigentes se establece, siguiendo muy de cerca a la redacción de la Ley 2/2010 de Andalucía: el objeto de la ley, a la que ya hemos hecho referencia en su art. 1. El art. 2 PLey/Cs establece su ámbito de aplicación, tanto al ámbito sanitario y social tanto al público como privado de todo el territorio nacional. Sin perjuicio, del desarrollo normativo por parte de las Comunidades Autónomas, habida cuenta que se trata de una ley básica estatal.

En el art. 3 PLey/Cs se establecen los siguientes principios básicos de la ley, que son casi coincidentes con los de la normativa andaluza: "a) La garantía del pleno respeto a la dignidad de la persona en el proceso del final de su vida. b) La promoción de la libertad, la autonomía y la voluntad de la persona, de acuerdo con sus deseos, preferencias, creencias o valores, así como la preservación de su intimidad y confidencialidad. c) La garantía de que el rechazo de un tratamiento por voluntad de la persona, o la interrupción del mismo, no suponga el menoscabo

20 En el art. 16 LORE (Objeción de conciencia de los profesionales sanitarios) se establece que: "1. Los profesionales sanitarios directamente implicados en la prestación de ayuda para morir podrán ejercer su derecho a la objeción de conciencia. El rechazo o la negativa a realizar la citada prestación por razones de conciencia es una decisión individual del profesional sanitario directamente implicado en su realización, la cual deberá manifestarse anticipadamente y por escrito.
2. Las administraciones sanitarias crearán un registro de profesionales sanitarios objetores de conciencia a realizar la ayuda para morir, en el que se inscribirán las declaraciones de objeción de conciencia para la realización de la misma y que tendrá por objeto facilitar la necesaria información a la administración sanitaria para que esta pueda garantizar una adecuada gestión de la prestación de ayuda para morir. El registro se someterá al principio de estricta confidencialidad y a la normativa de protección de datos de carácter personal.

de una atención sanitaria integral y el respeto a la dignidad de la persona ante el proceso final de su vida. d) La garantía del derecho de todas las personas a recibir cuidados paliativos integrales. e) La igualdad efectiva y la ausencia de discriminación en el acceso a los servicios sanitarios en el proceso final de su vida, con independencia de su lugar de residencia en todo el territorio nacional. f) Garantizar una atención sanitaria personalizada a través de la coordinación y cooperación entre los sistemas de salud y de servicios sociales, velando por la continuidad de los cuidados".

En el art. 4 PLey/Cs se establecen las "definiciones" de los términos utilizados por la ley, en este caso nuevamente se toman prestadas, con muy pocas variaciones, las definiciones utilizadas en la ley andaluza: a) Calidad de vida; b) consentimiento informado; c) cuidados palitarivos; d) instrucciones previas; e) planificación anticipada de la atención; f) adecuación del esfuerzo terapéutico; g) medidas de soporte vital; h) médico responsable; i) enfermero responsable; j) obstinación terapéutica y diagnóstica; k) proceso final de la vida, con dos subapartados dedicados a definir la "situación terminal" y la "situación de agonía"; l) representante; m) sedación paliativa; n) sedación en fase de agonía; o) síntoma refractario; p) situación de imposibilidad de hecho para decidir; q) testamento vital y r) valores vitales. En este caso las diferencias entre la proposición de Ciudadanos y la del PP son muy sutiles, y se refieren al apartado m) "sedación paliativa". En la primera se establece que consiste en: "Administración de fármacos indicados, en las dosis y combinaciones requeridas, para reducir la consciencia de la persona en situación terminal o de agonía, para aliviar adecuadamente uno o más síntomas refractarios, previo consentimiento informado explícito en los términos establecidos en la ley"[21]. En la proposición del Grupo Popular, se precisa que "la sedación debe seguir siempre el principio de proporcionalidad, siendo el objetivo de alcanzar un nivel de sedación suficientemente profundo como para aliviar el sufrimiento". Entendemos que esta precisión se hace para evitar que por la vía de la sedación paliativa se pueda practicar una eutanasia encubierta. También hay pequeñas diferencias en el caso de la "sedación en fase de agonía" que la PLey/Cs define como la "sedación paliativa indicada en la fase final del paciente en situación terminal o de agonía, con intención de alcanzar niveles de sedación profunda, hasta alcanzar una ausencia de respuesta a estímulos dolorosos"[22]. En el caso del Grupo Popular, siempre pendientes de evitar cualquier tipo de práctica eutanásica, se define como "la sedación paliativa que se utiliza cuando el enfermo se encuentra en sus últimos días u horas de vida para aliviar un sufrimiento intenso.

21 La retirada Proposición de Ley socialista tenía idéntica redacción a la propuesta de Ciudadanos, tanto en el caso de la "sedación paliativa" como en el de la "sedación en fase de agonía".

22 En la Ley de muerte digna andaluza, ambas clases de sedación se regulan en su art. 5 en un único apartado l) en términos muy similares al de la PLey/Cs al definir la "sedación paliativa" como la "Administración de fármacos, en las dosis y combinaciones requeridas para reducir la conciencia de la persona e situación terminal o de agonía, para aliviar adecuadamente uno o más síntomas refractarios, previo consentimiento informado explícito en los términos establecidos en la Ley".

Esta sedación es continua y tan profunda como sea necesario para aliviar dicho sufrimiento".

V. DERECHOS DE LAS PERSONAS AL FINAL DE SU VIDA.

1. Derecho a la protección de la dignidad.

El Título I, de todas las proposiciones de ley analizadas, giran bajo el epígrafe de "derechos de las personas en el proceso final de su vida". En el art. 5.1 PLey/Cs se reconoce el "derecho a la protección de la dignidad de las personas en el proceso final de la vida", lo que exige que se les garantice el efectivo cumplimiento de los derechos recogidos en esa proposición de ley, en condiciones de igualdad y sin discriminación alguna[23]. En especial se garantizará su derecho a decidir libremente sobre las intervenciones y el tratamiento a seguir en dicho proceso, lo que incluye los cuidados necesarios para evitar el dolor y el sufrimiento. En el art. 6 PLey/Cs se reconoce el "derecho a la información asistencial" sobre "su estado real de salud, sus expectativas de vida y de calidad de la misma, y las medidas terapéuticas y paliativas que le resultarían aplicables". Esta información al paciente ha de ser completa, clara y comprensible y deberá quedar recogida en el historial clínico.

2. Derecho al derecho a la información asistencial.

El art. 6.1 PLey/Cs se refiere al caso de los pacientes que, sin encontrarse todavía en una fase terminal, se les diagnostique una enfermedad irreversible y progresiva en los que se prevea la posibilidad de un desenlace fatal en un medio o largo plazo. A estos se les tiene que informar sobre la posibilidad de realizar testamento vital o últimas instrucciones, así como a establecer "un plan anticipado de cuidados, a fin de que tales decisiones sean tomadas de forma reflexiva y con la anticipación suficiente". El citado plan deberá de figurar en lugar visible en la historia clínica del paciente, tanto en su versión digital como en papel, de tal manera que cualquier profesional que acceda a ellas pueda conocer su existencia. En el apartado 3 se ofrece la posibilidad de que los pacientes rechacen el derecho a ser informados, en cuyo caso además de respetarse esta decisión se les solicitará que designen a una persona que acepte recibir aquella información y tomar las decisiones en su representación. En el apartado 4, para aquellos supuestos en los que el paciente esté imposibilitado para la toma de decisiones, se designará un representante a los efectos de que reciba la información como para que preste su consentimiento. En ese apartado se establece un elenco de personas que por riguroso orden tendrán la representación del paciente. No obstante, la situación de imposibilidad para la toma de decisiones a los pacientes se les informará para

23 Estropá Torres, J.M.: "Voluntades anticipadas", cit., señala que la dignidad de la persona ha sido utilizada tanto para argumentar en favor como en contra de la eutanasia. En consecuencia, el debate en este ámbito llega a alcanzar niveles de la mayor intensidad ideológica.

que, de modo adecuado a su grado de discernimiento, puedan ser informados y participar en la toma de decisiones". En el caso de aquellos pacientes cuya situación les imposibilite o dificulte gravemente la toma de decisiones esta se hará buscando su "mayor beneficio y respeto a su dignidad personal y valores vitales". En este caso se integrará su voluntad teniendo en cuenta sus deseos expresados previamente, como aquellos que presumiera que se habrían formulado de haberse encontrado en una situación de capacidad. Asimismo, se tendrá en cuenta el parecer del equipo sanitario responsable de su atención. En este caso se sigue una formulación muy similar al consentimiento por representación previsto en el art. 9 apartados 3 a 7 LAP si bien en aquel caso las decisiones adoptados por el representante debía de adoptarse atendiendo "al mayor beneficio para la vida o salud del representante". En la nueva formulación el mayor beneficio deja de ser la vida para referirse a la "dignidad personal y valores vitales" del paciente. En el apartado 5, al paciente que se encuentre en el proceso final de su vida se le reconoce el derecho a solicitar y a disponer de una segunda opinión sobre los cuidados asistenciales y paliativos. Finalmente, en el apartado 6 se establece que el derecho a la información médica pueda limitarse cuando exista un estado de necesidad terapéutica. En este caso el médico puede actuar profesionalmente sin informar antes a la persona enferma cuando, por razones objetivas, la información sobre su situación pueda perjudicar su salud de modo grave. Esta excepción no se aplicará cuando el paciente esté en situación terminal, salvo para las medidas destinadas a aliviar el sufrimiento. En estos casos el médico dejará constancia de todas estas circunstancias en el historial médico y comunicará su decisión a los familiares o personas con relación de hecho con el paciente.

3. Derecho a la toma de decisiones y al consentimiento informado.

En el art. 7 PLey/Cs se establece el "derecho del paciente a la toma de decisiones y al consentimiento informado". Las personas que estén en el proceso final de su vida o que tengan que afrontar decisiones relacionadas con este proceso tienen derecho a tomar decisiones respecto a las intervenciones sanitarias que les afecten. Estas decisiones se tomarán directamente, o a través de declaración de voluntades anticipadas u otros tipos de instrucciones similares[24]. En el apartado 2, se establece que toda intervención requiere el consentimiento libre y voluntario de los pacientes, una vez hayan valorado la "información asistencial" ex art. 6. En el apartado 3, se establece la forma en la que puede manifestarse este consentimiento que podrá ser: verbal como regla general si bien tendrá que dejarse constancia del mismo en la historia clínica. La proposición remite al art.

24 Barceló Doménech, J.: "Consentimiento informado y responsabilidad Médica", *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 8, feb. 2018, p. 281, manifiesta que "El fundamento del consentimiento informado está en la idea de autonomía individual del paciente y el estímulo a la toma de decisiones racionales. Se trata de decidir con el paciente y no por él desde la superioridad del criterio médico. La información y el consentimiento informado no son una concesión graciable del médico, sino un auténtico derecho del paciente".

8.2 LAP donde se establece la obligatoriedad del consentimiento escrito para determinados actos médicos[25].

En el art. 8 PLey/Cs se establece el "derecho a otorgar instrucciones previas". En este caso las denominadas "instrucciones previas" contempladas en los proyectos de ley son una actualización de las previsiones del art. 11 LPA que resultaría modificado de aprobarse la proposición. En el art. 8.1 se prevé que toda persona mayor de edad pueda manifestar anticipadamente su voluntad sobre los cuidados y el tratamiento asistencia que desee recibir en el proceso final de su vida. Estas instrucciones pueden otorgarse en documento público o en documento otorgado conforme a la normativa aplicable. En todo caso tendrá que ser inscrito en el Registro Nacional de Instrucciones previas, previsto en el art. 11.5 LAP. Estas instrucciones deberán figurar en el historial clínico. En el apartado 2, se posibilita el nombramiento de un representante del paciente y determinar sus funciones. El representante actuará en el mayor beneficio y respeto de la dignidad del representado. En todo caso velará para que se cumplan las instrucciones que haya dejado el representado. En el apartado 3, se prevé la toma de decisiones clínicas no previstas en las instrucciones previas, de modo que habrá que presumir la voluntad del paciente si en ese momento tuviese capacidad para expresarla, y en todo caso el representante tendrá en cuenta los valores u opciones vitales recogidas en las instrucciones. Finalmente, en el apartado 4 se prevé la posibilidad de que el paciente revoque o modifique a posteriori las instrucciones previas. Si el paciente que se encuentra al final de su vida conserva aptitud para tomar decisiones, la voluntad manifestada en dicho proceso prevalecerá sobre cualquier otra previa.

4. Derecho al rechazo y a la retirada de una intervención.

En el art. 9 PLey/Cs tenemos una muestra de cómo garantizar la primacía de la voluntad de la persona en el proceso final de su vida, puesto que esta una vez ha sido debidamente informada tiene derecho a "rechazar el tratamiento, intervención o procedimiento propuestos por los profesionales sanitarios, incluyendo las medidas de soporte vital, tras un proceso de información y decisión libre, voluntaria y consciente, así como a revocar el consentimiento informado emitido respecto de una intervención concreta, lo que implicará necesariamente la interrupción de dicha intervención, aunque ello pueda poner en peligro su vida"[26].

25 El art. 8.2 LAP establece que: "El consentimiento será verbal por regla general. Sin embargo, se prestará por escrito en los casos siguientes: intervención quirúrgica, procedimientos diagnósticos y terapéuticos invasores y, en general, aplicación de procedimientos que suponen riesgos o inconvenientes de notoria y previsible repercusión negativa sobre la salud del paciente".

26 Rubio Sanchiz, O. y Ventura Pascual, L.: "Limitación de soporte vital. Cuidados paliativos y final de vida en UCI", *Revista Bioética y Derecho*, núm. 48, 2020, p. 83, estiman que cuando ya no es posible la restauración de la salud del paciente es cuando los profesionales sanitarios tiene la obligación ética de iniciar un diálogo respetuoso con el paciente y/o la familia y el resto de profesionales implicados para llegar a un consenso sobre limitar los tratamientos de soporte vital y/o adecuar los cuidados y continuar el tratamiento con un

Se exceptúan las previsiones en materia de salud pública en los casos previstos en el art. 9.2.a) LAP[27]. En el apartado 2 del precepto se establece que ese rechazo al tratamiento o intervención propuesto por el profesional sanitario y la revocación del consentimiento informado han de efectuarse por escrito en la historia clínica del paciente[28]. Finalmente, en el apartado 3 se establece que el rechazo al que se ha hecho mención no podrá suponer "menoscabo alguno en la atención sanitaria de otro tipo que se le dispense, especialmente en lo referido a la destinada a paliar el sufrimiento, aliviar el dolor y los otros síntomas, así como hacer más digno y soportable el proceso final de su vida".

5. Derecho a la información asistencial y a la toma de decisiones por los menores de edad.

En el art. 10 PLey/Cs se establece el derecho de los menores de edad, y sus representantes legales, a recibir información sobre su enfermedad y sobre las propuestas terapéuticas de forma adaptada a su edad y a su capacidad de comprensión. También se establece que los menores que se encuentren al final de su vida tienen derecho: "a) A ser atendidos, tanto en la recepción como en el seguimiento, de manera individual y, en lo posible, siempre por el mismo equipo de profesionales. b) A estar acompañados el máximo tiempo posible, durante su permanencia en el hospital, de sus progenitores o de las personas que los sustituyan, quienes participarán como elementos activos de la vida hospitalaria o asistencia domiciliaria, salvo que ello pudiera perjudicar u obstaculizar la aplicación de los tratamientos oportunos. c) A ser hospitalizados junto a otros menores, evitando en todo lo posible su hospitalización entre personas adultas".

De modo muy similar a como se establece en el art. 9.3 LAP, en el apartado 3 del art. 10 PLey/Cs, se establece que el consentimiento será otorgado por el representante del menor cuando este "no sea capaz intelectual ni emocionalmente de comprender el alcance de la intervención". En el caso de menores con doce

plan de cuidados paliativos. De este modo se preserva la dignidad del paciente, se evita el sufrimiento y se proporciona un tratamiento compasivo de soporte y acompañamiento durante el proceso de muerte.

27 En el art. 9. 2.a) LAP se establece que: "Los facultativos podrán llevar a cabo las intervenciones clínicas indispensables en favor de la salud del paciente, sin necesidad de contar con su consentimiento, en los siguientes casos:
a) Cuando existe riesgo para la salud pública a causa de razones sanitarias establecidas por la Ley. En todo caso, una vez adoptadas las medidas pertinentes, de conformidad con lo establecido en la Ley Orgánica 3/1986, se comunicarán a la autoridad judicial en el plazo máximo de 24 horas siempre que dispongan el internamiento obligatorio de personas.
b) Cuando existe riesgo inmediato grave para la integridad física o psíquica del enfermo y no es posible conseguir su autorización, consultando, cuando las circunstancias lo permitan, a sus familiares o a las personas vinculadas de hecho a él.

28 Rubio Sanchiz, O. y Ventura Pascual, L.: "Limitación de soporte vital", cit., p. 86, señalan que los tipos de limitación de tratamientos de soporte vital se han dividido en cuatro grandes grupos: no ingresar un paciente en la UCI (Unidad de Cuidados Intensivo); no iniciar tratamientos, no aumentar tratamientos y la retirada de los mismos.

años cumplidos se tendrá que haber oído previamente su opinión[29]. En el caso de menores no incapaces ni incapacitados, pero emancipados o con dieciséis años cumplidos, no cabe prestar el consentimiento por representación. Se trata de la mayoría de edad sanitaria. En el apartado 4 se establecen en favor de sus progenitores, tutores o guardadores legales los derechos a ser informados acerca del estado de salud del menor, sin perjuicio del derecho fundamental de estos últimos a su intimidad en función de su edad, estado afectivo y desarrollo intelectual. También se les reconoce el derecho a ser informados de las pruebas de detección o de tratamiento, que se considere oportuno aplicar al menor, y a dar su consentimiento previo para su realización en los términos previstos en los apartados anteriores. En caso de que no prestaran su consentimiento, será la autoridad judicial, previa prescripción facultativa, quien otorgará, en su caso, el consentimiento, primando siempre el bienestar de la persona menor de edad. Esta cuestión entra en conflicto con lo establecido en el art. 7.6 LAP donde en ese mismo caso las decisiones deben de otorgase atendiendo siempre al "mayor beneficio para la vida o la salud del paciente".

6. Derecho a los cuidados paliativos de calidad.

En el art. 11.1 PLey/Cs se establece el derecho a los cuidados paliativos de calidad para todas las personas que se encuentren en el proceso final de su vida. Estos pacientes tienen derecho a una atención integral, que prevenga y alivie el dolor y sus manifestaciones, incluida la sedación paliativa si el dolor, o cualquier otro síntoma, que produzca molestias severas, cuando ya son refractarios al tratamiento específico, aunque ello implique un acortamiento de su vida. En todas las proposiciones de ley a las que nos hemos referido se menciona la cuestión del acortamiento de la vida en los cuidados paliativos en dos ocasiones en la Exposición de Motivos y en el artículo en el que establece el derecho a los cuidados paliativos de calidad[30]. Es de destacar que en la ley de muerte digna andaluza no existe ninguna referencia al "acortamiento de la vida" cuando se habla de los cuidados paliativos o a la sedación paliativa. A pesar de su cercanía en el tiempo a la polémica de la sedación del Hospital Severo Ochoa. Tampoco existe ninguna referencia al acortamiento de la vida como consecuencia de la sedación

29 Como señala Martín Sánchez, I.: *Los cuidados paliativos*, cit., pp. 135-136, en la STC 154/2002, de 18 de se contempló el caso de un menor de edad, de 13 años (Testigo de Jehová) que tras sufrir un accidente de bicicleta y ser ingresado en un hospital, sus padres se negaron a que fuera objeto de una necesaria transfusión sanguínea. No obstante, la autorización por el Juzgado de guardia a la transfusión, el menor al ser oído, por contar con mas de 12 años, se negó a la misma, falleciendo al poco tiempo puesto que el equipo médico se negó a practicarla en ese contexto. El TC al manifestarse respecto a la relevancia de la negativa del menor a la transfusión dejó sentado que este había ejercitado un derecho de autodeterminación que tiene por objeto el propio sustrato corporal -como distinto del derecho a la salud o a la vida. Y que se traduce en el marco constitucional como un derecho fundamental a la integridad física (art. 15 CE).

30 En el art. 10.1 PLey/PP también se establece el derecho la sedación paliativa "si el dolor, o cualquier otro síntoma, que produzca molestias severas, son refractarios al tratamiento específico, aunque ello implique un acortamiento de su vida". Esta referencia al acortamiento de la vida también figuraba en el art. 11.1 del retirado PLey/Psoe.

paliativa en la LAP. Finalmente, en este apartado 1 del art. 11 PLey/Cs se establece la obligación de que los centros sanitarios, públicos y privados, dispongan de los medios para prestar cuidados paliativos integrales y de calidad a los pacientes que así lo soliciten, inclusive los menores de edad. Finalmente, en el segundo apartado del art. 11 se establece el derecho a que los cuidados paliativos integrales se proporcionen a las personas que están al final de su vida, bien en su centro sanitario o social o en su domicilio, siempre que esta opción no esté médicamente contraindicada.

7. Derecho al acompañamiento.

El art. 12 PLey/Cs se establece que en el caso de que las personas, que se encuentren en el proceso final de su vida, requieran permanecer ingresados en un centro sanitario o social, tienen derecho a que se les permita el acompañamiento de su entorno familiar, afectivo y social y/o por voluntarios de organizaciones sociales. Asimismo, se les facilitará recibir, conforme a sus convicciones y sus creencias, asistencia espiritual o religiosa. En el caso de que estos enfermos requieran sedación paliativa tienen derecho a despedirse de sus familiares allegados.

VI. DEBERES DE LOS PROFESIONALES SANITARIOS.

En los Títulos II y III del PLey/Cs se contiene el marco de actuación de los profesionales sanitarios y las obligaciones de las administraciones, así como la de los centros sanitarios y sociales implicados, al objeto de dar satisfacción a los derechos recogidos en el Título I, en favor de los pacientes que se encuentran al final de su vida. Los deberes de estos profesionales están relacionados especialmente con el derecho a que se respete la voluntad del paciente. Este es el mandato fundamental del personal sanitario y, en consecuencia, como clave de su seguridad jurídica y de su régimen de responsabilidad. A tal efecto, se prevén las garantías necesarias para que esa voluntad del paciente se configure de manera plenamente informada y de modo para que los profesionales puedan acceder a la misma. También se establece el deber de limitar el esfuerzo terapéutico a la situación del paciente, evitando la obstinación terapéutica y dando plena cobertura a la disminución proporcional de ese esfuerzo en razón del bienestar del paciente, siempre con las garantías de decisión compartida por varios profesionales y de información al paciente y respeto a su voluntad. Por último, las disposiciones adicionales determinan el carácter básico de la ley, y también ordenan las subsiguientes actuaciones necesarias de las Administraciones Públicas, en particular de las Administraciones sanitarias, para su desarrollo y aplicación. Por su parte, la disposición transitoria prevé el plazo para la dotación de habitaciones individuales. Las disposiciones finales adecuan a lo dispuesto en la ley la regulación de las instrucciones previas que se encontraba en el artículo 11 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre.

1. Toma de decisiones clínicas y respeto a la voluntad del paciente.

En el art. 13.1 PLey/Cs se establece que el personal sanitario, "antes de proponer cualquier intervención sanitaria a una persona en el proceso final de su vida, deberá asegurarse de que la misma está clínicamente indicada, elaborando su juicio clínico al respecto, basándose en el estado de la ciencia, en la evidencia científica disponible, en su saber profesional, en su experiencia y en el estado clínico, gravedad y pronóstico de la persona afectada"[31]. Si como consecuencia de ese juicio profesional hubiera que realizar una intervención sanitaria, tendrá que someterse al consentimiento libre y voluntario del paciente que podrá aceptar la intervención propuesta o elegir libremente entre las opciones clínicas disponibles e incluso rechazarla, en los términos previstos en LAP.

Los profesionales sanitarios implicados en la atención de los pacientes tienen la obligación de respetar su voluntad y sus valores, creencias y preferencias en la toma de decisiones clínicas, debiendo abstenerse de imponer criterios de actuación basados en sus propias creencias y convicciones personales[32]. A estos efectos, si el paciente se encontrase en situación de incapacidad, el personal sanitario responsable deberá consultar los Registros de Instrucciones Previas, nacional y autonómicos, dejando constancia dicha consulta en la historia clínica, y respetar la voluntad manifestada en él por el paciente (art. 13.2). En caso de contradicción entre lo manifestado por el paciente no incapacitado y su representante, siempre prevalecerá la opinión del primero (art. 13.3). Finalmente, se establece que el cumplimiento de la voluntad manifestada por el paciente en la forma prevista en la presente (proposición) ley, excluirá cualquier exigencia de responsabilidad por las correspondientes actuaciones de los profesionales sanitarios dedicadas a dar cumplimiento a su voluntad (art. 13.4).

2. Personas en situación de incapacidad de hecho.

En el art. 14 PLey/Cs se establecen la forma de actuar del médico responsable cuando la persona que se halla bajo atención médica pudiera encontrarse en una situación que le impidiera decidir por sí misma. Tal valoración debe hacerse constar en el historial clínico. Para determinar si concurre la situación de incapacidad de

31 Rubio Sanchiz, O. y Ventura Pascual, L.: "Limitación de soporte vital", cit., p. 83, estiman que a pesar de que las decisiones de limitación de soporte vital son frecuentes en las unidades de críticos y están aceptadas como una buena práctica clínica, no existe un consenso claro que explicite como se han de llevar estas decisiones a nivel individual. Señalan que si bien la Sociedad Española de Cuidados Intensivos ha publicado recomendaciones al respecto que estas están en vías de revisión. Estas autoras citan el trabajo de Monzón J.L, Saralegui I., Abidanza R., *et alt*. "Recomendaciones de tratamiento al final de la vida del paciente crítico", *Medicina Intensiva*, 2008, pp. 121-133.

32 Rubio Sanchiz, O. y Ventura Pascual, L.: "Limitación de soporte vital", cit., p. 84, son del parecer de que al existir diferentes valoraciones entre pacientes, familias y sanitarios respecto al concepto de "buena muerte" es importante el pronóstico clínico. Al tiempo que los valores de los pacientes y la familia son importantes para el pronóstico en una decisión de final de vida, por lo que se preconiza cada vez mas las decisiones compartidas.

hecho el precepto establece toda una serie de factores a tener en cuenta: "a) Si tiene dificultades para comprender la información que se le suministra. b) Si retiene defectuosamente dicha información, durante el proceso de toma de decisiones. c) Si no utiliza la información de forma lógica, durante el proceso de toma de decisiones. d) Si falla en la apreciación de las posibles consecuencias de las diferentes alternativas. e) Si no logra tomar, finalmente, una decisión o comunicarla". Además, el medico responsable deberá contar con la opinión de otros profesionales implicados, directamente, en la atención de estos pacientes para efectuar la valoración de los mencionados factores. Tanto la identidad de dichos profesionales como su opinión será incluida en la historia clínica. Asimismo, se podrá consultar a la familia para conocer su opinión[33]. Finalmente, en el caso de determinarse la situación de imposibilidad del paciente para la toma de decisiones, el médico responsable deberá hacer constar en la historia clínica los datos de quien deba actuar en representación de la persona, conforme a las previsiones del artículo 6.4 PLey/Cs.

3. Adecuación del esfuerzo terapéutico.

En el art. 15 PLey/Cs se establecen los deberes con relación a la adecuación del esfuerzo terapéutico. En primer lugar, el médico responsable del paciente, adecuará el esfuerzo terapéutico, cuando la situación clínica lo aconseje, para así evitar la obstinación terapéutica. La justificación de la adecuación deberá hacerse constar en el historial clínico. Además, esa adecuación se llevará a cabo, habiéndose oído el criterio profesional del personal de enfermería responsable de los cuidados. En cualquier caso, los sanitarios responsables de la atención al paciente, están obligados a ofrecerle aquellas "intervenciones sanitarias necesarias para garantizar su adecuado cuidado y bienestar, y a respetar su consentimiento informado". Finalmente, cuando los pacientes ya se encuentren en situación de sedación en fase de agonía se suspenderán todos aquellos tratamientos o medidas de soporte que no sean precisos para mantener el control de los síntomas, a fin de no alargar innecesariamente el sufrimiento.

VII. GARANTÍAS DE LA ADMINISTRACIÓN.

En el Título III de la PLey/Cs se establecen las garantías que deben prestar tanto las Administraciones Públicas como los centros e instituciones sanitarias y sociales. En el art. 16 PLey/Cs se dice que las administraciones sanitarias deberán garantizar, en el ámbito de sus respectivas competencias, el ejercicio de los

33 Rubio Sanchiz, O. y Ventura Pascual, L.: "Limitación de soporte vital", cit., p. 85, parten del hecho de que el paciente de cuidados críticos no es competente en la mayoría de las ocasiones para tomar decisiones, de manera que son los familiares o los representantes de los pacientes y los profesionales sanitarios los que deciden por el enfermo bajo la responsabilidad de proteger el "mejor interés" o el "mejor beneficio". De ahí que la recomendación actual es la toma de decisiones entre el equipo asistencial, el paciente y/o la familia en un proceso de deliberación.

derechos establecidos en el Título I (Derechos de las personas al final de su vida). En el art. 17 PLey/Cs se establece que las Administraciones sanitarias competentes dispondrán de un modelo de documento de instrucciones previas, para facilitar a los pacientes la correcta expresión de aquellas situaciones sobre las que quieran manifestar su voluntad, así como la adopción de criterios generales sobre la información a los pacientes en las materias reguladas por esta ley.

En el art. 18 PLey/Cs se regula el acompañamiento a los pacientes, de manera que centros e instituciones facilitarán a las personas que se encuentren en el proceso final de su vida el acompañamiento de su entorno familiar, afectivo y social, compatibilizando este con el conjunto de medidas sanitarias necesarias, para ofrecer una atención de calidad a los pacientes. Se establece la obligación de los centros de facilitar a los pacientes el acceso de aquellas personas que les puedan proporcionar auxilio espiritual, conforme a sus convicciones y creencias, procurando, en todo caso, que las mismas no interfieran con las actuaciones del equipo médico. Asimismo, los centros facilitarán la participación "del voluntariado, adscrito a organizaciones sociales sin ánimo de lucro, en el acompañamiento del paciente, sus familiares o personas cercanas que cuidan de la persona enferma, en el proceso final de la vida". Este tipo de acompañamiento solo se realizará, si el paciente o sus representantes dan su consentimiento.

En el art. 19 PLey/Cs se contempla el apoyo y asistencia a la famila y a las personas cuidadoras, de los pacientes en el proceso final de su vida tanto, tanto en su domicilio, como en los centros sanitarios y sociales. En estos últimos lugares se prestará "una atención en el duelo a la familia y a las personas cuidadoras y promoverán medidas para la aceptación de la muerte de un ser querido y la prevención de situaciones calificadas como de duelo patológico".

En el art. 20 se establece el asesoramiento en cuidados paliativos que "recibirán, de acuerdo con sus necesidades y preferencias". Los centros sanitarios y sociales garantizarán la necesaria coordinación en la información y asesoramiento en cuidados paliativos entre los diferentes equipos de profesionales.

En el art. 21 PLey/Cs se garantiza la estancia en habitación individual para los pacientes que estén en el proceso final de su vida, a los efectos de contar con el nivel de atención, cuidado e intimidad que requiere su estado de salud.

Finalmente, en el art. 22 PLey/Cs se establecen los Comités de Ética Asistencial que intervendrán en "los casos de discrepancia entre los profesionales sanitarios y los pacientes o, en su caso, con quienes ejerciten sus derechos, o entre estos y las instituciones sanitarias, en relación con la atención sanitaria prestada en el proceso final de su vida, cuando no se hayan podido resolver mediante acuerdo entre las

partes. Este Comité de Ética Asistencial podrá proponer alternativas o soluciones éticas a aquellas decisiones clínicas controvertidas".

VIII CUIDADOS PALIATIVOS Y EUTANASIA.

1. Diferencias entre cuidados paliativos y eutanasia.

La expresión cuidados paliativos, a la que se también se ha denominado "muerte digna" y el término eutanasia pueden inducir a confusión, puesto que el origen de la palabra eutanasia proviene del griego, *"eu"* que significa bueno, y *thanatos"* que significaría el ideal de la muerte digna, etimológicamente, se identifica como *"buena muerte"*. No obstante, el elemento diferenciador entre eutanasia y los cuidados paliativos es la intencionalidad en la causación de la muerte. En ese sentido es en el que el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española define la eutanasia como la *"Intervención deliberada para poner fin a la vida de un paciente sin perspectiva de cura"* aunque también la define como la *"Muerte sin sufrimiento físico"* que está más cerca de la sedación paliativa[34]

Parte de la confusión también proviene de las tradicionales clasificaciones de la eutanasia, hoy totalmente desfasadas, donde aquella puede ser activa (directa o indirecta) y pasiva. La eutanasia es activa cuando existe una provocación intencionada del profesional sanitario para terminar con la vida del paciente, a petición de este, cuando se cumplen los requisitos previstos por la ley. Dentro de esta modalidad de eutanasia se diferenciaban dos supuestos: la "eutanasia activa directa", que es modelo contemplado por la LORE, en la que el médico administra directamente al paciente sustancias para provocarle la muerte[35]. Una figura cercana a la eutanasia activa es la del suicidio médicamente asistido (en adelante SMA), en la que -a diferencia de la eutanasia en sentido estricto- el médico no administra ninguna sustancia letal al paciente, sino que es el propio enfermo quien bajo la supervisión sanitaria se administra los fármacos que ponen fin a su vida. En este caso la función del equipo médico es colaborativa[36]. Una segunda modalidad, de eutanasia activa es la denominada "eutanasia activa indirecta" que supone una opción por tratamientos médicos para evitar graves sufrimientos a aquellas personas que se encuentran en la fase final de su vida en los que no existe ninguna

34 Diccionario de la Real Academia Española. Disponible en: https://dle.rae.es/eutanasia. Consultado el 29-09-2021.

35 Sánchez Moreno, M. R.: "La eutanasia en Europa: ¿qué hay detrás del tabú?", *El Notario del siglo XXI*, núm. 73, Mayo-Junio 2017. Disponible en: http://www.elnotario.es/hemeroteca/revista-73/7673-la-eutanasia-en-europa-que-hay-detras-del-tabu (Consultado el 28-08-2021), estima que en muchos de los países donde no se admite la eutanasia activa, sin embargo, sí que se admiten las otras variantes como la eutanasia activa indirecta –de la que incluso puede dudarse si se trata de una verdadera eutanasia- y la eutanasia pasiva.

36 Royes, A.: "La eutanasia y el suicidio médicamente asistido", *Psicooncología: investigación y clínica biopsicosocial en oncología*, Vol. 5, núm. 2-3, 2008, p.325. García Amez, J.: "Cuidados paliativos", cit., p. 180, estoma que la nota diferenciadora entre la eutanasia y el suicidio médicamente asistido es que en este caso el sanitario no ejecuta directamente el acto que causa la muerte, de modo que su tratamiento penal no sería del homicidio [así se manifestaba este autor antes de la despenalización de la eutanasia por la LORE].

intención de causar la muerte –como sucede con la sedación paliativa- pero que sin embargo, pueden acortar la vida[37]. La expresión indirecta proviene del hecho de que estos tratamientos tienen como objeto evitar el dolor a los enfermos en fase terminal con dolor insufrible; sin embargo, la contrapartida de esta sedación intensa suele ser el acortamiento de la vida[38]. Así pues, la intención es evitar el dolor, pero no acortar la vida como sucede con la eutanasia activa directa.

En la "eutanasia pasiva" la muerte se produce como consecuencia de la omisión de tratamientos, consiste en una ausencia de conducta para la causación de la muerte, si bien en este caso es la renuncia a estar conectado a cualquier tipo de maquinaria que prolongue artificialmente la vida del paciente cuando esta ha devenido clínicamente irrecuperable. En España desde que se aprobó la LAP se puede rechazar un tratamiento médico como la ayuda de un respirador, un tratamiento de quimioterapia o a una transfusión de sangre[39]. No obstante, un sector de la doctrina considera que el abandono de los tratamientos también puede ser considerado una modalidad de eutanasia[40]. En el Preámbulo de la LORE se precisa que hoy en día existe un acuerdo en la doctrina bioética y penalista de limitar el empleo de la expresión eutanasia únicamente a la que se produce de manera activa y directa. En consecuencia, no es apropiado continuar denominando a la sedación paliativa como eutanasia activa indirecta.

2. Relaciones de complementariedad entre cuidados paliativos y eutanasia.

Desde un punto de vista estrictamente legal, alejado de cualquier sesgo ideológico, hoy en día -salvo que la LORE sea declarada inconstitucional- es posible afirmar que la regulación de los cuidados paliativos y de la eutanasia tienen una función complementaria: en primer lugar, porque el régimen jurídico de los cuidados paliativos es harto insuficiente, puesto que las referencias a que a los mismos se efectúan a los mismos desde la LORE son meramente indicativas, sin ninguna intencionalidad regulatoria. Así sucede con el art. 5.1.b), relativo a los requisitos para recibir la prestación de ayuda para morir, donde se exige que se haya entregado al paciente, por escrito, información sobre su proceso médico,

37 Serrano Ruiz-Calderón, J.M.: "Eutanasia", cit., advierte sobre la existencia de límites en la sedación paliativa al decir que en aquellos casos en los que la sedación está contraindicada o es excesiva podría consistir en un matar.

38 En el art. 11.1 PLey/Cs se dice que "Todas las personas que se encuentren en el proceso final de su vida tienen derecho a una atención integral que prevenga y alivie el dolor y sus manifestaciones, incluida la sedación paliativa si el dolor, o cualquier otro síntoma que produzca molestias severas, son refractarios al tratamiento específico, aunque ello implique un acortamiento de su vida".

39 En la Ley General de Sanidad ya se permitía a los pacientes rechazar un tratamiento si bien había que solicitar el alta. En el art. 2.4 LAP se establece que "Todo paciente o usuario tiene derecho a negarse al tratamiento, excepto en los casos determinados por la Ley. Su negativa al tratamiento constará por escrito".

40 Serrano Ruiz-Calderón, J.M.: "Eutanasia", cit., estima que el abandono de tratamientos incluso los de soporte vital son una forma eutanásica. Para este autor esta es la otra gran amenaza de las leyes de atención al final de la vida aun pesar de no ser directamente eutanásicas.

las diferentes alternativas y posibilidades de actuación, incluida la de acceder a "cuidados paliativos integrales". Asimismo, en el art. 8.1, se establece que en el primer proceso deliberativo del solicitante de la eutanasia con el médico responsable este le informará, entre otros, sobre los posibles cuidados paliativos. Así pues, la publicación de la LORE, no ha cubierto las insuficiencias regulatorias de los cuidados paliativos que hemos puesto de manifiesto en este trabajo, entre otros motivos porque no era ese su objetivo. En consecuencia, ese vacío legal en materia de cuidados paliativos a nivel de ley básica estatal debería de ser cubierto por alguna las diferentes proposiciones de ley que todavía se encuentran en fase de tramitación parlamentaria en España.

Los cuidados paliativos sólo son una alternativa parcial a la eutanasia, puesto que los supuestos de hecho sobre los que se pueden aplicar sólo cubren una parte de los denominados supuestos eutanásicos que permiten la aplicación de la eutanasia. Así pues, en el art. 1 PLey/Cs se establece que aquella (proposición de) ley tiene por objeto regular "el ejercicio de los derechos de la persona ante el proceso final de su vida". Más adelante, en el art. 4 "definiciones" en la letra k) se explicita que el proceso final de la vida es aquel en el que se encuentran "las personas en situación terminal o de agonía como consecuencia de enfermedad o accidente". En el caso de la "situación terminal" se define como aquella en la que "el paciente presenta una enfermedad avanzada, incurable y progresiva, sin posibilidades razonables de respuesta al tratamiento específico, con un pronóstico de vida limitado a semanas o meses y en la que puedan concurrir síntomas que requieren una asistencia paliativa específica". Respecto a la "situación de agonía", se refiere a la misma como una fase que precede a la muerte con un pronóstico vital de pocos días.

En consecuencia, los cuidados paliativos -o de manera más precisa la sedación paliativa- solo son aplicables a aquellas personas que estén en el proceso final de la vida como sucede en el caso de personas con una enfermedad grave e irrecuperable, pero con un pronóstico de vida con una duración como máximo de meses, así como en el de aquellas que ya se encuentran en una situación de agonía. Pero los cuidados paliativos no siempre son una alternativa a la eutanasia -para aquellas personas cuyas convicciones personales les permiten optar por esta figura- puesto que puede haber pacientes que teniendo diagnosticada una enfermedad, grave e irreversible, con un pronóstico reducido de vida, pero todavía lejano en el tiempo, no estén dispuesto a esperar a llegar hasta la situación

terminal[41]. El adelantar el momento de la muerte es posible con la eutanasia, pero no con los cuidados paliativos[42].

Esta situación sí que está cubierta por el primero de los supuestos eutanásicos a los que se refiere el art. 3.c) LORE cuando en el paciente concurre una "Enfermedad grave e incurable" que es la que "por su naturaleza origina sufrimientos físicos o psíquicos constantes e insoportables sin posibilidad de alivio que la persona considere tolerable, con un pronóstico de vida limitado, en un contexto de fragilidad progresiva". Este supuesto viene a ser parcialmente coincidente con el supuesto de hecho al que se refieren las leyes de muerte digna autonómicas o las proposiciones de ley que se están tramitando en las cortes españolas[43]. Por otro lado, la eutanasia cubre un supuesto de hecho para el que no están previstos los cuidados paliativos como es el "padecimiento grave, crónico e imposibilitante" que se contempla en el art. 3.b) LORE. Esta situación es descrita como "las limitaciones que inciden directamente sobre la autonomía física y actividades de la vida diaria, de manera que no permite valerse por sí mismo, así como sobre la capacidad de expresión y relación, y que llevan asociado un sufrimiento físico o psíquico constante e intolerable para quien lo padece, existiendo seguridad o gran probabilidad de que tales limitaciones vayan a persistir en el tiempo sin posibilidad de curación o mejoría apreciable. En ocasiones puede suponer la dependencia absoluta de apoyo tecnológico". En este segundo supuesto eutanásico falta la nota de la inminencia de la muerte, de modo que quien se encuentre en esta situación todavía puede sobrevivir muchos años. Este es el supuesto de hecho que en el que tiene encaje el caso del famoso Ramón Sampedro, tetrapléjico que llevaba postrado 25 años en una cama y cuya esperanza de vida podría haberse prolongado muchos más años. En este caso la voluntad de Sampedro no estaba condicionada ni por la cercanía de la muerte ni tampoco estaba aquejado por un dolor físico insufrible. Así pues, las personas que se encuentran en esa situación

41 Estropá Torres, J.M.: "Voluntades anticipadas", cit., destaca como en el debate sobre la ley de la eutanasia se puso de relieve la distinción entre enfermedades abocadas a una muerte inmediata, de otras que no los son, pero que producen efetos invalidantes durante treinta o más años a personas que consideran que su integridad y libertad están alteradas. Asimismo, señala el caso de Ramón Sampedro que, tras sufrir un accidente quedó parapléjico y estuvo veinticinco años inmóvil hasta su muerte mediante suicidio asistido. También destaca el caso de María José Carrasco, asistida a morir por su pareja después de treinta años de lucha contra una esclerosis múltiple.

42 El 23 de julio de 2021 ha tenido lugar la primera aplicación de la eutanasia en España. Le fue aplicada a Eskarne, una enferma terminal de 86 años que una década antes dejó registrada su voluntad en este sentido en un documento de voluntades anticipadas. La anciana con dolencias de corazón hacía meses que estaba encamada, sin movilidad, con dependencia para todas las actividades de la vida diaria, con deterioro cognitivo severo y sin alternativas terapéuticas curativas. Disponible en: https://elpais.com/sociedad/2021-08-01/no-es-facil-morir-asi-pero-ella-ya-no-estaba-en-esta-vida-y-no-queria-estar.html. Consultado el 1-09-2021.

43 Alvarez Royo-Villanova,S. y Braquehais Conesa, L.: "Las instrucciones previas en la proposición de Ley de Eutanasia", *El notario del siglo XXI: revista del Colegio Notarial de Madrid,* núm. 95, 2021, págs. 38-43, señalan la importancia de la información a los enfermos sobre los cuidados paliativos puesto que los especialistas manifiestan que muchos pacientes que piden morir, sin embargo, cuando llegan a su unidad de cuidados paliativos una vez han sido aplicados aquellos cuidados sólo un mínimo porcentaje persevera en esa solicitud de que se les practique la eutanasia.

no pueden beneficiarse de los cuidados paliativos puesto que estos sólo pueden tener lugar cuando ya se está en el proceso final de la vida, pero no cuando alguien ya no tiene deseo de seguir viviendo por sufrir los padecimientos descritos en el art. 3.b) LORE.

Finalmente, una nota que es coincidente, entre los cuidados paliativos o de manera más precisa, la sedación paliativa y la eutanasia es la de la voluntariedad y la seguridad jurídica, puesto que ambas figuras están fundamentadas en el consentimiento informado del paciente. En consecuencia, nadie va a ser objeto de sedación paliativa ni se le va a practicar la eutanasia si esa no es realmente su voluntad manifestada de modo libre y autónomo. Esta cuestión es especialmente importante en materia de eutanasia, habida cuenta de que hay supuestos en los que la eutanasia se aplica a personas que todavía se encuentran lejos del proceso final de la vida. La LORE, como se reconoce por una parte de la doctrina que incluso es contraria a la misma, es una ley extremadamente garantista, de modo que entendemos que es prácticamente imposible que en España se le aplique a nadie la eutanasia sin su consentimiento ni que sea inducido a ella[44]. Por el contrario, en otros países de nuestro entorno, como sucede en Holanda, los controles se limitan al acuerdo de dos profesionales y la voluntad del paciente para que se practique la eutanasia[45]. En el sistema de la LORE los contextos eutanásicos en los que se puede aplicar la eutanasia, están definidos por la ley y están sujetos a toda una serie de requisitos y garantías que salvaguardan la absoluta libertad, autonomía y conocimiento del paciente dificultando al máximo cualquier tipo de presión externa. En el sistema español de eutanasia sólo es posible que esta se practique si se solicita, por la persona que cumpla los requisitos establecidos por en el art. 5 LORE -ser mayor de edad y ser capaz y consciente en el momento de la solicitud -y siempre que se preste consentimiento informado[46] o mediante escrito de últimas voluntades (art. 5 LORE)[47]. Por otra parte, se cuenta con un primer filtro, en el que

44 Estropá Torres, J.M.: "Voluntades anticipadas", cit., destaca que por parte del legislador español ha habido un interés muy especial en configurar una norma altamente garantista. Interés que se pone de manifiesto cuando de los cinco capítulos de la norma, el primer de ellos se dedica a definir y el segundo a establecer los requisitos para poder recibir la eutanasia. Alvarez Royo-Villanova,S. y Braquehais Conesa, L.: "Las instrucciones previas", cit., señalan que la LORE exige que el consentimiento sea informado, expreso, reiterado y libre de cualquier presión (art. 4, 5, 6 y 8). En consecuencia, va contra el espíritu de la ley el hecho de que en la regulación de las instrucciones previas en la eutanasia se haya excluido el procedimiento general de formación del consentimiento y sus garantías, ya que para acceder a la prestación de la ayuda a morir bastaría la existencia de las voluntades anticipadas junto con la enfermedad o el padecimiento que motive el contexto eutanásico.

45 Ferrer, I.: "La ley holandesa de eutanasia suma un respaldo del 87% al cumplir 20 años", El País, Disponible en: https://elpais.com/sociedad/2021-06-24/la-ley-holandesa-de-eutanasia-suma-un-respaldo-del-87-al-cumplir-20-anos.html. Consultado: 30-junio-2021.

46 En la definición de consentimiento informado del art. 3. a) LORE se establece que este es "la conformidad libre, voluntaria y consciente del paciente, manifestada en pleno uso de sus facultades después de recibir la información adecuada", para que tenga lugar la prestación de ayuda para morir.

47 En el art. 5 LORE se establecen los requisitos para recibir la eutanasia. En el apartado 1.c) se exige que el paciente haya "formulado dos solicitudes de manera voluntaria y por escrito, o por otro medio que permita dejar constancia, y que no sea el resultado de ninguna presión externa, dejando una separación de al menos +15 días naturales entre ambas". Además, (letra d) el paciente ha de prestar consentimiento

se requiere que se formulen por el paciente dos solicitudes de manera escrita y con 15 días de separación ante el médico responsable. Además, cada una de ellas va seguida por un proceso deliberatorio con el médico responsable. Transcurridas 24 horas del segundo proceso deliberatorio el médico responsable, vuelve a recabar al solicitante, si continúa o decae en su solicitud. Es en ese momento cuando se recaba del paciente la firma del documento del consentimiento informado (art. 8.2 LORE). Todo lo anterior supone que el paciente ha tenido que manifestar hasta en tres ocasiones por escrito su conformidad con que se le practique la eutanasia. Un segundo filtro está constituido por la intervención en el procedimiento para la realización de la eutanasia de un segundo profesional sanitario, el denominado médico consultor, que corroborará -tras estudiar la historia clínica y examinar al paciente -si concurren los requisitos que permiten el acceso a la eutanasia. En 24 horas elabora un informe que se comunican al paciente solicitante (art. 8.3 LORE). Un tercer filtro, lo constituye la Comisión de Garantía y Evaluación, que en el caso de informe favorable del médico consultor, designa a dos miembros de la misma para que comprueben si concurren los requisitos y condiciones previstos en la ley para el ejercicio del derecho a solicitar y recibir la prestación de la ayuda a morir (art. 8.5 LORE). Los representantes de la citada Comisión, tienen que emitir un informe, que en caso de ser positivo, servirá de resolución para que se practique la eutanasia (art. 10.3 y 4 LORE).

En aquellos casos en el que el médico responsable aprecie una incapacidad de hecho del paciente tendrá que aplicar lo previsto por el paciente en el documento de instrucciones previas o documentos equivalentes (art. 9 y 5.2 LORE)[48]. En consecuencia, en la LORE -a diferencia de los que sucede con la sedación paliativa- no se prevé ningún mecanismo para integrar la voluntad de quien carezca de ella. En consecuencia, ni a los menores de edad, ni a las personas con incapacidad de hecho o con graves enfermedades mentales se les puede aplicar la eutanasia[49]. La eutanasia sin concurrencia de la voluntad expresa del paciente mayor de edad y con pleno conocimiento no es posible en un sistema tan garantista como el previsto en la LORE. Por el contrario, en el régimen de la LAP sí que es posible la aplicación de la sedación paliativa en el caso de menores de edad y mayores

informado previamente a recibir la prestación de ayuda para morir Dicho consentimiento se incorporará a la historia clínica del paciente. La única alternativa, cuando el paciente mayor edad no se encuentra en el pleno uso de sus facultades ni puede prestar su conformidad libre, voluntaria y consciente para realizar las solicitudes "haya suscrito con anterioridad un documento de instrucciones previas, testamento vital, voluntades anticipadas o documentos equivalentes legalmente reconocidos, en cuyo caso se podrá facilitar la prestación de ayuda para morir conforme a lo dispuesto en dicho documento".

48 Estropá Torres, J.M.: "Voluntades anticipadas", cit., el testamento vital en la LORE se configura como un instrumento de declaración personal de voluntad eutanásica. Y que esa manifestación libre y voluntaria de la autonomía de la voluntad realizada en un momento de lucidez y de capacidad plena está destinada a prevalecer sobre cualesquiera otras eventuales y posteriores circunstancias sobrevenidas

49 Alvarez Royo-Villanova, S. y Braquehais Conesa, L.: "Las instrucciones previas", cit., estiman que la norma española al exigir la mayoría de edad y que el paciente sea capaz y consciente en el momento de la solicitud de la eutanasia está rechazando la tendencia de otros países europeos como Bélgica y Holanda que han admitido su aplicación a menores.

incapacitados porque así se prevé en su art. 9.3 LAP. En el citado precepto se admite el otorgamiento del consentimiento por representación de los pacientes mayores de edad que se encuentren en situación de incapacidad de hecho o que tengan la capacidad modificada judicialmente y así conste en la sentencia. Asimismo, sucede con los menores de edad con falta de capacidad intelectual para saber el alcance de la intervención. Finalmente, también cabe el consentimiento por representación de menores emancipados o mayores de 16 años cuando se trate actuaciones de grave riesgo para la vida o salud del menor. De modo sucede con las proposiciones de ley de cuidados paliativos, ese es el caso del art. 10.3 PLey/Cs que en el caso de los menores de edad que se encuentren en el proceso final de su vida y no tengan capacidad, intelectual ni emocional, de comprender el alcance de la intervención que preste su consentimiento para la intervención el representante legal del menor. En el art. 11.1 PLey/Cs se vuelve a insistir en la cuestión al decir que los centros sanitarios deberán disponer de medios para prestar cuidados paliativos integrales y de calidad a los pacientes que así lo soliciten, "inclusive a los menores de edad".

BIBLIOGRAFÍA

Álvarez Royo-Villanova, S. y Braquehais Conesa, L.: "Las instrucciones previas en la proposición de Ley de Eutanasia", *El notario del siglo XXI: revista del Colegio Notarial de Madrid,* núm. 95, 2021. Disponible en: https://www.elnotario.es/hemeroteca/revista-95/10513-las-instrucciones-previas-en-la-proposicion-de-ley-de-eutanasia. Consultado el 11-07-2021.

Barceló Doménech, J.: "Consentimiento informado y responsabilidad médica", *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 8, feb. 2018. Disponible en: http://idibe.org/wp-content/uploads/2018/03/94.Barcel%C3%B3.pdf. Consultado el 9-09-2021.

Estropá Torres, J.M.: "Voluntades anticipadas, paliativos, eutanasia ¿Quién decide?", *El notario del siglo XXI,* enero-febrero, núm. 95, 2021. Disponible en: https://www.elnotario.es/hemeroteca/revista-95/10514-voluntades-anticipadas-paliativos-eutanasia-quien-decide. Consultado el 11-07-2021.

Fernández Suarez, J.A.: "El Derecho a una muerte digna", en AA.VV.: *Los derechos fundamentales y libertades públicas,* vol. I, Ministerio de Justicia, Centro de Publicaciones, Madrid, 1992. Consultado el 18-08-2021.

García Aimez, J.: "Cuidados paliativos versus eutanasia: dos formas de morir, dos tratamientos jurídicos distintos", *Revista Penal México*, núm. 14.15, marzo 2018-febrero. 2019.

Martín Sánchez, I.: *Los cuidados paliativos: un estudio jurídico*, Dykinson, Madrid, 2020.

Serrano Ruiz-Calderón, J.M.: "Eutanasia y muerte ajena", *El notario del siglo XXI*, mayo-junio, núm. 73, 2017. Disponible en: https://www.elnotario.es/hemeroteca/revista-73/7669-eutanasia-y-muerte-ajena. Consultado el 14-08-2021.

Rubio Sanchiz, O. y Ventura Pascual, L.: "Limitación de soporte vital. Cuidados paliativos y final de vida en UCI", *Revista Bioética y Derecho*, núm. 48, 2020.

CAPACIDAD DE OBRAR EN PERSONAS CON DETERIORO COGNITIVO: EL PAPEL DE LOS NOTARIOS EN ESPAÑA A LA LUZ DE LA LEY 8/2021

CAPACITY TO ACT IN COGNITIVE IMPAIRMENT PEOPLE: THE ROLE OF SPANISH NOTARIES AFTER LAW 8/2021

Rev. Boliv. de Derecho Nº 34, julio 2022, ISSN: 2070-8157, pp. 44-71

Silvia DURÁN ALONSO

ARTÍCULO RECIBIDO: 18 de mayo de 2022
ARTÍCULO APROBADO: 15 de junio de 2022

RESUMEN: La Ley 8/2021, de apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica, supone la adaptación del ordenamiento jurídico español a las exigencias de la Convención de Nueva York, e implica un nuevo paradigma en cuanto al tratamiento de la discapacidad. Ello conlleva, necesariamente, un cambio de actitud por parte de los operadores jurídicos, siendo especialmente destacable el nuevo papel de los notarios, como defensores no solo de la seguridad jurídica, sino del derecho de la persona con discapacidad a actuar por sí misma.

PALABRAS CLAVE: Discapacidad intelectual; notario; consentimiento; capacidad de obrar; fe pública.

ABSTRACT: *Law 8/2021, on support for people with disabilities in the exercise of their legal capacity, involves the adaptation of the Spanish legal system to the requirements of the New York Convention, and implies a new paradigm in terms of the treatment of disability. This entails a change of attitude from legal operators. Is especially noteworthy the new role of notaries as defenders not only of legal certainty, but also of the right of the person with disabilities to act for themselves.*

KEY WORDS: *Intellectual disability; notary; consent; capacity to act; public faith.*

SUMARIO.- I. LEY 8/2021: ADAPTACIÓN AL ARTÍCULO 12 DE LA CONVENCIÓN DE NUEVA YORK DEL AÑO 2006.- 1. De la "incapacitación" a las "medidas de apoyo a las personas con discapacidad".- 2. La capacidad legal "suficiente".- II. ALCANCE DEL RESPETO A LA VOLUNTAD DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD PSÍQUICA.- 1. ¿Qué queda del principio del interés superior del discapacitado?.- 2. Control de las medidas de apoyo y respeto de la voluntad del afectado.- III. FUNCIONES DE LOS NOTARIOS ANTE LA DISCAPACIDAD INTELECTUAL.- 1. Juicio notarial de la capacidad de obrar de la persona con deterioro cognitivo.- 2. El notario como institución de apoyo en el ejercicio de su capacidad a las personas con deterioro cognitivo.- A) Intervención de notario, según el discapacitado intelectual comparezca con o sin apoyos.- B) El notario como verdadero apoyo institucional, profesional y cualificado.- IV. CONCLUSIONES.

I. LEY 8/2021: ADAPTACIÓN DEL ORDENAMIENTO ESPAÑOL AL ARTÍCULO 12 DE LA CONVENCIÓN DE NUEVA YORK DEL AÑO 2006.

1. De la "incapacitación" a las "medidas de apoyo a las personas con discapacidad".

El trastorno mental se define como "una alteración de tipo emocional, cognitivo y/o de comportamiento, en que quedan afectados procesos psicológicos básicos como son la emoción, la motivación, la cognición, la conciencia, la conducta, la percepción, la sensación, el aprendizaje, el lenguaje, etc", impidiendo, por tanto, al afectado, adaptarse adecuadamente a su entorno social, lo que da lugar a su aislamiento y consecuente estigmatización[1]. Debido a ello, tradicionalmente, en relación a las personas con discapacidad intelectual, los ordenamientos jurídicos de nuestro entorno han venido empleando un modelo protector del discapacitado "eminentemente paternalista", basado en la necesidad de sustituir la voluntad de estas personas, a la hora de adoptar decisiones que les afecten -especialmente en supuestos de discapacidad cognitiva de cierta entidad-. Este sistema encontraría su fundamento en "una concepción médica de la discapacidad"[2].

El art. 12 de la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad (en adelante, CDPD), celebrada en Nueva York el 13 de diciembre de 2006 -ratificada por España el 2 de noviembre de 2007-, rompe con ese modelo tradicional, considerado incompatible con los postulados de la propia CDPD, al girar ésta en torno al modelo social de la discapacidad, basado

1 Alonso Rodríguez, I., Serrano Arias, M. E., Valencia Corral, N. O.: "Percepción de los profesionales de salud mental: comparación España y México", en AAVV: *Pedagogía Social. Acción Social y Desarrollo,* Benemérita Universidad Autónoma de Puebla, México, 2015, p. 1322.

2 García Rubio, M. P.: "La necesaria y urgente adaptación del Código civil español al artículo 12 de la Convención de Nueva York sobre los derechos de las personas con discapacidad", *Anales de la Academia Matritense del Notariado,* Tomo 58, 2018, pp. 152-153.

• Silvia Durán Alonso
Juez Sustituta en el ámbito del TSJ de la Región de Murcia desde 2010 hasta 2018. Doctora en Derecho Civil cum laude desde 2017. A partir de septiembre de 2018, Profesora Ayudante en la Facultad de Derecho de la Universidad Católica San Antonio de Murcia, impartiendo docencia en las áreas de Derecho Civil y Derecho Procesal. https://orcid.org/0000-0002-5195-6825. Correo electrónico: sduran@ucam.edu.

en la dignidad de la persona y en los derechos que le son inherentes. Por tanto, se exige que el referido modelo tradicional, que se basaba en la sustitución de la voluntad del discapacitado, se extinga para dar paso al de apoyo a la persona con discapacidad en la toma de sus propias decisiones.

A pesar de la entrada en vigor de la Ley 26/2011 de Adaptación Normativa de la Convención Internacional sobre Derechos de las personas con Discapacidad, no es hasta la reforma introducida en el Código Civil en virtud de la Ley 8/2021[3], que se recogen las exigencias de la CDPD. Esta nueva regulación parte de la premisa de que toda persona, aún aquejada de algún tipo de discapacidad, tiene, a todos los efectos, las mismas posibilidades de actuación, es decir, la misma capacidad, no solo en cuanto a ser titular de derechos, sino también en lo que se refiere a la capacidad para ejercitarlos, y lo que pretende la reforma legal es proporcionar el apoyo necesario, a quién pudiere requerirlo, en el ejercicio de su capacidad de obrar, equiparando así a todo sujeto de derecho, tenga o no discapacidad, desde el respeto de la voluntad, deseos y preferencias de cada uno.

A tales efectos, desaparece la figura jurídica de la "incapacitación", y el Título XI del Libro Primero del Código Civil pasa a denominarse "De las medidas de apoyo a las personas con discapacidad para el ejercicio de su capacidad jurídica". Se prescinde de la figura de la incapacitación, en el entendimiento de que la capacidad es inherente a la condición de ser humano y, por ello, no puede privarse a ningún sujeto de la misma, ni modificarse[4], es decir, que tampoco puede limitarse aunque concurra una situación de discapacidad.

Ahora bien, pese a lo correcto de este cambio de paradigma, hay problemas que se siguen planteando, como el evidente de qué hacer si la discapacidad se debe a problemas de salud mental, y la persona tiene serias dificultades para expresar su voluntad, o para comprender el alcance de las distintas situaciones en las que pueda verse inmerso. La nueva regulación, según establece expresamente el Preámbulo de la Ley, parte del principio de que "las personas con discapacidad son titulares del derecho a la toma de sus propias decisiones, derecho que ha de ser respetado", y la respuesta a posibles problemas en el ejercicio de esos derechos es la adopción de determinadas medidas de apoyo, que se establecerán en los casos en que, de acuerdo con el Código Civil, sea pertinente el nombramiento de

3 Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica.

4 Así, según la propia Exposición de Motivos de la Ley, "no se trata, pues, de un mero cambio de terminología que relegue los términos tradicionales de "incapacidad" e "incapacitación" por otros más precisos y respetuosos, sino de un nuevo y más acertado enfoque de la realidad, que advierta algo que ha pasado durante mucho tiempo desapercibido: que las personas con discapacidad son titulares del derecho a la toma de sus propias decisiones, derecho que ha de ser respetado; se trata, por tanto, de una cuestión de derechos humanos. Y es que muchas limitaciones vinculadas tradicionalmente a la discapacidad no han procedido de las personas afectadas por ella, sino de su entorno: barreras físicas y jurídicas que han cercenado sus derechos y la posibilidad de su ejercicio".

curador, a través del correspondiente procedimiento judicial "sobre la adopción de medidas judiciales de apoyo a personas con discapacidad"[5].

Así pues, en caso de que una persona con problemas de salud mental tenga dificultades a la hora de regir su vida, o tomar determinadas decisiones, deberán adoptarse las medidas oportunas, a fin de proporcionarle acceso al apoyo necesario para el ejercicio de su capacidad jurídica. A este respecto, el art. 249 CC, en su nueva redacción, indica que los encargados del apoyo (curadores, guardadores, etc.) deberán actuar atendiendo a la voluntad, deseos y preferencias de la persona con discapacidad, con la "finalidad de permitir el desarrollo pleno de su personalidad y su desenvolvimiento jurídico en condiciones de igualdad". Estas medidas de apoyo[6], según el propio precepto, deberán estar inspiradas en el respeto a la dignidad de la persona, ajustándose a los principios de necesidad y proporcionalidad. Igualmente procurarán que la persona con discapacidad pueda desarrollar su propio proceso de toma de decisiones, ayudándola en su comprensión y razonamiento, y facilitando que pueda expresar sus preferencias. También fomentarán que la persona con discapacidad pueda ejercer su capacidad jurídica con menos apoyo en el futuro. En definitiva, la pretensión es la "pro-capacidad plena"[7].

Por todo ello, esta reforma del Código Civil, al adoptar la perspectiva antidiscriminatoria empleada por la CDPD, y cambiar radicalmente la posición respecto de la discapacidad mantenida hasta ahora, implica un nuevo reto a efectos de interpretar y aplicar la nueva norma. Así, los órganos judiciales, tanto nacionales como internacionales, deberán efectuar dicha interpretación y aplicación de la reforma teniendo en cuenta los principios recogidos en la CDPD, de modo que queden suficientemente garantizados los derechos que la misma reconoce a las personas con discapacidad[8].

2. La capacidad legal "suficiente".

En definitiva, y tras un largo periplo, se ha afianzado esta concepción realista de la capacidad contemplada por la CDPD, que según hemos visto, aboga por

5 Libro IV, Título I, Capítulo II, arts. 756 y ss de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 7 de enero de 2000, según la nueva redacción dada a los mismos en virtud de la Ley 8/2021.

6 Diferenciamos entre "apoyos informales" (la guarda de hecho) y "apoyos formales", que podrán llevarse a cabo a través de distintas instituciones de asistencia, bien voluntaria (poderes preventivos) o bien, en defecto de todo lo demás, judicial (a su vez, respecto a ésta, distinguimos entre aquélla de carácter general -curatela- o la fijada para determinados actos, si existen intereses contrapuestos, -defensor judicial-), Valls Xufré, J. M.: "La abolición de la incapacitación. El notario y los apoyos a la discapacidad (II)", *La Notaría,* núm. 1-2, 2020, p. 23.

7 Germán Urdiola, M. J., Fernández Iglesias, J.: *Novedades de la Ley 8/2021 para personas con problemas de salud mental*, Fórum de Entidades Aragonesas de Salud Mental, Zaragoza, 2021, pp. 16-18.

8 Carrasquero Cepeda, M.: "La definición de la discapacidad en la Unión Europea: una cuestión por resolver", en AA.VV: *El cincuentenario de los pactos internacionales de derechos humanos de la ONU. Libro homenaje a la profesora Mª. Esther Martínez Quinteiro*, Ediciones Universidad de Salamanca, Salamanca, 2018, pp. 1789.

el modelo social y de los derechos de la discapacidad, en su art. 1[9], al defender el principio de autonomía de las personas con discapacidad, para que puedan alcanzar el pleno desarrollo de su dignidad, personalidad y libertad.

Esta evolución hacia dicho modelo social de la discapacidad se ha ido produciendo de forma paulatina en nuestro ordenamiento jurídico, hasta llegar a la referida reforma introducida en virtud de la Ley 8/2021. Así, ya a través de la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de Protección Patrimonial de las Personas con Discapacidad se introdujeron en el Código Civil expresiones como "persona con discapacidad" (arts. 756, 822, 1041 CC) o "capacidad de obrar suficiente" (art. 223, párrafo segundo CC).

Ahora bien, en cuanto al reconocimiento de capacidad de obrar a favor de personas con discapacidad intelectual, hay que tener en cuenta que puede, en ocasiones, dar lugar a que éstas se vean perjudicadas por la desaparición de cierta tutela de la voluntad, puesto que es posible que queden expuestas a un abuso de confianza por parte de terceros[10]. Es por ello que debe garantizarse una manifestación libre de su voluntad por parte del discapacitado, sin influencias indebidas, y respetando y priorizando sus preferencias. Esto implica también la identificación, si existiera, de la denominada "voluntad captada o manipulada", que puede darse cuando el discapacitado intelectual se encuentra en una situación de dependencia personal o emocional respecto de otras personas[11].

Respecto al concepto de capacidad de obrar suficiente, siguiendo a García Pons[12], podemos indicar lo siguiente:

i) La capacidad de obrar del discapacitado intelectual será suficiente si, en efecto, posee lo que entendemos por "capacidad natural", que no es otra cosa que la facultad de comprender y aceptar el verdadero alcance del concreto acto que pretende realizarse, así como los beneficios o perjuicios que del mismo pudieran derivar.

9 Dicho art. 1, segundo párrafo, CDPD (conforme al cual "las personas con discapacidad incluyen a aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás") se refiere a las deficiencias de la persona en su interacción social, fijando un concepto de la discapacidad diametralmente opuesto al modelo paternalista imperante hasta entonces, y que la CDPD pretende superar.

10 Molina Pidiache, Z.: "La capacidad jurídica en la convención sobre los derechos de las personas con discapacidad: una reflexión en torno al cambio de paradigma en la doctrina clásica y el formalismo jurídico", Artículo de reflexión (para acceder a título abogado), Universidad Católica de Colombia, 2015, http://hdl.handle.net/10983/2684, p. 26.

11 Petit Sánchez, M.: "La adopción de medidas de apoyo para las personas con discapacidad", *Revista de Derecho Civil*, vol. VII, núm. 5, 2020, p. 278.

12 García Pons, A.: *Las personas con discapacidad en el ordenamiento jurídico español*, Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2008, pp. 107 y ss. En cuanto al concepto de capacidad suficiente, también puede consultarse a Gómez Taboada, J.: *Práctica notarial y Derecho civil*, Editorial Lex Nova (Thomson Reuters), Valladolid, 2012, pp. 45 y ss.

ii) Esta "capacidad natural" no es siempre la misma para toda situación, ya que dependerá del acto o negocio jurídico concreto de que se trate: no es lo mismo la adquisición de un inmueble que el otorgamiento de un préstamo con garantía hipotecaria, por ejemplo[13].

iii) Además, si estamos ante un discapacitado intelectual, debe concurrir el requisito de que el acto en cuestión le sea beneficioso, aplicando el principio de mayor interés de la persona con discapacidad -o cuanto menos, que no le cause ningún perjuicio-, y la persona discapacitada deberá estar en condiciones de entender y poder apreciar el beneficio (o perjuicio, en su caso) que podría generarle el acto o contrato en cuestión.

iv) La intervención de notarios, registradores, jueces, fiscales y demás funcionarios encargados de velar por la defensa de la legalidad contribuye a que personas con discapacidad participen en el tráfico jurídico en igualdad de condiciones que el resto de ciudadanos, ya que también deben asegurarse del cumplimiento del principio de mayor interés de dichas personas, asegurándose de que no se vean afectados por trato discriminatorio alguno. Este deber también atañe a árbitros o mediadores, aunque su participación en el negocio jurídico no sea obligatoria[14].

A este respecto, el art. 1263 CC, según su nueva redacción, no fija ninguna limitación para contratar a personas afectadas de discapacidad intelectual. En cuanto a si significa esto que no se podrá acudir al art. 1261 CC, para impugnar el contrato por falta de consentimiento, lo lógico es considerar que, si estamos ante un deterioro cognitivo de entidad suficiente como para impedir una adecuada formación de la voluntad del sujeto, debería poderse acudir a esta vía, al menos siempre que la enfermedad mental implique una ausencia total de voluntad. Ahora bien, si el grado de discapacidad presentado por la persona afectada le permite formar libremente su voluntad y expresarla de forma adecuada, aunque del acto o contrato derivaran efectos perjudiciales para el discapacitado, y aunque actúe sin apoyos, porque no le hayan sido asignados, en principio, conforme a la literalidad de la reforma y sin perjuicio de interpretaciones jurisprudenciales en sentido contrario, debería mantenerse la absoluta eficacia de su actuación.

13 En este sentido, Serrano García considera que, en cuanto a la "capacidad suficiente", el notario deberá comprobar, a la hora de valorar la capacidad, no tanto si el otorgante tiene plena capacidad, sino si realmente entiende lo que firma, sabe lo que quiere, y conoce los efectos de sus actos (Serrano García, I.: *Autotutela. El artículo 223-II del Código civil y la Convención de Nueva York sobre los derechos de las personas con discapacidad de 2006*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, pp. 70 y 71). En idéntico sentido, Sánchez Hernández, A.: "El artículo 223.2.º del Código Civil: la autotutela y su necesidad en nuestra sociedad", *RCDI,* núm. 736, marzo-abril 2013, pp. 873-877.

14 García Pons, A.: "El artículo 12 de la Convención de Nueva York de 2006 sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y su impacto en el Derecho Civil de los Estados signatarios: el caso de España", *Anuario de Derecho Civil*, tomo LXVI, fasc. I, 2013, pp. 127-131, https://www.boe.es/publicaciones/anuarios_derecho/articulo.php?lang=en&id=ANU-C-2013-10005900148.

En definitiva, si el discapacitado intelectual, sin apoyos asignados, posee capacidad suficiente para llevar a cabo un acto jurídico o contrato, éste surtirá todos sus efectos. Ahora bien, si no estuviera en condiciones, por razón de su discapacidad, de prestar un consentimiento válido y suficiente sobre el concreto acto o contrato de que se trate, podría instarse la invalidez de ese negocio jurídico[15]. La expresión y consecuente determinación de la voluntad libremente formada depende, necesariamente, de la "capacidad natural de querer y entender" de la persona discapacitada en el momento en que exterioriza dicha voluntad. Por eso, si en ese momento no goza de tal capacidad natural, el acto no será válido[16].

II. ALCANCE DEL RESPETO A LA VOLUNTAD DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD PSÍQUICA.

1. ¿Qué queda del principio del interés superior del discapacitado?

La extinguida incapacitación de personas aquejadas de deterioro cognitivo daba lugar a una privación de sus derechos civiles, ya que implicaba una declaración judicial de su carencia de capacidad, y, por ende, de voluntad para decidir sobre sí mismas (especialmente en lo relativo a cuestiones de carácter patrimonial). Esta declaración daba lugar, obviamente, a una privación de la posibilidad de ejercitar sus propios derechos que suponía, de hecho, una negación de la titularidad de los mismos. A este respecto, nuestro Tribunal Supremo ha considerado la incapacitación judicial como la muerte civil y social de la persona[17], y el propio TC (STC 174/2002) ha entendido que afecta directamente al libre desarrollo de la personalidad, así como a la dignidad de la persona y los derechos inviolables que le son inherentes (art. 10.1 CE)[18].

Desaparecida la incapacitación, en el entendimiento de que estaba fundamentada en esa "concepción paternalista" de la discapacidad, contraria a la concepción social de la misma propugnada por la CDPD, el art. 249 CC, en su nueva redacción, cuando establece los criterios que han de seguir quiénes

15 Sostienen esta postura Lora-Tamayo Rodríguez, I.: *Reforma civil y procesal para el apoyo a personas con discapacidad*, Francis Lefebvre, Madrid, 2021 p. 141; Álvarez Lata, N.: "El artículo 1302", en AAVV: *Comentarios a la Ley 8/2021 por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad*, Aranzadi Thomson Reuters, Pamplona, 2021, p. 1020; De Amunátegui Rodríguez, C.: "Capacidad negocial de las personas con discapacidad intelectual", en AAVV: *Problemática jurídica de las personas con discapacidad intelectual,* Dykinson, Madrid, 2022, p. 91.

16 Martínez De Aguirre, C.: *El tratamiento jurídico de la discapacidad psíquica: reflexiones para una reforma legal,* Aranzadi, Cizur Menor, 2014, p. 121.

17 En este sentido, STS de 6 de mayo de 2021 (Id Cendoj: 28079110012021100308), indica que "según esta concepción, durante mucho tiempo dominante, personas que adolecían de ciertas deficiencias en la esfera personal o patrimonial eran totalmente inhabilitadas para la vida social, con la correlativa anulación de sus capacidades de autodeterminación, equivalentes a su muerte civil".

18 Porxas Roig, M. A.: "Un análisis del impacto del derecho en las personas con un diagnóstico psiquiátrico: la capacidad jurídica y el sujeto de derechos reinterpretados a la luz de la convención sobre los derechos de las personas con discapacidad", *Revista de Derecho Político,* UNED, núm. 103, septiembre-diciembre 2018, p. 365.

ejerciten medidas de apoyo de personas con discapacidad, a la hora de ayudarles en la toma de decisiones, hace referencia a los "deseos" del discapacitado, pero prescinde de "los derechos" del mismo a los que, sin embargo, sí se refiere de forma preferente el art. 12.4 CDPD[19], siendo éste último, es decir, el que toma en cuenta, principalmente, los derechos del discapacitado, un criterio más objetivo y, es posible que más idóneo, habida cuenta que prevalecerían los derechos del discapacitado frente a los deseos de éste, que pueden verse afectados por posibles manipulaciones de terceros. De hecho, como veremos, pese a que la reforma no haga referencia al mismo, debemos entender que el criterio del mejor interés de la persona con discapacidad debe subsistir en algunos casos, sin que deba éste "contraponerse a la voluntad, deseos y preferencias, como si fuera algo muy distinto"[20].

Esta opción de nuestro legislador está guiada por los criterios del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (en adelante, el Comité), que es el que se ha manifestado a favor de que quiénes actúen en calidad de apoyo de una persona con discapacidad, deberán actuar conforme a las preferencias y deseos de ésta. Dicho Comité es el órgano de garantía de la CDPD, y lo componen expertos independientes encargados de controlar su aplicación. La reforma introducida por la Ley 8/2021 en nuestro Código Civil aplica incuestionablemente los dictámenes de este Comité, que atribuye al derecho a decidir de la persona con discapacidad un carácter absoluto, ya que abarcaría un derecho a asumir riesgos y cometer sus propios errores (lo que se conoce como "el derecho a equivocarse del enfermo mental"). En consecuencia, se prescinde del criterio del "interés objetivo" del discapacitado, y se sustituye por su "interés subjetivo", es decir, aquel presidido por los deseos y propia voluntad de aquél.

Esta postura del Comité ha sido criticada por entenderla excesivamente extrema, ya que una aplicación tal literal del principio del interés subjetivo puede no resultar beneficiosa para personas con deterioro cognitivo, en ocasiones especialmente vulnerables[21]. En cuanto a la postura de nuestros tribunales,

19 Establece, concretamente, le precepto que "los Estados Partes asegurarán que en todas las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica se proporcionen salvaguardias adecuadas y efectivas para impedir los abusos de conformidad con el derecho internacional en materia de derechos humanos. Esas salvaguardias asegurarán que las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica respeten los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona, que no haya conflicto de intereses ni influencia indebida, que sean proporcionales y adaptadas a las circunstancias de la persona, que se apliquen en el plazo más corto posible y que estén sujetas a exámenes periódicos por parte de una autoridad o un órgano judicial competente, independiente e imparcial. Las salvaguardias serán proporcionales al grado en que dichas medidas afecten a los derechos e intereses de las personas".

20 Sancho Gargallo, I.: "La «voluntad, deseos y preferencias» de la persona con discapacidad", en AAVV: *Problemática jurídica de las personas con discapacidad intelectual*, Dykinson, Madrid, 2022, p. 15.

21 Según Alemany [Alemany, M.: "Igualdad y diferencia en relación con las personas con discapacidad. (Una crítica a la Observación n.ª (2014) del Comité (UN) de los derechos de las personas con discapacidad)", *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, núm. 52, 2018, p. 219], el Comité actúa bajo un principio de "antipaternalismo radical", que realmente sacrifica los intereses discapacitados intelectuales en aras del respeto a la libertad, si bien, con ello, realmente, puede conseguirse el efecto contrario, es decir, facilitar

mientras que el Tribunal Constitucional se ha pronunciado en sentido opuesto al carácter vinculante de las Observaciones del Comité, el Tribunal Supremo es menos tajante en su postura[22]. Asimismo, gran parte de la doctrina[23] se muestra conforme con dicho carácter no vinculante de que las observaciones y dictámenes de los Comités, si bien ello no supone que no se les reconozcan efectos jurídicos, ya que sí cuentan con un indudable valor interpretativo del alcance y contenido efectivo de los derechos que reconoce la CDPD, conforme al Protocolo facultativo de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, que tampoco refleja la existencia de ese carácter vinculante[24].

En cualquier caso, a pesar de que, según se ha expuesto, los criterios del Comité no son vinculantes, lo cierto es que la reforma introducida por la Ley 8/2021 sigue, sin fisuras, los postulados del mismo, lo que implica cierto riesgo, en especial cuando estamos ante un supuesto de persona aquejada de discapacidad intelectual de cierta entidad, ya que, en estos casos, tal respeto absoluto de su voluntad puede, en la práctica, dar lugar a que se vean mermados los propios

una desigualdad "de facto". En contra, hay autores que defienden la incompatibilidad entre los criterios de la voluntad de la persona y el mejor interés de la misma y otorgan, a este respecto, preferencia al primero. Así, García Rubio defiende el principio de la autonomía individual de la persona con discapacidad, que necesariamente implica la posibilidad de actuar libremente. Por ello, critica el sistema de sustitución en la toma de sus propias decisiones, basado en el criterio del mejor interés del discapacitado, y aboga por el sistema de apoyos a la persona en la adopción de dichas decisiones (García Rubio, M. P.: "La esperada nueva regulación de la capacidad jurídica en el Código civil español a la luz del artículo 12 de la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad, de 13 de diciembre de 2006", en AA.VV.: *Propostas de modernización do dereito*, Campus na nube, Santiago de Compostela, 2017, p. 12).

22 Así, el Tribunal Constitucional es contrario a dicho valor vinculante en su Sentencia 70/2002, de 7 de abril, conforme a la cual "las observaciones que en forma de Dictámenes emite el Comité no son resoluciones judiciales, puesto que el Comité no tiene facultades jurisdiccionales y sus Dictámenes no pueden constituir la interpretación auténtica del Pacto, dado que, en ningún momento, ni el Pacto ni el Protocolo Facultativo le otorgan tal competencia". Por su parte, el Tribunal Supremo, en su sentencia de 17 de julio de 2018 (Id Cendoj: 28079130042018100347), resuelve que "aunque ni La Convención ni el Protocolo regulan el carácter ejecutivo de los Dictámenes del Comité, no puede dudarse que tendrán carácter vinculante/obligatorio para el Estado parte que reconoció la Convención y El Protocolo, pues el artículo 24 de La Convención dispone que los Estados partes se comprometen a adoptar todas las medidas necesarias en el ámbito nacional para conseguir la plena realización de los derechos reconocidos en la presente Convención". Si bien, matiza su postura en la STS de 12 de febrero de 2020 (Id Cendoj: 28079160612020100001), donde establece que "resulta conveniente añadir que no procede equiparar las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos con las recomendaciones o dictámenes de los distintos Comités de las variadas organizaciones internacionales que se pronuncian sobre el cumplimiento de las obligaciones asumidas por España en materia de derechos humanos. La ley española sólo atribuye a las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, y en determinadas condiciones, la condición de título habilitante para un recurso de re-visión contra una resolución judicial firme". No existe, en consecuencia, uniformidad de criterios, y habrá que esperar para que el Tribunal Supremo determine su postura al respecto.

23 Cavalcante refiere "el carácter no vinculante de las observaciones generales", destacando que los Estados partes no están obligados a cumplirlas y, por tanto, las cuestiones desarrolladas por dichas observaciones no tienen el mismo alcance jurídico que si estuvieran recogidas en la convención (Cavalcante Carvalho, A. M.: "El derecho a la educación inclusiva en España: la importancia del informe de la investigación realizada por el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad", *Papeles el tiempo de los derechos,* núm. 2, 2019 https://redtiempodelosderechos.files.wordpress.com/2019/01/derecho-educacion-inclusiva-2-19.pdf, p. 11). Asimismo, Trömel destaca que el carácter vinculante de las observaciones generales es cuestionado por numerosos Estados Miembros (Trömel, S.: "Hacia un Derecho Internacional de la discapacidad", en AAVV: *Hacia un Derecho de la Discapacidad. Estudios en homenaje al Profesor Rafael de Lorenzo*, pp. 1059-1075, Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona).

24 Dicho Protocolo facultativo de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad consta publicado en el BOE 22 de abril de 2008 (https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2008-6996).

derechos que se intentan proteger. Y es que la reforma, en su nueva redacción del art. 249 CC, ha prescindido del criterio del "interés superior de la persona discapacitada", incluso cuando "pese a haberse hecho un esfuerzo considerable, no sea posible determinar la voluntad y las preferencias de una persona", ya que, en tales supuestos, quien desempeñe las funciones de apoyo lo que deberá tener en cuenta es "la trayectoria vital" del discapacitado, "sus creencias y valores", así como otros factores, de forma que la decisión finalmente adoptada fuera, si no la misma, la más parecida a la que hubiera elegido el discapacitado intelectual, de estar en condiciones de hacerlo[25].

Ahora bien, lo cierto es que, en realidad, la CDPD en ningún momento prescinde de dicho interés superior. Pese a ello, el Comité señala, en sus recomendaciones, que "la persona debe tener derecho a rechazar el apoyo y poner fin a la relación de apoyo o cambiarla en cualquier momento"[26], incluyendo "el derecho a asumir riesgos y a cometer errores"[27] (es decir, el mencionado "derecho a equivocarse del enfermo mental"). Esto entraña peligros que no pueden obviarse, ya que una decisión objetivamente poco acertada o incluso muy perjudicial para la persona afectada en un entorno social en el que, *de facto*, la enfermedad mental es la gran olvidada, las consecuencias de dicha decisión perjudicarán no solo al propio discapacitado intelectual, sino también, e inevitablemente, a su entorno familiar, que la mayoría de las veces es su único apoyo, poniendo a todos ellos, innecesariamente, en una situación complicada. Y es que España es uno de los países de nuestro entorno que destina menos aportes económicos a la salud mental en particular y a la protección social de las personas afectadas por un deterioro cognitivo, en general, lo que ha dado lugar a que la asistencia a las personas con discapacidad intelectual recaiga sobre familiares o allegados, que desempeñan tales funciones, normalmente, sin los apoyos públicos imprescindibles[28].

No se está cuestionando que las personas afectadas por un deterioro cognitivo puedan y, en efecto, deban, tomar decisiones conforme a su "voluntad, deseos y preferencias". Si bien, tampoco podemos obviar que el espectro de afecciones mentales que pueden dar lugar a una situación de discapacidad intelectual es amplísimo, y existen patologías mentales graves cuyos síntomas pueden complicar, sino impedir, la libre adopción de decisiones debidamente

25 Munar Bernat, P. A.: "Notas sobre algunos principios y las últimas novedades del Anteproyecto", en AAVV: *Principios y preceptos de la reforma legal de la discapacidad. El Derecho en el umbral de la política*, Marcial Pons, Madrid, 2021, p. 183, considera "cuando menos, atrevida" esta eliminación que ha hecho el legislador de toda referencia al interés de la persona con discapacidad.

26 Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, 11° período de sesiones, 30 de marzo a 11 de abril de 2014, https://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/CRPD/GC/DGCArticle12_sp.doc.

27 Observación general N° 1 (2014) del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, http://www.convenciondiscapacidad.es/wp-content/uploads/2019/01/Observaci%C3%B3n-1-Art%C3%ADculo-12-Capacidad-jur%C3%ADdica.pdf.

28 Casal Álvarez, J. C.: "Derechos y participación de las personas con diversidad mental", *Cuadernos de trabajo social*, Vol. 23, 2010, p. 307.

sopesadas. Por ello, no parece la solución más adecuada este respeto sin fisuras a la voluntad del discapacitado intelectual, sin barajar más opciones, ya que, diga lo que diga la literalidad del precepto, si fuera necesario acudir a medidas de apoyo con funciones representativas -que permite el art. 249 CC- no siempre podrá quien ejercite ese apoyo tener en cuenta "la trayectoria vital de la persona con discapacidad, sus creencias y valores, así como los factores que ella hubiera tomado en consideración, con el fin de tomar la decisión que habría adoptado la persona en caso de no requerir representación"[29]. Y es que, en algunos casos, habrá que estar, necesariamente, a la aplicación del interés superior objetivo del discapacitado intelectual, no proscrito por la CDPD. En cualquier caso, habrá que esperar a las resoluciones que, al respecto, adopten nuestros tribunales, a la hora de interpretar y aplicar el contenido de la reciente reforma[30].

De hecho, nuestro Tribunal Supremo ya ha tenido ocasión de pronunciarse al respecto, en su STS 589/2021, de 8 de septiembre[31], mostrándose favorable a atender con carácter preferente a dicho interés superior del discapacitado en los supuestos en los que, atendidas las circunstancias concurrentes, sea necesario. En la referida resolución, nuestro TS acuerda la adopción de una medida de apoyo, aún en contra de la voluntad del afectado. Así, el TS, al analizar el contenido de la norma, cuando establece la necesidad de atender en todo caso a la voluntad, deseos y preferencias del afectado, indica que "el empleo del verbo «atender», seguido de «en todo caso», subraya que el juzgado no puede dejar de recabar y tener en cuenta (siempre y en la medida que sea posible) la voluntad de la persona con discapacidad destinataria de los apoyos, así como sus deseos y preferencias, pero no determina que haya que seguir siempre el dictado de la voluntad, deseos y preferencias manifestados por el afectado. El texto legal emplea un término polisémico que comprende, en lo que ahora interesa, un doble significado, el de «tener en cuenta o en consideración algo» y no solo el de «satisfacer un deseo, ruego o mandato». Si bien, ordinariamente, atender al querer y parecer del interesado supone dar cumplimiento a él, en algún caso, como ocurre en el que

29 Esta voluntad "supuesta" es calificada por Sancho Gargallo como "uno de los puntos más débiles de la reforma", ya que, según razona, es necesario que la persona pueda manifestar su voluntad para que ésta tenga efecto vinculante; además, debe ser una voluntad libre, carente de vicio. De lo contrario, se crea una ficción legal, atribuyendo la capacidad de decidir a un tercero, como si del discapacitado se tratase, sin tomar en consideración que la discapacidad intelectual puede dar lugar a situaciones de dependencia del guardador, favoreciendo el abuso por parte de éste de su posición -lo define el autor como "voluntad cautiva"- (Sancho Gargallo, I.: "La «voluntad, deseos y preferencias», cit., pp. 13-14).

30 En el sentido de que la necesidad de considerar las creencias, valores o trayectoria vital de una persona no es incompatible con que se tenga en cuenta, igualmente, el interés de esta persona para formar esa voluntad presunta, Petit Sánchez, M.: "Consideración del interés de la persona -con o sin discapacidad- como necesaria y auténtica protección legal en la determinación de sus medidas de apoyo", en AAVV: *Problemática jurídica de las personas con discapacidad intelectual*, Dykinson, Madrid, 2022, p. 52. Si bien, Pau Pedrón, A.: "De la incapacitación al apoyo: el nuevo régimen de la discapacidad intelectual en el Código Civil", *Revista de Derecho Civil*, vol. V, núm. 3, julio-septiembre 2018, p. 11, entiende que solo cuando la persona afectada no pueda expresar su voluntad, ni pueda ésta reconstruirse, entraría en juego el criterio del mayor interés del discapacitado.

31 Id Cendoj: 28079119912021100017.

es objeto de recurso, puede que no sea así, si existe una causa que lo justifique. El tribunal es consciente de que no cabe precisar de antemano en qué casos estará justificado, pues hay que atender a las singularidades de cada caso. Y el presente, objeto de recurso, es muy significativo, pues la voluntad contraria del interesado, como ocurre con frecuencia en algunos trastornos psíquicos y mentales, es consecuencia del propio trastorno que lleva asociado la falta de conciencia de enfermedad''[32].

2. Control de las medidas de apoyo y respeto de la voluntad del afectado.

En el mismo orden de cosas, encontramos otra cuestión controvertida, tal es si el discapacitado puede, o no, rechazar el apoyo, puesto que tal posibilidad no ha sido recogida expresamente en la reforma introducida por la Ley 8/2021; en principio, parece que las medidas de apoyo podrían fijarse, aún en contra de la voluntad del afectado -y por tanto, abundando en la premisa, atendiendo a un interés superior de éste-, toda vez que él será parte en el procedimiento judicial dirigido al establecimiento de dichas medidas, y será oído durante el mismo. De hecho, la STS de 8 se septiembre de 2021, antes citada, se pronuncia en este sentido.

Así pues, si el discapacitado intelectual no acordara apoyos preventivamente o los rechazara cuando fueran necesarios, si estamos ante un interés necesitado de protección, legalmente existen mecanismos judiciales para establecer un adecuado régimen de asistencia. Este interés objetivo necesitado de protección no tiene porqué referirse únicamente a la persona del discapacitado, sino que puede ser relativo a terceras personas (normalmente parientes directos que se encuentran ante el deber moral de intentar proteger al discapacitado que se ha negado a recibir el apoyo), ya que las decisiones de la persona afectada pueden implicar perjuicios económicos, o de otro tipo, para todos los interesados[33].

A este respecto, encontramos que también se ha pronunciado el Comité[34], en el sentido de atribuir al discapacitado la posibilidad de rechazar los apoyos, aunque no diga nada al respecto la CDPD (pese a que podía haberlo referido expresamente). Y es que, aunque, en efecto, a la hora de favorecer la autodeterminación de las personas con discapacidad intelectual, indudablemente debemos regirnos por el principio del libre desarrollo de la personalidad de

32 Continúa la resolución precisando que en aquellos casos "en que existe una clara necesidad asistencial cuya ausencia está provocando un grave deterioro personal", estaría perfectamente justificada "la adopción de las medidas asistenciales (proporcionadas a las necesidades y respetando la máxima autonomía de la persona), aun en contra de la voluntad del interesado, porque se entiende que el trastorno que provoca la situación de necesidad impide que esa persona tenga una conciencia clara de su situación".

33 Petit Sánchez, M.: "La adopción de medidas", cit., p. 307.

34 Observación general Nº 1 (2014), punto 29 g), "la persona debe tener derecho a rechazar el apoyo y a poner fin a la relación de apoyo o cambiarla en cualquier momento".

las mismas (art. 10 CE), no podemos obviar el principio de protección a tales personas con discapacidad, que también recoge el art. 49 CE, debiendo encontrar entre ambos un adecuado equilibrio para ni caer en un proteccionismo excesivo, ni tampoco insuficiente, ya que éste último perjudica tanto al discapacitado como el primero[35]. En consecuencia, todo dependerá, en primer lugar, de si los apoyos se han establecido voluntariamente por el discapaz, o si, por el contrario, se han establecido judicialmente, y de si el afectado presenta capacidad de hecho suficiente, aún sin apoyos, para celebrar el concreto negocio jurídico de que se trate -volveremos sobre esta cuestión al hablar sobre la función de apoyo de los notarios-.

A estos efectos, la reforma de 2021 ha modificado también la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de discapacidad, para asegurar un control judicial que garantice la fijación de los apoyos adecuados, así como que la persona que presta el apoyo respeta la voluntad del discapacitado, ya que tanto el Juez como el propio Ministerio Fiscal deben actuar desde el respeto a la voluntad, deseos y preferencias de la persona con discapacidad. Así, la nueva regulación establece el cauce de la jurisdicción voluntaria, con la participación activa del afectado. Si existiera oposición al establecimiento de los correspondientes apoyos, pasaríamos de un procedimiento de jurisdicción voluntaria a uno contradictorio[36]. En cualquier caso, si es el discapacitado el que se opone al apoyo, a la hora de decidir si procede o no otorgárselo, deberán tenerse en cuenta sus particulares circunstancias personales y las de la formación de esa voluntad, el carácter racional de su decisión, si concurre esa "capacidad natural o suficiente" a la que ya nos hemos referido, todo ello sin prescindir del mejor interés de la persona a la que van dirigidos los apoyos[37].

En cuanto a la posibilidad de que esas medidas de apoyo establecidas sean, de alguna forma, controladas, para garantizar su adecuado funcionamiento, la reforma permite al juez adoptar las medidas de control que estime oportunas para evitar abusos o conflictos de intereses por parte de la persona que ejercite el apoyo, así como una posible influencia o manipulación de la voluntad del discapacitado, controles que pueden fijarse en el mismo momento de acordar los apoyos, o en una resolución posterior. Uno de los controles que se prevén es, precisamente,

35 Martínez De Aguirre Aldaz, C.: *El tratamiento jurídico de la discapacidad psíquica: reflexiones para una reforma legal*, Aranzadi, Cizur Menor, 2014, p. 50.

36 Conforme al art. 42.bis.b).5 Ley de Jurisdicción Voluntaria, "la oposición de la persona con discapacidad a cualquier tipo de apoyo, la oposición del Ministerio Fiscal o la oposición de cualquiera de los interesados en la adopción de las medidas de apoyo solicitadas pondrá fin al expediente, sin perjuicio de que la autoridad judicial pueda adoptar provisionalmente las medidas de apoyo de aquella o de su patrimonio que considere convenientes. Dichas medidas podrán mantenerse por un plazo máximo de treinta días, siempre que con anterioridad no se haya presentado la correspondiente demanda de adopción de medidas de apoyo en juicio contencioso".

37 *Ibidem*.

la revisión de esos apoyos establecidos, a fin de garantizar su proporcionalidad, necesidad y adecuado funcionamiento[38].

III. FUNCIONES DE LOS NOTARIOS ANTE LA DISCAPACIDAD INTELECTUAL.

1. Juicio notarial de la capacidad de obrar de la persona con deterioro cognitivo.

Según hemos visto, frente al sistema anterior a la Ley 8/2021, la regulación introducida por dicha reforma supera la concepción de la discapacidad fundada en la sustitución de la voluntad y apuesta por el libre ejercicio de su capacidad de obrar por el discapacitado, fijando un sistema de apoyos, para el caso de ser necesario. Esto significa que el afectado por una discapacidad intelectual puede otorgar una escritura pública, no solo para fijar sus propias medidas de apoyo, en caso de que lo estimara oportuno, sino también para llevar a cabo cualquier otro acto o negocio jurídico. Y a estos efectos, según veremos, la reforma introducida por la Ley 8/2021 amplía el ámbito de actuación de los notarios, ya que deben apoyar al discapacitado, para que éste pueda expresar adecuadamente su voluntad, si bien, también deben efectuar un juicio previo sobre la capacidad natural o de hecho del otorgante, para verificar que esa capacidad es, además, suficiente y conoce el alcance del negocio celebrado.

La formación de juicio sobre la capacidad de obrar es una parte importante la función notarial. A este respecto, según el art. 17 *bis* 2 II a) de la Ley del Notariado (en adelante, LN), el notario debe dar fe de que "a su juicio tienen capacidad y, de que el consentimiento ha sido libremente prestado y de que el otorgamiento se adecua a la legalidad y a la voluntad debidamente informada de los otorgantes o intervinientes". Tal juicio es de carácter proactivo, ya que implica cierta actividad de información y asesoramiento, para que el discapacitado pueda emitir un verdadero consentimiento informado[39].

El notario, por tanto, tiene la obligación de asegurarse de si el discapacitado intelectual está actuando libre y voluntariamente, y si tiene, en el momento preciso del otorgamiento, capacidad bastante para llevar a cabo el concreto negocio de que se trate, conforme a los arts. 25 LN y 665 CC (este último, relativo a la

38 Establece el a tal fin el art. 268 CC que "las medidas de apoyo adoptadas judicialmente serán revisadas periódicamente en un plazo máximo de tres años. No obstante, la autoridad judicial podrá, de manera excepcional y motivada, en el procedimiento de provisión o, en su caso, de modificación de apoyos, establecer un plazo de revisión superior que no podrá exceder de seis años. Sin perjuicio de lo anterior, las medidas de apoyo adoptadas judicialmente se revisarán, en todo caso, ante cualquier cambio en la situación de la persona que pueda requerir una modificación de dichas medidas".

39 La Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública también viene declarando de forma reiterada, que el referido juicio notarial sobre la capacidad negocial del otorgante es un presupuesto necesario de toda escritura pública (en este sentido, la Resolución de 16 de diciembre de 2020 señala que este juicio "expresa la consideración del notario de que concurre en el otorgante, al tiempo del otorgamiento, la suficiente capacidad de entender y querer el contenido del instrumento que está autorizando").

capacidad de otorgar testamento)[40]. Los ajustes "necesarios" o "razonables" a que se refieren ambos preceptos, para ayudar al notario a la formación de su juicio, hacen referencia de forma suficientemente amplia a la posibilidad de recabar los medios necesarios para esa tarea (como pueden ser informes de los servicios sociales, o dictámenes médicos). Una vez formado dicho juicio, autorizará la celebración del negocio, o bien la denegará, si entiende que no concurre en el afectado esa capacidad de hecho suficiente[41].

Además, a la hora de formular su juicio sobre la capacidad suficiente o de hecho del otorgante, el notario únicamente dejará de autorizar el acto por razón de la falta de dicha capacidad en el afectado por el deterioro cognitivo, si éste "no puede expresar o conformar su voluntad, ni aun con la ayuda de medios o apoyos para ello" (en este sentido, art. 663.2º CC, en sede de capacidad para testar, pero extrapolable a cualquier otro negocio jurídico), o cuando "después de haber hecho un esfuerzo considerable, no sea posible determinar su voluntad, deseos o preferencias" (art. 249, pfo. 3º CC), es decir, debemos estar ante una imposibilidad de hecho y debe ser una situación excepcional[42].

Respecto a este juicio de la capacidad de hecho por el notario (en sede testamentaria, pero podríamos entenderlo extensible, se insiste, a cualquier acto o negocio jurídico en el que deba intervenir) la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha señalado en diversas ocasiones: "a) Que la capacidad mental del testador se presume mientras no se destruya por prueba en contrario; b) Que la apreciación de esta capacidad ha de ser hecha con referencia al momento mismo del otorgamiento. c) Que la afirmación hecha por el notario de la capacidad del testador, puede ser destruida por ulteriores pruebas, demostrativas de que en el acto de testar no se hallaba el otorgante en su cabal juicio, pero requiriéndose que estas pruebas sean muy cumplidas y convincentes, ya que la aseveración notarial revista especial relevancia de certidumbre; y d) que por ser una cuestión de hecho, la relativa a la sanidad de juicio del testador, su apreciación corresponde a la Sala de instancia"[43].

40 Dispone la nueva redacción del precepto que "la persona con discapacidad podrá otorgar testamento cuando, a juicio del Notario, pueda comprender y manifestar el alcance de sus disposiciones. El Notario procurará que la persona otorgante desarrolle su propio proceso de toma de decisiones apoyándole en su comprensión y razonamiento y facilitando, con los ajustes que resulten necesarios, que pueda expresar su voluntad, deseos y preferencias", lo cual es perfectamente aplicable, además de a las disposiciones *mortis causa,* a cualquier acto o negocio jurídico celebrado por un discapacitado intelectual, que requiera otorgamiento de escritura pública.

41 Ya hemos visto que, si no concurre esa capacidad suficiente, no habrá consentimiento válido y, por tanto, conforme al art. 1261 CC, no hay contrato y, en consecuencia, no podrá autorizarse el mismo.

42 Barrio Del Olmo, C. P.: "La función notarial tras la entrada en vigor de la ley 8/2021", en AAVV: *Problemática jurídica de las personas con discapacidad intelectual*, Dykinson, Madrid, 2022, p. 20-21.

43 STS 250/2004, de 29 de marzo (Id Cendoj: 28079110012004100256), con cita de otras.

De este modo, corresponde al notario asegurarse de que en el discapacitado intelectual concurre la capacidad natural suficiente para entender los caracteres y consecuencias del negocio que se celebra, en el mismo momento del otorgamiento, teniendo siempre en cuenta que la denegación de la autorización del acto por no concurrir dicha capacidad de hecho es excepcional, para aquéllos casos en que nos encontremos ante determinadas discapacidades intelectuales profundas o severas, que priven al sujeto de toda posibilidad de discernimiento[44].

Ahora bien, lo cierto es que tal discernimiento no puede cuantificarse en términos matemáticos o absolutos, sino que habrá que estar a cada caso concreto, valorando que "la capacidad exigida debe ser la suficiente para la normal comprensión del negocio jurídico que se pretenda otorgar y sus naturales consecuencias; exigir un conocimiento profundo sería excesivo'"[45]. A este respecto, en el protocolo de actuación (en caso de comparecencia de una persona con discapacidad en una oficina o dependencia jurídica del Estado)[46] se dice que: "La calificación que haga el funcionario o profesional jurídico de la comprensión suficiente del acto por parte del titular, deberá tener en cuenta las circunstancias concretas que concurran y, en especial, las siguientes: i. La intensidad de los apoyos recibidos, pudiendo solicitar un incremento de los mismos. ii. La trascendencia económica del acto. iii. La previa consumación de las prestaciones. iv. La constitución de obligaciones futuras a cargo de la persona con discapacidad. v. La opinión de la contraparte, si la hubiera".

Por su parte, sobre este juicio notarial de la discapacidad, la Comisión Permanente del Consejo General del Notariado, en su Circular 3/2021, de 27 de septiembre, indica, a la vista de la reforma, que: "A la luz de la nueva legalidad hay que extraer dos consecuencias importantes: a) La primera es que el juicio notarial de capacidad jurídica versa sobre una situación de hecho y se caracteriza por su actualidad o coincidencia con el momento del otorgamiento. b) La segunda, que ese juicio de capacidad ha cobrado una nueva dimensión, pues supone la involucración del notario, que no es ni puede ser un mero espectador".

De ello, según la propia Comisión, se desprende que el juicio notarial de la capacidad del sujeto no es una simple presunción atacable mediante un informe médico posterior, "desconocedor de la realidad del momento y de la voluntad,

44 Pérez Gallardo, L.: "Diez interrogantes sobre el juicio notarial de capacidad: un intento de posibles respuestas. Especial referencia a las personas con discapacidad", en AAVV: *Discapacidad y Derecho civil*, Dykinson, Madrid, 2014, p. 163.

45 Lora-Tamayo Rodríguez, I.: "Comparecencia de una persona con discapacidad ante el notario", *IUS, Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla*, México, año IX, núm. 36, 2015, p. 55.

46 Informe de conclusiones sobre la convención sobre los derechos de las personas con discapacidad y el acceso a la justicia en España, elaborado por el Congreso de Expertos en Justicia y Derechos Humanos, Madrid, 2010, p. 27 https://www.notariado.org/portal/documents/176535/264697/Informe+de+conclusiones.+Expertos+Aequitas.pdf/5e449419-71e0-8081-42fd-8802fd98797a?t=1568838566984.

deseos y preferencias de la persona con discapacidad, así como del apoyo prestado por el notario", sino que para destruir dicha presunción debe ser necesario probar una imposibilidad de hecho, es decir, que en ese momento concreto, el otorgante afectado por un deterioro cognitivo no pudo expresar o conformar de forma suficiente su voluntad, ni siquiera con la intervención de los apoyos necesarios, incluyendo el prestado por el propio notario. En consecuencia, podemos concluir que el juicio notarial sobre la capacidad de hecho del sujeto afectado genera una presunción legal *iuris tantum* muy cualificada, toda vez que el apoyo notarial es una vía para el ejercicio la propia capacidad jurídica, íntimamente vinculado a la dignidad de la persona, recogida en el art. 10 CE.

En definitiva, y como refiere Lora-Tamayo[47], "el juicio del notario no recae sobre la capacidad de la persona sino sobre su aptitud para el ejercicio de su capacidad jurídica en el momento del otorgamiento, por si sola, o, con los apoyos pertinentes". Por eso, y como se acaba de indicar, no cabría alegar con posterioridad una discapacidad intelectual del otorgante, ya que la capacidad valorada notarialmente se refiere a un momento preciso, y la referida presunción de validez del juicio del notario "solo podrá destruirse demostrando que en ese momento del otorgamiento la persona debidamente asistida no pudo emitir su consentimiento válidamente".

2. El notario como institución de apoyo en el ejercicio de su capacidad a las personas con deterioro cognitivo.

A) Intervención de notario, según el discapacitado intelectual comparezca con o sin apoyos.

El apoyo del notario a la persona con discapacidad, conforme a los arts. 1 y 147 del Reglamento Notarial, deriva de su doble carácter de fedatario público y profesional del Derecho, que como tal, puede asesorar a quiénes soliciten su servicio. Si, además, el otorgante es una persona afectada por un deterioro cognitivo, tales funciones se intensifican, puesto que, como hemos adelantado, también es función del notario, en estos casos, la de prestar apoyo. Y es que la Ley 8/2021 ha atribuido al notario un papel adicional de apoyo profesional y, por tanto, cualificado, al discapacitado, con el consiguiente incremento de sus funciones[48].

Una vez que el notario decide que el otorgante tiene capacidad suficiente para entender el alcance y consecuencias del negocio jurídico, su intervención diferirá según el discapacitado concurra con o sin apoyos:

47 Lora-Tamayo Rodríguez, I.: "El apoyo notarial a la persona discapacitada en la Ley que reforma los preceptos del Código Civil relativos al ejercicio de su capacidad jurídica", *El notario del siglo XXI. Revista del Colegio Notarial de Madrid,* núm. 97, 2021, p. 41.

48 Germán Urdiola, M. J., Fernández Iglesias, J.: *Novedades de la Ley 8/2021*, cit. p. 24.

a) Si no tuviera apoyos o hubiera comparecido sin ellos, el notario puede, en primer lugar, informarle sobre los apoyos voluntarios o necesarios que podría emplear, además de la propia actuación notarial (ya que el discapacitado puede otorgar escritura pública, con asesoramiento del notario, fijando para sí medidas de apoyo para llevar a cabo el acto de que se trate, según se desprende del art. 255 CC).

En relación con esta ausencia de apoyos y respecto a determinadas actuaciones testamentarias (declaración de herederos abintestato y adveración de testamento cerrado u ológrafo), el Notario deberá comunicar esta circunstancia al Ministerio Fiscal para que inste la designación de defensor judicial, conforme a los arts. 56, 57 y 62 LN.

En cualquier otro caso, si no comparecen apoyos, el notario deberá indagar en la voluntad real del otorgante, que puede ser errónea o no informada, por desconocimiento de la ley aplicable, por ejemplo; o también poco previsora, sin considerar las consecuencias reales del negocio jurídico[49]. A tales efectos, el notario adoptará el rol de medida de apoyo del discapacitado intelectual. Para evitar impugnaciones ulteriores, debe hacer constar en la escritura que el compareciente padece un deterioro cognitivo –indicando si se lo ha manifestado o lo ha percibido por sí mismo-, ya que, si se deja constancia, impide que posteriormente se alegue que el notario no detectó esa discapacidad. Además, debería precisar que prestó el correspondiente apoyo al otorgante, facilitándole una información adecuada y ayudándolo en su comprensión, así como en la toma de decisiones conforme a su voluntad y preferencias[50].

b) Si quien comparece ante el notario sí cuenta con medidas de apoyo, tanto el discapacitado como quién le asiste deberán aparecer en la escritura, y el notario debe hacer constar la intervención del apoyo en el concreto acto de que se trate y el título en virtud del cual interviene como apoyo, Ahora bien, el consentimiento debe prestarlo exclusivamente el discapacitado intelectual, de forma individual, ya que el asistente no complementa el consentimiento de aquél, ni presta su propio consentimiento[51].

Si la persona ha acudido al notario con apoyos, es necesario distinguir si son voluntarios o judiciales. Si son voluntarios, el notario autorizará el negocio jurídico si, una vez valorados dichos apoyos, entiende que son idóneos y suficientes para el acto concreto de que se trate. Ahora bien, si el afectado posee capacidad natural, podría modificar esos apoyos, o renunciar a los mismos en escritura

49 Rodríguez Adrados, A.: "Jurisdicción civil y Notariado", *Revista Jurídica del Notariado*, núm. 51, julio-septiembre 2004, p. 198.

50 Lora-Tamayo Rodríguez, I.: "El apoyo notarial", cit., p. 42.

51 *Ibidem*.

pública, con fundamento en el art. 255 CC, conforme al cual cualquier persona, ante circunstancias que le dificulten el ejercicio de su capacidad, puede acordar en escritura pública medidas de apoyo. Así, con tales medidas, la persona pretende ampliar su capacidad ante la falta de ésta. Por eso, *a sensu contrario*, si tal persona con deterioro cognitivo tiene capacidad natural suficiente para otorgar el negocio, y la misma ha sido apreciada por el notario, no debería ser necesario emplear el apoyo que ella designó y que ahora no entiende necesario. Lo esencial, en cualquier caso, es que el discapacitado intelectual pueda en ese instante concreto otorgar libre y voluntariamente el negocio y, en consecuencia, ejercitar su capacidad jurídica.

Si, por el contrario, el notario considerara que los apoyos voluntarios designados por el discapacitado intelectual no fueran bastantes para el concreto negocio jurídico que se va a otorgar, aconsejará el cambio de esos apoyos, para poder autorizar la escritura.

Pero si las medidas de apoyo designadas son judiciales, en este caso el notario debe garantizar su cumplimiento, en atención a la resolución en que hubieran sido acordadas (sentencia, en caso de proceso contencioso, o auto en caso de jurisdicción voluntaria), asegurándose de que la asistencia prestada es conforme al contenido de dicha resolución. En este caso, el notario no podrá autorizar el otorgamiento del acto si se prescinde de los apoyos, aunque insistiera en renunciar a ellos o se negara a emplearlos la persona discapacitada. Ahora bien, es posible que el notario recomiende la modificación de los apoyos adoptados, ya que puede haberse producido un cambio en la situación del discapacitado que así lo requiera[52].

B) El notario como verdadero apoyo institucional, profesional y cualificado.

En aquellos casos en que una persona con discapacidad intelectual pretende llevar a cabo un acto o negocio jurídico, la intervención de la medida de apoyo no implica únicamente una asistencia para suscribir tal acto o negocio, sino que el apoyo debe ir dirigido a ayudar a que el afectado por la medida pueda manifestar su consentimiento en las mismas condiciones que cualquier otra persona. Así, según se desprende del art. 249 CC, la función de aquellas personas que prestan este tipo de apoyo, incluyendo al propio notario, no es realmente que el negocio jurídico se celebre de la mejor manera, sino que el discapacitado intelectual otorgue ese contrato siguiendo sus propios deseos y preferencias, expresando su propia voluntad y, por tanto, evitando influencias externas indebidas, consecuencia todo ello de un proceso individual de toma de decisiones, y a estos efectos, la función del apoyo es informar al discapacitado y ayudarlo en sus razonamientos, para que pueda expresar libremente sus preferencias.

52 Barrio Del Olmo, C. P. "La función notarial", cit., p. 22.

Así, el notario lleva a cabo su función: 1º. Apoyando al discapacitado en el establecimiento voluntario de medidas de apoyo, que deberán constar en escritura pública. 2º. Apoyándolo también y, por tanto, asesorándolo, en aquellos negocios jurídicos cuyo otorgamiento solicite –especialmente si el discapacitado comparece sin apoyos y el notario estima que, con el suyo propio, es suficiente-. 3º. Controlando que, en dichos otorgamientos, el afectado está en condiciones de ejercitar su capacidad por sí mismo, con el solo apoyo institucional, o con los apoyos que presente[53].

En este sentido, la Ley 8/2021 viene a reconocer una labor que, en cierto modo, ya era desempeñada con anterioridad a la reforma por los notarios en muchas ocasiones, considerándolos como un verdadero apoyo de carácter profesional e institucional. Así se deduce, por ejemplo, del art. 665 CC (v. nota 40), en relación a la capacidad para testar, pero perfectamente aplicable, como ya se ha indicado, a otros negocios jurídicos, o también de la disposición transitoria tercera, párrafo tercero, de la Ley 8/2021, cuando indica que si el otorgante quisiera modificar poderes o mandatos preventivos que hubieran sido otorgados antes de la entrada en vigor de la reforma, "el Notario, en el cumplimiento de sus funciones, si fuera necesario, habrá de procurar que aquella desarrolle su propio proceso de toma de decisiones ayudándole en su comprensión y razonamiento y facilitando que pueda expresar su voluntad, deseos y preferencias".

El notario debe, por tanto, asegurarse de que el discapacitado intelectual toma sus propias decisiones, y para ello, le informará y asesorará, facilitándole tanto la comprensión del acto, como la exteriorización por el afectado de sus propias preferencias. Además, debe comprobar que la persona puede otorgar el concreto negocio de que se trate, únicamente con su apoyo institucional. Si no fuera bastante dicho apoyo, deberá poner en conocimiento del otorgante que, para poder autorizar el acto, es necesaria otro tipo de ayuda, a efectos de que comprenda el alcance del negocio jurídico o de que forme o exprese su decisión.

Es decir, el fedatario público tiene la particular función de asesorar y aconsejar, a la que se reconoce una especial transcendencia en las personas con discapacidad intelectual. Este proceso de apoyo y asesoramiento implica facilitar los ajustes razonables necesarios para que el discapacitado pueda acceder al otorgamiento de un acto o contrato en igualdad de condiciones respecto de cualquier persona. Estos ajustes pueden ser los "apoyos instrumentales" que enumera el art. 25 LN[54],

53 Lora-Tamayo Rodríguez, I.: "El apoyo notarial", cit., p. 43.

54 "Para garantizar la accesibilidad de las personas con discapacidad que comparezcan ante Notario, estas podrán utilizar los apoyos, instrumentos y ajustes razonables que resulten precisos, incluyendo sistemas aumentativos y alternativos, braille, lectura fácil, pictogramas, dispositivos multimedia de fácil acceso, intérpretes, sistemas de apoyos a la comunicación oral, lengua de signos, lenguaje dactilológico, sistemas de comunicación táctil y otros dispositivos que permitan la comunicación, así como cualquier otro que resulte preciso".

a modo de lista abierta, y que normalmente no entrañan mayor dificultad en casos de discapacidad física o sensorial; ahora bien, cuando estamos ante un deterioro cognitivo, es más difícil determinar cuándo una persona presenta realmente problemas de decisión, y de qué entidad son los mismos. Para resolver éstos, la persona con discapacidad puede aportar los medios que considere oportunos, pero si son apoyos humanos –que, en caso de deterioro cognitivo, es lo más frecuente-, si existe sospecha de conflicto de intereses, el notario deberá restringir la participación de tal persona, aunque podrá intervenir él mismo como apoyo o facilitar otros ajustes que se estimen necesarios.

Considerando la importancia que la ley atribuye a la función notarial en la articulación de las medidas de apoyo, el tradicional juicio notarial de capacidad debe ir acompañado de una búsqueda proactiva de la accesibilidad del discapacitado intelectual a su propia participación en el otorgamiento del negocio jurídico, contribuyendo el mismo fedatario en determinar esa voluntad, deseos y preferencias del discapacitado con los apoyos precisos, incluso el suyo propio[55].

En definitiva, el notario es el funcionario elegido por nuestro ordenamiento jurídico para asegurar que, en un determinado momento, el discapacitado intelectual está en condiciones de otorgar un concreto negocio jurídico, es decir, de valorar tiene capacidad de hecho suficiente para ello teniendo en cuenta la situación de hecho, y los apoyos empleados, incluido el institucional y cualificado del fedatario público[56].

IV. CONCLUSIONES.

La Ley 8/2021 introduce un nuevo sistema respecto al ejercicio de su propia capacidad por parte de las personas con discapacidad intelectual, basado en el respeto a su voluntad y preferencias, que implica que ellas mismas serán las encargadas de adoptar sus propias decisiones. Este nuevo modelo establece como eje central para que estas personas lleven a cabo un acto o negocio jurídico, la intervención, si fuera necesario, de un apoyo personal o institucional a favor del discapacitado intelectual, para paliar sus posibles dificultades a la hora de otorgar ese acto o contrato, tomando siempre como guía la voluntad expresada por el afectado.

Los apoyos del discapacitado intelectual deben tomar como referencia, en primer lugar y siempre que sea posible, la voluntad y preferencias de aquél. Ahora bien, esto no implica que el criterio del interés superior de la persona discapacitada no deba ser tenido en cuenta, si bien, puede resultar complejo determinar cuál es

55 Fernández-Tresguerres García, A.: *El ejercicio de la capacidad jurídica. Comentario práctico de la Ley 8/2021, de 2 de junio*, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2021, p. 347.

56 Barrio Del Olmo, C. P. "La función notarial", cit., pp. 23-25.

ese interés superior, así como coordinar dicho interés con el necesario respeto a la voluntad del discapacitado, en especial cuando hablamos de discapacidad psíquica o mental, que suele llevar aparejada un déficit cognitivo y, en consecuencia, puede afectar a la formación de su propia voluntad. Y es que, en estos casos, la concreta voluntad del discapacitado puede traer consigo efectos gravemente perjudiciales, no solo en lo patrimonial, sino incluso en lo personal.

Quiénes ejerciten la medida de apoyo deben tratar de equilibrar ambos principios (respeto a la voluntad del discapacitado y a su superior interés): el mayor interés de la persona con deterioro cognitivo debe fundamentar la adopción de esas medidas de apoyo, y el respeto a la voluntad, derechos y preferencias del afectado será el camino que deba intentar seguir ese apoyo para conseguir dicho superior interés. Debe buscarse ese equilibrio entre las preferencias de la persona discapacitada y su propio interés, tratando de evitar, en todo momento, que una mala decisión, que puede venir derivada de una voluntad mal informada, le ocasione al discapacitado un perjuicio irreparable. Y no debemos entender esta búsqueda de tal equilibrio como una actitud "paternalista" o excesivamente protectora, sino como una labor más de quién ejercita el correspondiente apoyo, en aras de lograr una asistencia adecuada al discapacitado intelectual.

Es cierto que, cuando estamos ante personas con discapacidad psíquica, ayudarles a formar una voluntad que no perjudique sus propios intereses es parte de un adecuado aprendizaje, pero no siempre el discapacitado cuenta con alguna medida de apoyo (ni voluntaria ni judicialmente establecida), corriendo el riesgo, en tal caso, de que su voluntad sea manipulada por terceros. Incluso contando con tales apoyos, puede ser que éstos, ante un acto o negocio concreto, no estén tampoco en condiciones de dar las indicaciones necesarias, o podemos estar también ante un posible conflicto de intereses, o ante un apoyo que se aproveche de la vulnerabilidad de la persona discapacitada en su propio beneficio.

Si bien, en estos casos, pese a estar previsto legalmente, un control judicial del desarrollo de las medidas de apoyo es más complejo o menos inmediato, ya que no puede intervenir en el momento de la celebración del negocio, sino siempre *a posteriori*, de modo que no es posible vigilar por esta vía posibles desequilibrios entre el objetivo interés del discapacitado y la voluntad de éste que puede haber sido manipulada o, simplemente, no formada adecuadamente, por ausencia de información esencial.

A estos efectos, resulta de alta importancia la función de los notarios, que pueden ofrecer un gran servicio en materia de asistencia a las personas con discapacidad intelectual, no solo autorizando medidas de apoyo voluntarias (como los poderes preventivos), sino prestando ellos mismos, cuando intervengan en el otorgamiento de un acto o negocio jurídico por una persona con deterioro

cognitivo, el apoyo indispensable al ejercicio de la capacidad jurídica, así como la asistencia y asesoramiento necesarios, tanto al discapacitado, como a la propia persona que presta el apoyo, para evitar tener que acudir a una designación o control judicial, menos operativa en la práctica, favoreciendo con ello que el discapacitado intelectual pueda obrar en el tráfico jurídico en igualdad de condiciones que el resto de ciudadanos.

La reforma legal introducida por la Ley 8/2021 fortalece, en este sentido, la figura del notario, al constituirla como medida de apoyo institucional y cualificada, atribuyéndole una función, en primer lugar, de control de la capacidad del otorgante, entendida como una capacidad de hecho suficiente para llevar a cabo el negocio jurídico de que se trate en el concreto momento de su otorgamiento, estando esa valoración de la capacidad efectuada por el notario protegida por una presunción *iuris tantum* cualificada, que no es susceptible de ser quebrantada únicamente por la presentación de dictámenes médicos, sino que habrá que acreditar que el discapacitado no estaba en el preciso momento del otorgamiento en condiciones de emitir un consentimiento válido, ni siquiera con los apoyos empleados, en su caso, ni con la asistencia del notario.

Asimismo, también se le atribuye una función de salvaguarda frente a posibles influencias indebidas o abusos por parte de terceros. Para ello, el fedatario público debe llevar a cabo una función de apoyo y asesoramiento, asegurándose de que la persona del otorgante con discapacidad intelectual conoce y entiende el contenido del acto o negocio jurídico que se está llevando a cabo, así como todos sus efectos legales. Deberá también garantizar el cumplimiento del poder preventivo que pudiera haberse otorgado, en su caso, instando la intervención de los apoyos, si estimara que éstos son necesarios. Empleará el notario, a estos fines, todos los ajustes razonables que ayuden al discapacitado ejercer sus derechos en condiciones de igualdad, pudiendo incluso recurrir al apoyo de facultativos que verifiquen que el afectado es consciente de sus actos y no se encuentra influenciado por otras personas.

En definitiva, y pese a que las modificaciones introducidas por la Ley 8/2021 en la Ley del Notariado han sido esencialmente terminológicas, para adaptarla a los postulados de la CDPD, lo cierto es que la figura del notario se ha visto notablemente reforzada, incrementando tanto sus posibilidades de actuación como su responsabilidad en materia de control de la capacidad y apoyo en la formación de la libre voluntad del discapacitado, funciones que adquieren especial importancia cuando estamos ante personas afectadas por una discapacidad intelectual.

BIBLIOGRAFÍA

ALEMANY, M.: Igualdad y diferencia en relación con las personas con discapacidad. (Una crítica a la Observación n.ª (2014) del Comité (UN) de los derechos de las personas con discapacidad), *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, núm. 52, 2018.

ALONSO RODRÍGUEZ, I., SERRANO ARIAS, M. E., VALENCIA CORRAL, N. O.: "Percepción de los profesionales de salud mental: comparación España y México", en AAVV: *Pedagogía Social. Acción Social y Desarrollo*, Benemérita Universidad Autónoma de Puebla, México, 2015, pp. 1315-1320. [https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=7600511].

ÁLVAREZ LATA, N.: "El artículo 1302", en AAVV: *Comentarios a la Ley 8/2021 por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad*, Aranzadi Thomson Reuters, Pamplona, 2021.

BARRIO DEL OLMO, C. P.: "La función notarial tras la entrada en vigor de la ley 8/2021", en AAVV: *Problemática jurídica de las personas con discapacidad intelectual*, Dykinson, Madrid, 2022.

CARRASQUERO CEPEDA, M.: "La definición de la discapacidad en la Unión Europea: una cuestión por resolver", en AA.VV: *El cincuentenario de los pactos internacionales de derechos humanos de la ONU. Libro homenaje a la profesora Mª. Esther Martínez Quinteiro*, Ediciones Universidad de Salamanca, Salamanca, 2018.

CASAL ÁLVAREZ, J. C.: "Derechos y participación de las personas con diversidad mental", *Cuadernos de trabajo social*, vol. 23, 2010.

CAVALCANTE CARVALHO, A. M.: "El derecho a la educación inclusiva en España: la importancia del informe de la investigación realizada por el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad", *Papeles el tiempo de los derechos*, núm. 2, 2019, https://redtiempodelosderechos.files.wordpress.com/2019/01/derecho-educacion-inclusiva-2-19.pdf.

DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C.: "Capacidad negocial de las personas con discapacidad intelectual", en AAVV: *Problemática jurídica de las personas con discapacidad intelectual.* Dykinson, Madrid, 2022.

FERNÁNDEZ-TRESGUERRES GARCÍA, A.: *El ejercicio de la capacidad jurídica. Comentario práctico de la Ley 8/2021, de 2 de junio*, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2021.

GARCÍA PONS, A.: *Las personas con discapacidad en el ordenamiento jurídico español*, Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2008.

García Pons, A.: "El artículo 12 de la Convención de Nueva York de 2006 sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y su impacto en el Derecho Civil de los Estados signatarios: el caso de España", *Anuario de Derecho Civil*, tomo LXVI, fasc. I, 2013.https://www.boe.es/publicaciones/anuarios_derecho/articulo.php?lang=en&id=ANU-C-2013-10005900148.

García Rubio, M. P.:

- "La esperada nueva regulación de la capacidad jurídica en el Código civil español a la luz del artículo 12 de la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad, de 13 de diciembre de 2006", en AA. VV: *Propostas de modernización do dereito*, Campus na nube, Santiago de Compostela, 2017.

- "La necesaria y urgente adaptación del Código civil español al artículo 12 de la Convención de Nueva York sobre los derechos de las personas con discapacidad", en *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, Tomo 58, 2018.

Germán Urdiola, M. J. y Fernández Iglesias, J.: *Novedades de la Ley 8/2021 para personas con problemas de salud mental. Guía en 100 preguntas para trabajadores, familias y usuarios*, Fórum de Entidades Aragonesas de Salud Mental, Zaragoza, 2021. https://www.fadesaludmental.es/biblioteca/223-novedades-de-la-ley-8-2021-para-personas-con-problemas-de-salud-mental.html#63-pueden-las-personas-con-discapacidad-mental-testar.

Gómez Taboada, J.: *Práctica notarial y Derecho civil*, Editorial Lex Nova (Thomson Reuters), Valladolid, 2012.

Lora-Tamayo Rodríguez, I.:

- "Comparecencia de una persona con discapacidad ante el notario", *IUS Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla, México,* año IX, núm. 36, 2015.

- "El apoyo notarial a la persona discapacitada en la Ley que reforma los preceptos del Código Civil relativos al ejercicio de su capacidad jurídica", *El notario del siglo XXI. Revista del Colegio Notarial de Madrid*, núm. 97, 2021.

- *Reforma civil y procesal para el apoyo a personas con discapacidad*, Francis Lefebvre, Madrid, 2021.

Martínez De Aguirre, C.: *El tratamiento jurídico de la discapacidad psíquica: reflexiones para una reforma legal*, Aranzadi, Cizur Menor, 2014.

Molina Pidiache, Z.: "La capacidad jurídica en la convención sobre los derechos de las personas con discapacidad: una reflexión en torno al cambio de paradigma en la doctrina clásica y el formalismo jurídico", Artículo de reflexión (para acceder a título abogado), Universidad Católica de Colombia, 2015, http://hdl.handle.net/10983/2684.

Munar Bernat, P. A.: "Notas sobre algunos principios y las últimas novedades del Anteproyecto", en AAVV: *Principios y preceptos de la reforma legal de la discapacidad. El Derecho en el umbral de la política*, Marcial Pons, Madrid, 2021.

Pau Pedrón, A.: "De la incapacitación al apoyo: el nuevo régimen de la discapacidad intelectual en el Código Civil", *Revista de Derecho Civil*, vol. V, núm. 3, julio-septiembre 2018.

Pérez Gallardo, L.: "Diez interrogantes sobre el juicio notarial de capacidad: un intento de posibles respuestas. Especial referencia a las personas con discapacidad", en AAVV: *Discapacidad y Derecho civil*, Dykinson, Madrid, 2014.

Petit Sánchez, M.:

- "Consideración del interés de la persona -con o sin discapacidad- como necesaria y auténtica protección legal en la determinación de sus medidas de apoyo", en AAVV: *Problemática jurídica de las personas con discapacidad intelectual*, Dykinson, Madrid, 2022.

- "La adopción de medidas de apoyo para las personas con discapacidad", *Revista de Derecho Civil*, vol. VII, núm. 5, 2020.

Porxas Roig, M. A.: "Un análisis del impacto del derecho en las personas con un diagnóstico psiquiátrico: la capacidad jurídica y el sujeto de derechos reinterpretados a la luz de la convención sobre los derechos de las personas con discapacidad", *Revista de Derecho Político,* UNED, núm. 103, septiembre-diciembre 2018.

Rodríguez Adrados, A.: "Jurisdicción civil y Notariado", en *Revista Jurídica del Notariado*, núm. 51, julio-septiembre 2004.

Sánchez Hernández, A.: "El artículo 223.2.º del Código Civil: la autotutela y su necesidad en nuestra sociedad", *RCDI,* núm. 736, marzo-abril 2013.

Sancho Gargallo, I.: "La «voluntad, deseos y preferencias» de la persona con discapacidad", en AAVV: *Problemática jurídica de las personas con discapacidad intelectual*, Dykinson, Madrid, 2022.

SERRANO GARCÍA, I.: *Autotutela. El artículo 223-II del Código civil y la Convención de Nueva York sobre los derechos de las personas con discapacidad de 2006*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012.

TRÖMEL, S.: "Hacia un Derecho Internacional de la discapacidad", en AAVV: *Hacia un Derecho de la Discapacidad. Estudios en homenaje al Profesor Rafael de Lorenzo,* Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2009.

VALLS XUFRÉ, J. M.: "La abolición de la incapacitación. El notario y los apoyos a la discapacidad (II)", *La Notaría*, núm. 1-2, 2020.

A PROPÓSITO DE LA LEY 8/2021, DE 2 DE JUNIO: LA EDUCACIÓN INCLUSIVA

ABOUT THE LAW 8/2021, JUNE 2: INCLUSIVE EDUCATION

Rev. Boliv. de Derecho Nº 34, julio 2022, ISSN: 2070-8157, pp. 72-95

Carmen R.
IGLESIAS
MARTÍN

ARTÍCULO RECIBIDO: 20 de mayo de 2022
ARTÍCULO APROBADO: 15 de junio de 2022

RESUMEN: Con la Convención de ONU presente sobre los derechos de las personas con discapacidad, y a la luz de la profunda reforma que por ello se ha producido en nuestro ordenamiento jurídico; en el presente artículo analizaremos, cómo integrar el compromiso de los Estados partes de este derecho a la educación sin discriminación, sobre la base de la igualdad de oportunidades, en el que se pretende asegurar un sistema de educación inclusivo a todos los niveles.

PALABRAS CLAVE: Reforma; discapacidad; igualdad de oportunidades; no discriminación; educación inclusiva.

ABSTRACT: *With the present UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities, and in light of the profound reform that has thus taken place in our legal system; in this article we will analyze how to integrate the commitment of the States Parties to this right to education without discrimination, on the basis of equal opportunities, in which the aim is to ensure an inclusive education system at all levels.*

KEY WORDS: *Reform; disability; equal opportunities; non-discrimination; inclusive education.*

SUMARIO.- I. CUESTIONES PREVIAS.- II. LA EDUCACIÓN INCLUSIVA.- 1. De la educación integradora a la educación inclusiva.- 2. El concepto de educación inclusiva.- 3. Fundamentos de la educación inclusiva.- 4. Principios de la educación inclusiva.- 5. Objetivos de la educación inclusiva.- 6. Implicaciones de la escuela inclusiva.- 7. Características de la educación inclusiva.- III. CAMBIOS NECESARIOS PARA AVANZAR HACIA UNA EDUCACIÓN INCLUSIVA.- IV. MARCO NORMATIVO EN ESPAÑA.- 1. Principales puntos de vista que dan un nuevo enfoque a la educación inclusiva.- 2. Líneas de actuación.- V. CONCLUSIONES.

I. CUESTIONES PREVIAS.

La Convención de la ONU sobre los derechos de las personas con discapacidad de 2006 es el germen de la reforma del Código Civil en materia de capacidad jurídica[1].

Desde hace tiempo se viene proclamando desde instancias internacionales un modelo social como nuevo paradigma para afrontar este asunto. Concretamente, el art. 12 de la Convención declara que las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida, y obliga a los Estados Partes a adoptar las medidas pertinentes para proporcionar a las personas con discapacidad acceso al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica[2].

La discapacidad ya no es un problema de la persona individual que presenta una carencia física, intelectual o sensorial, sino que es la sociedad misma la que es discapacitante, al poner barreras a las personas que tienen unas características especiales. Por ello si la sociedad retira cualquier tipo de obstáculo, ya sea físico, jurídico, incluso de actitud o de comunicación, obviamente la discapacidad se va a reducir, entre otras cosas porque la persona va a tener más posibilidades de participar.

No olvidemos que la Constitución Española, en el art. 49 establece que "los poderes públicos realizarán una política de previsión, tratamiento, rehabilitación e

1 Instrumento de Ratificación de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, hecho en Nueva York el 13 de diciembre de 2006, BOE núm. 96, de 21 de abril de 2008.
La Convención forma parte de nuestro Derecho interno desde el 3 de mayo de 2008 y es norma de interpretación de los derechos fundamentales, tal y como establece el art. 10.2 de la Constitución Española: "Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos Internacionales sobre las mismas materias ratificados por España".

2 El propósito de la Convención es promover, proteger y asegurar el goce pleno y en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y libertades fundamentales por todas las personas con discapacidad, así como promover el respeto de su dignidad inherente.

• Carmen R. Iglesias Martín
Profesora Ayudante Doctora de Derecho Civil de la Universidad de Salamanca. Miembro investigador del Proyecto de Investigación de la Junta de Castilla y León "Discapacidad y dependencia: retos para potenciar la autonomía de todas las personas". Miembro investigador del GIR "Persona y consumo. Protección de colectivos vulnerables". Correo electrónico: carmela@usal.es.

integración de los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos, a los que prestarán la atención especializada que requieran y los ampararán especialmente para el disfrute de los derechos que este Título otorga a todos los ciudadanos".[3]

Tenemos que interiorizar todos los operadores jurídicos que, la reforma de la Ley 8/2021, de 2 de junio, es fundamentalmente una cuestión de derechos humanos, estamos hablando de la dignidad de todo ser humano[4]. Y es una reforma, esta que se plantea, integral, es decir, que afecta a todas las áreas de la vida de una persona[5]. El igual reconocimiento como persona ante la ley es un principio general básico de la protección de los derechos humanos, y es indispensable para el ejercicio de otros derechos. Se impone, como bien establece, el cambio de un sistema como el hasta ahora vigente en nuestro ordenamiento jurídico, en el que predomina la sustitución en la toma de las decisiones que afectan a las personas con discapacidad, por otro basado en el respeto a la voluntad y las preferencias de la persona quien, como regla general, será la encargada de tomar sus propias decisiones. Además, como dice Sánchez Hernández, "la reforma elimina el procedimiento de incapacitación y revisa los mecanismos de apoyo –protección- para dar prioridad a la voluntad y autonomía de la persona con discapacidad –capacidad diversa- en el diseño de su propia protección mediante medidas preventivas y convirtiendo a la curatela en la institución preferente de apoyo, atribuyéndole funciones representativas excepcionalmente. Debe quedar atrás definitivamente cualquier atisbo de proclamar la incapacidad de la persona con discapacidad con la consiguiente limitación para realizar actos jurídicos"[6].

3 Este artículo que encuadramos en el Título I "De los derechos y deberes fundamentales", en concreto, en el capítulo III "De los principios rectores de la política social y económica", podemos afirmar que –junto con el Título Preliminar- forma la parte dogmática de la Constitución Española, en la que se recogen los grandes principios básicos, la naturaleza de nuestro Estado, los derechos de los ciudadanos y las garantías que se establecen para su respeto y cumplimiento, así como los cauces para llegar a limitarlos, llegado el caso.

4 Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica.

5 La reforma de nuestro ordenamiento jurídico es consecuencia de la ratificación por España de esta Convención de Nueva York, se inició con la Ley 26/2011, de 1 de agosto, de adaptación de la normativa a la Convención Internacional sobre derechos de las personas con discapacidad, y que modifica numerosos cuerpos legales de nuestro Derecho interno (igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal, lenguaje de signos, sanidad, técnicas de reproducción humana asistida, cooperación internacional para el desarrollo, propiedad horizontal, contratos del sector público, integración social de los minusválidos, entre otras cuestiones); se reforma con el Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprobó el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social; también se reforma el Código Penal por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, la nueva legislación voluntaria (Ley 15/2015 de 2 de julio, modificada por Ley 4/2017 de 24 de junio, en relación con el derecho de las personas con discapacidad a contraer matrimonio en igualdad de condiciones); también la reforma de la Ley Orgánica 1/2017, de 13 de diciembre, de modificación de la Ley Orgánica 5/1995, de 22 de mayo, del Tribunal del Jurado, para garantizar la participación de las personas con discapacidad sin exclusiones; la Ley Orgánica 2/2018, de 5 de diciembre, para la modificación de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General para garantizar el derecho de sufragio de todas las personas con discapacidad.

6 Sánchez Hernández, a.: "Aspectos generales de la reforma del Código Civil relativa a las personas con discapacidad intelectual en el ejercicio de su capacidad jurídica", *Revista Boliviana de Derecho*, núm. 33, enero 2022, p. 44.

Pues bien, en la idea de fomentar y respetar la voluntad y preferencias de las personas con discapacidad, la educación inclusiva puede tener un papel fundamental para lograrlo.

II. LA EDUCACIÓN INCLUSIVA.

Hay dos puntos fundamentales en la Convención de Nueva York, que enlazan con el tema a desarrollar, por un lado el compromiso de todos los Estados firmantes que, convencidos de que la familia es la unidad colectiva natural y fundamental de la sociedad, procurarán que se cumpla con la profunda protección que necesita, así, las personas con discapacidad y sus familiares deben recibir la tutela y asistencia necesarias para que las familias puedan contribuir a que las personas con discapacidad gocen de sus derechos plenamente y en igualdad de condiciones; por otro lado, todos los Estados firmantes se comprometen, también, a paliar la profunda desventaja social de las personas con discapacidad, para ello promoverán su participación, con igualdad de oportunidades, en los ámbitos civil, político, económico, social y cultural, tanto en los países en desarrollo como en los desarrollados[7].

Con el convencimiento de estos dos aspectos, y a la luz de los principios de la Carta de Naciones Unidas sobre que la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad y el valor inherentes y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana, y sobre todo reafirmando la universalidad, indivisibilidad, interdependencia e interrelación de todos los derechos humanos y libertades fundamentales, así como la necesidad de garantizar que las personas con discapacidad los ejerzan plenamente y sin discriminación; enlazamos con el art. 24 de la Convención de Nueva York sobre la Educación: los estados parte reconocen el derecho de las personas con discapacidad a la educación.

Comienza este art. 24 abriendo el camino de lo que se ha venido en llamar la educación inclusiva "con miras a hacer efectivo este derecho a la educación sin discriminación y sobre la base de la igualdad de oportunidades, los Estados partes asegurarán un sistema de educación inclusivo a todos los niveles, así como la enseñanza a lo largo de la vida…".

7 STS, Sala Tercera de lo Contencioso-administrativo, sección 4ª, Sentencia 861/2019, de 21 de junio, Rec. 4651/2018, se señala en esta sentencia como doctrina esencial que no cabe afirmar que la elección de centro educativo en supuestos de alumnos con necesidades educativas especiales, como modalidad educativa de integración, sea cuestión de legalidad ordinaria, sino que entra en el ámbito del proceso especial de protección de los derechos fundamentales. Son las particularidades de cada caso las que deben tomarse en consideración en orden a la educación inclusiva.

1. De la educación integradora a la educación inclusiva.

Se asume por la Convención el cambio de paradigma de la educación integradora a la educación inclusiva del que ya se venía hablando desde le Proyecto Roma en el año 1990[8]. Así pues, se considera que: (1) el término inclusión es más amplio, insiste en la defensa de una escuela formada por toda la comunidad educativa. En la escuela integradora, los alumnos y las familias son los receptores de la acción de la escuela y su participación se suele limitar a eso, dado que se les considera los clientes del proceso y no los agentes del mismo. (2) la escuela integradora se fundamenta en principios educativos. La escuela inclusiva, lucha contra los mecanismos de exclusión, su papel es generador de cambios sociales y estructurales en el sistema y la sociedad. (3) en la escuela integradora los alumnos aportan su presencia y esperan recibir un servicio; en la escuela inclusiva, participan en el proceso de cambio personal y social junto a sus familias y comunidad más cercana. (4) en la escuela integradora, se pretende que el alumno diferente (discapacitados pero también emigrantes, por ejemplo) asuma hábitos y costumbres de la sociedad mayoritaria, sin contar con los problemas de identidad personal y cultural que se derivan de este proceso; la escuela inclusiva respeta, atiende y cuida las diferencias, en las que ve motivo de riqueza, de ahí que intente que los alumnos, y con ellos su comunidad, participen en el proceso de enseñanza-aprendizaje, cultivando sus culturas y cualidades. (5) la inclusión pretende mejorar la calidad educativa de todos sus miembros: alumnos, familia, comunidad. (6) la escuela integradora parte de un criterio de normalidad irreal, al que trata de llevar a alumnos, familias y profesionales, considerándoles, de partida, individuos excluidos del sistema a los que hay que reconducir y reorientar. La escuela inclusiva se encuentra ante un doble reto: compensar la exclusión del que se considera excluido y del excluyente, ya que los dos sufren una situación de no entendimiento y distancia[9].

2. El concepto de educación inclusiva.

La educación inclusiva se asocia con la participación de los niños con discapacidad en la escuela común y de otros alumnos etiquetados "con necesidades educativas especiales".[10] La diversidad y la integración son las dos caras de la misma moneda,

8 El Proyecto Roma nace en 1990 como un proyecto europeo de investigación en el que intervienen la Universidad de Málaga desde España, y la Universidad de Bolonia y el Servicio Neuropsicopedagógico del Hospital Bambino Gesú de Roma desde Italia. Ha venido siendo un trabajo de investigación grupal de familias, investigadores y profesionales de la docencia. Desde 2009 hasta 2013 se establecieron las condiciones para construir una escuela inclusiva. Hoy en día se define como un modelo educativo en evolución que ofrece dar respuesta a las necesidades de transformación de la escuela actual en una escuela del siglo XXI desde una concepción democrática, participativa, solidaria, científica, laica y en defensa de los Derechos Humanos (1948) y los Derechos del Niño (1989).

9 Martínez Aguirre, L., *Sistemas de educación especial*, Red Tercer Milenio S.C., México, 2012

10 Casanova, M. A.: *Educación inclusiva en las aulas*, La Muralla, Madrid, 2017, pp.49-50, dice el autor que "el modelo de educación inclusiva supone la implementación sistemática de una organización educativa que disponga de las características y posibilidades necesarias para atender al conjunto de la

pues para poder integrar a los individuos con alguna discapacidad es necesario aceptar la diversidad. El propósito final es conseguir que toda la sociedad asuma positivamente la diversidad y la considere un enriquecimiento en el contexto educativo, en lugar de un problema[11].

Acabamos de señalar en el anterior apartado que el concepto de educación inclusiva es más amplio que el de educación integradora. Partimos de un supuesto distinto y es que la educación inclusiva implica que todos los niños y niñas de una determinada comunidad aprendan juntos independientemente de sus condiciones sociales o culturales, incluidos aquellos que presentan discapacidad, así es como se entiende la naturaleza de la educación regular. Se trata de modelo de escuela en el que no haya requisitos de entrada, ni mecanismos de selección o de discriminación, de esta forma se quiere hacer efectivo el derecho a la educación, el derecho a la igualdad de oportunidades y el derecho a la participación.

Hasta ahora nuestros poderes públicos se han preocupado de reconvertir la educación especial para apoyar la educación de los niños integrados a la escuela común, de tal forma que los ajustes y adaptaciones se han ido haciendo solo para los niños etiquetados como especiales y no para otros niños. Con el enfoque de la escuela inclusiva, por el contrario, se pretende modificar la estructura, funcionamiento y propuesta pedagógica de las escuelas para dar respuesta a las necesidades educativas de todos y cada uno de los niños y niñas, con el objetivo de que todos tengan éxito en su aprendizaje y participen en igualdad de condiciones. En la escuela inclusiva todos los niños se benefician de una enseñanza adaptada a sus necesidades y no solo los que presentan necesidades educativas especiales[12].

3. Fundamentos de la educación inclusiva.

La educación inclusiva se fundamenta en las directrices que se han ido recogiendo a lo largo de los años en diferentes legislaciones, y convenciones internacionales sobre temas educativos y de derechos humanos.

Nos es obligado hacer referencia al art. 1 de la Declaración Universal de Derechos humanos (1948) en donde se defiende que "Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y en derechos"; más adelante el art. 26 recoge

población escolarizada, diversa por principio y por naturaleza, en estos momentos de la historia. Dicho planteamiento implica la disponibilidad de un currículum abierto y flexible, es decir, democrático y, una organización escolar que permita su práctica óptima. Además, la educación inclusiva debe constituir un núcleo aglutinador de la sociedad, que colabore con el centro educativo para que este se convierta en una comunidad de aprendizaje, en la que todos participen y aporten su riqueza individual y grupal a la mejora de cada uno de sus integrantes".

11 "La educación inclusiva. Un desafío, una visión", UNESCO, 2003 https://es.unesco.org/themes/inclusion-educacion

12 "Hacia el desarrollo de escuelas inclusivas", UNICEF, UNESCO, Fundación HINENI. *https://carolaini.files.wordpress.com/2010/02/documento-unesc…*

que "Toda persona tiene derecho a la educación… la educación se dirigirá al pleno desarrollo de la personalidad humana y a fortalecer el respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales"[13].

Por su parte en la Convención sobre Derechos del Niño (1989)[14], el art. 23, en el párrafo primero señala, la obligación y el compromiso de todos los Estados con la calidad de vida de los niños y niñas con discapacidad, dice literalmente que "los Estados parte reconocen que el niño mental o físicamente impedido deberá disfrutar de una vida plena y decente en condiciones que aseguren su dignidad, le permitan llegar a bastarse a sí mismo y faciliten su participación activa en la comunidad"; en el párrafo tercero de este mismo artículo se establece el compromiso y la obligación de los Estados en la educación: "En atención a las necesidades especiales del niño…se asegurará que el niño impedido tenga un acceso efectivo a la educación, la capacitación, los servicios sanitarios, los servicios de rehabilitación, la preparación para el empleo y las oportunidades de esparcimiento y reciba tales servicios con el objeto de que el niño logre la integración social y el desarrollo individual, incluido su desarrollo cultural y espiritual, en la máxima medida posible".

A lo largo de los años en sucesivas conferencias internacionales se ha ido repitiendo la misma idea de satisfacer las necesidades básicas de aprendizaje de todos los individuos, promoviendo la accesibilidad universal y la equidad.

Nos gustaría destacar la Conferencia Mundial sobre necesidades educativas especiales (celebrada y aprobada en Salamanca, el 10 de junio de 1994)[15], en la

13 La Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDH) es un documento adoptado por la Asamblea General de Naciones Unidas en su Resolución 217 A (II), el 10 de diciembre de 1948 en París, recoge en sus treinta artículos los derechos humanos considerados básicos. Debido a la falta de consenso internacional que existía en ese momento sobre la obligatoriedad e proteger y respetar los derechos humanos, el documento no logró ser formalizado como un tarado internacional, obligatorio para todos los Estados firmantes, y se limitó a una declaración, que fuera tomada como un ideal orientativo para la humanidad. Tres décadas después se alcanzó un consenso internacional suficiente para establecer la obligatoriedad para los Estados para proteger los derechos humanos, al entrar en vigor los Pactos Internacionales de Derechos Humanos que junto con sus protocolos opcionales y la DUDH, comprenden lo que se denominado como Carta Internacional de Derechos Humanos. Hasta la fecha son nueve los tratados que conforman el cuerpo básico de los instrumentos internacionales de derechos humanos: derechos civiles y políticos, económicos y sociales, contra el racismo, contra la discriminación de las mujeres, contra la tortura, derechos de la niñez, trabajadores migrantes, contra la desaparición forzada y derechos de las personas con discapacidades.

14 La Convención sobre los derechos del niño, adoptada y abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General de Naciones Unidas en su Resolución 44/25, de 20, de noviembre de 1989. BOE núm. 313, de 31 de diciembre de 1990 (BOE-A-1990-31312)

15 Fue esta declaración un acto clave en la reafirmación del derecho a la educación de todas las personas dentro de un sistema educativo, con una perspectiva inclusiva e integradora y de rechazo de las organizaciones escolares basadas en la segregación y la separación de alumnos en función de supuestos coeficientes intelectuales o determinadas potencialidades. Este documento fue ampliamente difundido en todo el mundo y la mayoría de países acogieron sus ideas con gran entusiasmo, intentando aplicar sus principios a sus políticas y sistemas de organización en materia educativa. Cada país ha intentado aplicar las ideas globales de integración e inclusión educativa que se desprenden del texto, adaptándose a sus creencias, valores, nivel de desarrollo, capacidades organizativas y recursos económicos. Aun así, con la perspectiva de sus veintiséis años de existencia y en pleno siglo XXI, se siguen observando diferencias entre la teoría

que ya se proclamaba que "todos los niños de ambos sexos tienen un derecho fundamental a la educación, y debe dárseles la oportunidad de alcanzar y mantener un nivel aceptable de conocimiento. Cada niño tiene características, intereses, capacidades y necesidades de aprendizaje que le son propios, y los sistemas educativos deben ser diseñados y los programas aplicados de modo que tengan en cuenta toda la gama de estas diferentes características y necesidades". Fue en este foro donde se empezó a hablar de las escuelas ordinarias con una orientación integradora como medio más eficaz para combatir las actitudes discriminatorias, crear comunidades de acogida, construir una sociedad integradora y logara la educación para todos.

El informe de la UNESCO sobre la Educación para el siglo XXI (1996) en un afán de democratizar la educación, propone un nuevo modelo en el que se ofrecen las mismas oportunidades a todos los individuos de una misma comunidad: "La educación inclusiva implica que todos los niños y niñas de una determinada comunidad aprendan juntos independientemente de sus condiciones personales, sociales y culturales, incluso aquellos que presentan discapacidad".

Pero toda esta proclamación de principios y fundamentos de lo que debe ser, no siempre ha tenido un claro reflejo en la sociedad, el Foro Consultivo Internacional para la Educación para Todos (Dakar, 2000)[16], presenta un panorama desalentador sobre el estado de la educación en el mundo y la repercusión que la economía tiene en el desarrollo de la educación. No hay inversiones en políticas educativas en la práctica totalidad de los países del mundo. Animan a que esto cambie, porque la riqueza personal genera riqueza al país, y la riqueza personal tiene lugar a través de la educación y el desarrollo humano. La educación es un

planteada en las políticas educativa y su puesta en práctica. Especialmente en los países más pobre y los que se encuentran en vías de desarrollo, se observan déficits importantes en inclusión educativa. Faltan recursos en forma de profesores de apoyo e infraestructuras adecuada, con consecuencias tan negativas como la escolarización en colegios especiales de niños con discapacidades leves, que no justifican para nada la segregación.
https://www.universidadviu.com/int/actualidad/nuestros-expertos/la-de...

16 Tras más de setenta años desde la Declaración Universal de Derechos humanos y pese a los importantes esfuerzos realizados por la mayoría de los países, podemos constatar que sigue siendo una realidad que más de 100 millones de niños y niñas no tienen acceso a la enseñanza primaria (más del 60% son niñas); más de 960 millones de adultos (dos tercios de ellos mujeres) son analfabetos, y el analfabetismo funcional es un problema importante en todos los países, tanto industrializados como en desarrollo. Más de la tercera parte de los adultos del mundo carecen de acceso al conocimiento impreso y a las nuevas capacidades y tecnologías que podrían mejorar la calidad de su vida y ayudarles a dar forma y adaptarse a los cambios sociales y culturales. Más de cien millones de niños e innumerables adultos no consiguen completar el ciclo de educación básica, y hay millones que, aun completándolo, no logran adquirir conocimientos y capacidades esenciales. Al mismo tiempo el mundo tiene que hacer frente a problemas pavorosos: en particular, el aumento de la carga de la deuda de muchos países, la amenaza de estancamiento y decadencia económicos, el rápido incremento de la población, las diferencias económicas crecientes entre las naciones y dentro de ellas, la guerra, la ocupación, las contiendas civiles, la violencia criminal, los millones de niños cuya muerte podría evitarse y la degradación generalizada del medio ambiente. Estos problemas frenan los esfuerzos para satisfacer las necesidades básicas de aprendizaje y, a su vez, la falta de educación básica que sufre un porcentaje importante de la población impide a la sociedad hacer frente a esos problemas con el vigor y la determinación necesarios.
https://www.entreculturas.org/files/documentos/biblioteca/Dakar_…

derecho básico e irrenunciable de todo individuo, sea cual sea su edad, sexo, raza, credo, condición social, física o intelectual. Es necesario realizar inversiones en materia educativa, todos sabemos que los avances en derechos son una realidad cuando se produce la cooperación internacional, se anima desde este Foro a que esto sea una realidad en la que estemos implicados todos, "Comprendiendo que la educación es capaz de ayudar a garantizar un mundo más seguro, más sano, más próspero y ambientalmente más puro, y que simultáneamente contribuye al progreso social, económico y cultural, a la tolerancia y a la cooperación internacional. Reconociendo la necesidad de dar a las generaciones presentes y venideras una visión ampliada y un renovado compromiso con la educación básica para todos, que expresen el grado y la complejidad del desafío"[17].

En todos los documentos, declaraciones, convenciones debemos destacar que adquiere una gran fuerza el ámbito de la asistencia y protección de situaciones vulnerables: los menores con necesidades especiales, pero también la protección en casos de explotación, así como la asistencia y seguridad social. Sus derechos civiles y políticos han ido cambiando a lo largo de los años, los derechos del niño han pasado de ser objeto de protección a ser sujeto de derechos, por lo cual, como señalan Minguelena y Naya, "la defensa de los derechos del niño se hace en dos ámbitos diferenciados: uno referente a la satisfacción de las necesidades básicas y protección y, otro, a los derechos de autonomía de los niños y niñas".[18]

4. Principios de la educación inclusiva.

De todo lo que llevamos expuesto podemos sintetizar dos principios básicos[19]:

17 En este punto es interesante destacar un trabajo realizado en el contexto de la OECD (la organización para la cooperación económica y el desarrollo), que en 2007 publicó una guía sobre las políticas educativas y de formación, en la que se incluían una serie de medidas para conseguir la equidad educacional. Con respecto a los grupos de riesgo (en los que se incluyen los migrantes y las minorías) venía a decir que se debían promover por parte de los poderes públicos especiales medidas para fomentar la participación y, si se escolarizaba a parte a estas minorías, que fuera siempre en el mejor interés de los menores; además, insisten a lo largo de todo el trabajo en la necesidad imperiosa de preparar especificamente a los profesores en este tipo de situaciones.
Field, S., Kuczera, M., pont, b.: *Education and Training Policy. No more failures. Ten steps to equity in education*, OECD 2007, pp. 152, 153. "Early childhood education and care is helpful for disadvantaged children and provides a strong environment in which to learn a second language. Special measures may encourage participation by the children of immigrants. Where immigrant and minority groups are disproportionately streamed into special education institutions attention needs to be given to a) the risk of cultural bias in the diagnosis and b) whether separate schooling is in the best interests of the students involved. Newly arrived immigrant children often need special language training, but funding mechanisms and the approach selected to deliver this training should not encourage the isolation of such children from mainstream classes after an initial period of at most one year. Particularly in countries where immigration has risen sharply, teachers need professional development to deal with new demands on matters such as second language learning, a multicultural curriculum and teaching for tolerance and anti-racism".

18 Minguelena Torrado, J., Naya Garmendia, L.M., Dávila Balsera, P.: Capítulo 2, "Declaraciones y Tratados sobre Derechos del Niño", en AA.VV.: *Derechos de la infancia y sistemas de protección*, Delta Publicaciones, Serie: educación, Colección: políticas educativas y educación inclusiva, España, 2021, p. 74.

19 Estos dos principios básicos en la educación inclusiva traen su origen en los principios declarados en la Convención de Derechos del Niño de 1989, en donde destaca como principios generales el de no discriminación (art. 2), interés superior del menor (art. 3), derecho a la vida, a la supervivencia y el desarrollo (art. 69), derecho a ser escuchado y participar (art. 12).

En primer lugar, sería la aceptación de la comunidad, es decir, hablamos de la educación inclusiva y definimos la escuela como una comunidad. Y una comunidad es "aquella en la que sus individuos han aprendido a comunicarse entre ellos, cuyas relaciones son más profundas que sus apariencias y que han establecido un compromiso significativo para divertirnos juntos, llorar juntos, disfrutar con otros y hacer nuestras las situaciones de los demás… es esencial tener una idea de lo que significa comunidad para poder fomentarla en las escuelas. Muchas escuelas y clases inclusivas que consiguen su meta y enfatizan la comunidad se centran en el modo de organizarse, de tal manera que todos se sientan ligados, aceptados y apoyados, y en las que cada uno apoya a sus compañeros y a los demás miembros de la comunidad, al tiempo que satisfacen sus necesidades educativas"[20]. Una comunidad es un grupo de personas organizado de tal forma que todos se sientan ligados, aceptados, apoyados, donde cada uno se siente respetado y se sabe cuidado por los demás dentro de un sentido de pertenencia y de responsabilidad compartida[21].

En segundo lugar, podríamos señalar el respeto a las diferencias y el reconocimiento de la diversidad[22], de esta forma se pueden orientar las acciones y así responder correctamente a las necesidades que plantea la diversidad, esa

20 Stainback, S., Stainback, W., Jackson, H. J.: "Hacia las aulas inclusivas", en AA.VV.: *Aulas inclusivas. Un nuevo modo de enfocar y vivir el currículo,* (coord. por Stainback S. y Stainback, W.), Narcea, Madrid, 2007, pp. 21-34. Se centran los autores, en cómo se puede promover una educación inclusiva diseñando, adaptando y proponiendo un currículo adecuado a cualquier tipo de aula. Extrae las experiencias más innovadoras de Estados Unidos y Canadá, y describe cómo cada escuela puede convertirse en un lugar donde todos los estudiantes sean bienvenidos y puedan ser enriquecidos educativamente. El objetivo de las aulas inclusivas asegura que todo el alumnado, hasta el que ha sido etiquetado como severamente discapacitado, crónicamente disruptivo, con características especiales, superdotado o de alto riesgo, sea aceptado e incluido con pleno derecho en la comunidad escolar. Así se demuestra con la experiencia que, la inclusión es posible en la práctica cotidiana. El profesorado de educación especial, pero también investigadores y políticos, se pueden beneficiar de este instrumento de trabajo.

21 Lickona, T. *Educating the Moral Child,* Principal vol. 68 núm. 2, noviembre 1988, p. 6-10. Espoleada por una crisis de moralidad inminente, la educación moral está regresando. Las encuestas indican que más del ochenta por ciento de los padres quieren que las escuelas públicas enseñen valores morales. Se muestra en este artículo como promover el respeto y la responsabilidad.

22 Minguelena Torrado, J., Naya Garmendia, L.M., Dávila Balsera, P.: Capítulo 3 "La Convención sobre los Derechos del Niño de 1989", en AA.VV.: *Derechos de la infancia y sistemas de protección*, Delta Publicaciones, Serie: educación, Colección: políticas educativas y educación inclusiva, España, 2021, p.82, con respecto al principio de no discriminación señalan que, "este principio general recogido en el art. 2, es la trascripción del art. 2 de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1949… se amplía, eso sí, a la no discriminación por impedimentos físicos, el nacimiento o cualquier otra condición del niño, de sus padres o de sus representantes legales. Por otra parte, cuando la Convención añade "cualquier otra condición" intenta recoger todas las posibles discriminaciones no previstas, como tener algún tipo de discapacidad, vivir en la calle, tener VIH/SIDA, ser huérfano, no estar registrado en el momento del nacimiento o estar en conflicto con el sistema de justicia del menor. Este principio debe ser observado respecto al niño no sólo con relación a las medidas de protección que deban dispensársele, sino también en su condición de titular de derechos y en el ejercicio de éstos". Más adelante en la p. 84 destacan algo muy importante en el tema que tratamos, "En algunos Estados existe la cláusula de no discriminación en sus propias Constituciones, pero el Comité ha destacado que el principio de no discriminación se aplica igualmente a las instituciones privadas y a los individuos, así como al propio Estado, y esto debe estar reflejado en la legislación. El Comité, asimismo, ha subrayado la importancia de que se tomen medidas de discriminación positiva, sobre todo en los casos en los que actitudes y costumbre tradicionales perpetúan la discriminación en muchas sociedades, aconsejando a los Estado que hagan estudios sobre discriminación, elaboren estrategias globales, realicen campañas de información y sensibilización, etc. El objetivo es asegurar que los Estado tengan suficiente información para juzgar si existe algún tipo de discriminación en la aplicación de la Convención".

es precisamente la razón de ser de la escuela inclusiva. El reconocimiento de la diversidad debe concebirse como un rasgo personal irrenunciable y, como un derecho del individuo que ha de ser contemplado y alentado en la escuela. Y todo ello puede llegar a suponer un salto cualitativo que supere los modelos anteriores, en los que todos los individuos debían ir homogeneizándose en pro de la buena marcha del grupo y de la uniformidad, generando conjuntos e individuos sin identidad[23].

En la síntesis de estos dos principios básicos hay que hacer hincapié en que lo que realmente se pretende con la escuela inclusiva y con toda la reforma sobre el ejercicio de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad, es el respeto al derecho de igualdad de todos, inspirado en el art. 10 de la CE, y que, por consiguiente, exige el respeto a la dignidad de la persona, la tutela de sus derechos fundamentales, el respeto a la libre voluntad de la persona con discapacidad, y también el principio de necesidad y de proporcionalidad en las medidas de apoyo.[24]

5. Objetivos de la escuela inclusiva.

La idea principal es promover el desarrollo de una serie de capacidades y la apropiación de determinados contenidos culturales necesarios para que los alumnos puedan participar e integrarse en su medio sociocultural.

Se pretende favorecer la igualdad de oportunidades, proporcionar una educación personalizada, fomentando la participación, la solidaridad y cooperación entre los alumnos, mejorando la calidad de la enseñanza y la eficacia del sistema educativo[25].

Otro de los objetivos clave será el impulsar la democracia y la justicia, favoreciendo el hecho de que todos los niños y niñas de una determinada comunidad aprendan juntos, independientemente de sus condiciones personales, sociales y culturales, incluso aquellos que presentan discapacidad, como reiteradamente nos vienen diciendo todos los acuerdos internacionales básicos en la materia.

Indudablemente en todo este proceso habrá que coordinar a todos los agentes implicados, empezando por la familia, el entorno social, incluso los medios de

23 Stainback, S., Stainback, W., Jackson, H. J.: "Hacia las aulas", cit., p. 50.

24 Pereña Vicente, M.: "El régimen jurídico de los poderes preventivos en la reforma del Código Civil", en AA.VV.: *Principios y preceptos de reforma legal de la discapacidad. El Derecho en el umbral de la política* (coord. por Munar Bernat), Marcial Pons, Madrid, 2021, pp. 195-241, señala la autora que en la interpretación del art. 12 de la Convención de Nueva York se ha eliminado la distinción entre capacidad jurídica y su ejercicio, "distinción que la Convención no elimina… no la elimina porque la redacción del art. 12 diferencia con toda precisión la capacidad jurídica, para la que el número 2 obliga a su reconocimiento sin más, en igualdad de condiciones, y el ejercicio de ésta para la que el número 3 exige adoptar las medidas pertinentes".

25 Guttman, C. *Educación y desigualdad,* El correo de la UNESCO, núm. 11, 2000, p. 35.

comunicación que se hagan eco de todas las iniciativas, para realmente avanzar hacia una comunidad educadora.

Igualmente, el dinamismo y la interacción entre instituciones para que la inclusión sea una realidad en el mundo del trabajo y en la sociedad.

Concienciar tanto a la Administración Pública como a las Entidades Privadas de la necesidad de flexibilizar las estructuras educativas.

Como vienen reiterando los investigadores en la materia, es el potenciar la idea de la escuela como comunidad educativa ligada al sentido de pertenencia y de responsabilidad compartida, de ahí que se insista entre los principios en los que nos hemos basado, en dar un concepto de comunidad, para así poderlo trasladar al ámbito educativo. Todas las escuelas inclusivas que se han ido creando han conseguido su meta enfatizando el principio de comunidad, porque es una manera más eficaz de organizarse, de tal manera que todos se sienten ligados, aceptados y apoyados, y en las que cada uno apoya a sus compañeros y a los demás miembros de la comunidad, al tiempo que se satisfacen sus necesidades educativas[26].

Resumiendo, como bien establece la UNESCO, en varios de sus textos sobre la Inclusión en la Educación[27], "la educación inclusiva surge del convencimiento de que el derecho a la educación es un derecho humano básico que está en la base de una sociedad más justa". Para lograr este derecho, el movimiento de Educación para Todos está trabajando a fin de que haya una educación básica de calidad para todos. La educación inclusiva supone un impulso a la agenda de la Educación para Todos, desarrollando formas de habilitar a las escuelas para que atiendan a toso los niños y niñas de su comunidad, como parte de un sistema inclusivo. La educación inclusiva se centra en todos los alumnos, prestando especial atención a aquellos que tradicionalmente han sido excluidos de las oportunidades educativas, tales como los alumnos con necesidades especiales y discapacidades, niños pertenecientes a minorías étnicas y lingüísticas y otros.

6. Implicaciones de la escuela inclusiva.

La puesta en marcha de la escuela inclusiva tiene unos efectos más o menos inmediatos en el contexto sociocultural y genera una serie de cambios, entre los que podríamos destacar:

26 Peterson, M., Leroy, B., Field, S. y Wood, p.: "Aprendizaje referido a la comunidad en las escuelas inclusivas" (coord. por Stainback S. y Stainback, W.), Narcea, Madrid, 2007, pp. 229-248

27 https://es.unesco.org/themes/inclusion-educacion

Una comunidad en la que desarrollarse plenamente dentro de un entorno justo, solidario y acogedor, y en la que la colaboración de los padres y madres es fundamental.

Un sistema que apoya, atiende, satisface las necesidades de todos y no solo de unos pocos. Nadie queda fuera de la escuela.

Un modelo educativo tolerante en el que se aceptan y potencian las características y circunstancias de cada uno. La posibilidad de descubrir y desarrollar capacidades, adaptando su formación intelectual a sus propias condiciones intelectuales, socioculturales, económicas, de salud, etc.

La posibilidad de enriquecerse en relación y gracias a los otros, al tiempo que uno mismo es motivo de enriquecimiento de aquel con el que se relaciona, al participar juntos en un proyecto compartido. Todos aprendemos de los demás y nos conocemos a nosotros mismos en el contacto interpersonal.

Todos los esfuerzos y recursos del personal se dedican a evaluar las necesidades de los alumnos y de los docentes, para adaptar la enseñanza y proporcionar los apoyos necesarios a todo el alumnado.

Un marco en el que desarrollar actividades de grupo, cuidando y fomentando la adaptación a los diferentes ritmos de aprendizaje y a sus capacidades, de todos y cada uno de los miembros del equipo.

Conocimiento del otro y respeto a su singularidad, esta apertura y respeto redunda en beneficio propio ya que favorece la autoestima.

El estudio y seguimiento permanente del alumno, que permite valorar los logros y detectar las dificultades para proponer acciones que contribuyan a superarlas.

Un conjunto de medidas socioeducativas, encaminadas a la inserción activa y de pleno derecho de las personas en el entorno.

Un equipo de profesionales variado en el que maestros y especialistas de otras disciplinas trabajan al unísono, y ofrecen al alumno los apoyos específicos que necesita el abordaje y tratamiento particular que precise.

7. Características de la educación inclusiva.

Ha quedado claro que la filosofía, o el principio rector es el "nosotros", entendiendo por nosotros la idea que hemos pretendido dar de comunidad.

La construcción de una comunidad educativa es un referente clave desde los modelos comunitarios y socioculturales[28].

La escuela tiene que ser flexible en su currículo, evaluación, promoción y organización.

Hay que atender a la diversidad de intereses, capacidades ritmos y necesidades de aprendizaje del alumno.

Desde el punto de vista metodológico tiene que estar centrada en las características del alumno, no en los contenidos, facilitando la diversificación de la enseñanza y personalización de las experiencias de aprendizaje comunes.

Indudablemente es una educación que promulga los valores de: humanización (favoreciendo el máximo desarrollo de las capacidades de cada individuo); libertad; principio de normalización; democracia (defendiendo la igualdad de oportunidades para todos, sea cual sea su condición social, económica, cultural o sexual); justicia (a cada uno se le intenta dar lo que necesita).

Reseñamos la gran importancia de la participación de la familia, de los padres y también de la comunidad en las actividades de la escuela, en el apoyo a determinados aprendizajes y en el control de los progresos de los hijos.

Indudablemente el insistir en la participación de todos los miembros de la comunidad educativa, profesores, padres, alumnos, todos los alumnos, pero también los miembros de la administración y servicios de la escuela, todos sin exclusión. Estamos planteando la idea de una participación activa, no meramente presencial.

Todos los alumnos pertenecen al grupo y todos pueden aprender en la vida normal de la escuela y de la comunidad.

III. CAMBIOS NECESARIOS PARA AVANZAR HACIA UNA EDUCACIÓN INCLUSIVA.

Para que todo lo proclamado sea realmente efectivo será necesario llevar a cabo una serie de cambios en las políticas educativas, lo que conlleva cambios normativos.

Lo primero es fortalecer la responsabilidad del Estado para garantizar la igualdad de oportunidades y asegurar las condiciones básicas de funcionamiento de las escuelas en términos de recursos humanos, materiales y didácticos, de

28 Barton, C., Slater, L.: "It´s voluntary! Accommodation under s 20 of Children Act 1989", *Family Law,* vol. 46, núm. 9, 2016, pp. 1141-1146

forma que puedan atender a la diversidad del alumnado. Asimismo, habrá que establecer mecanismos de discriminación positiva que beneficien a los grupos en situación de mayor vulnerabilidad y a las escuelas con mayores carencias.

Hay que lograr una mayor equidad en la distribución y la calidad de la oferta educativa que asegure la igualdad de oportunidades de los menores que por sus condiciones individuales, sociales o culturales se encuentran en situación de desventaja. Los menores con discapacidad es uno de los colectivos más excluidos, en circunstancias que para ellos es vital una educación temprana que compense sus dificultades y optimice su desarrollo.

Los recursos de apoyo a la docencia tienen que centrar su intervención en la escuela en su conjunto, de ahí que se tiene que orientar no solo a los docentes sino también a las familias; será importante fomentar las redes de trabajo entre escuelas y entre sistemas de educación especial y regular.

Podemos hablar de la necesidad de una políticas educativas e intersectoriales que promuevan la inclusión en todos los niveles educativos. Porque a lo largo de la vida de los menores con necesidades educativas especiales se van produciendo transiciones: la transición desde el hogar a la educación inicial, luego a la educación primaria, después a la secundaria y finalmente al mundo laboral. Cada proceso de transición tiene sus propias peculiaridades y complejidades para las que hay que encontrar una forma coherente y sencilla de cada uno de estos procesos. Para ello se vienen desarrollando en todos los países normativas que regulan la educación integrada. Esta concepción legal de la escuela integrada está directamente relacionada con la promulgación de leyes generales e iniciativas de carácter multisectorial que garantizan la integración y participación de todas las personas con discapacidad en todas las esferas de la vida (integración escolar, laboral, social) con una equiparación de oportunidades. El mayor problema de todas las legislaciones es llevarlas al plano práctico, con lo que la modificación de normas específicas en materia de salud, trabajo y vivienda, por ejemplo, es clave en la materia[29].

IV. MARCO NORMATIVO EN ESPAÑA.

En España, actualmente, la norma general que organiza el sistema educativo es la Ley Orgánica de Educación (LOE 2/2006, de 3 de mayo)[30] modificada por

29 "Hacia el desarrollo de escuelas inclusivas", UNICEF, UNESCO, Fundación HINENI. *https://carolaini.files.wordpress.com/2010/02/documento-unesc…*

30 A lo largo de los últimos veinte años la sociedad española ha ido asumiendo como necesario logra mejorar la calidad y la equidad en nuestro sistema educativo a todos los niveles, este fue el ambicioso objetivo de la LOE en el que todos los componentes de la comunidad educativa colaborasen para conseguirlo (familias, profesorado, centros educativos, administraciones, en definitiva, la sociedad en su conjunto). Estas eran las premisas planteadas por la Unión Europea y la UNESCO, a los que nuestro ordenamiento jurídico dio respuesta. Para ello la LOE planteó la construcción de entornos de aprendizaje abiertos, la promoción

la LOMLOE (Ley Orgánica 3/2020, de 29 de diciembre)[31], los años transcurridos desde la aprobación de la LOE aconsejaban revisar algunas de sus medidas y acomodarlas a los retos actuales de la educación, junto con los objetivos fijados por la Unión Europea y la UNESCO para la década 2020/2030 [32].

La LOE ya se inspiró en principios tendentes a proporcionar una educación de calidad para todos los alumnos, sin exclusión y en todos los niveles, "conseguir que todos alcancen el máximo desarrollo posible de todas sus capacidades, prestando los apoyos necesarios, que todos los componentes de la comunidad educativa colaboren para conseguir una educación de calidad y equidad como garantía de igualdad de oportunidades"[33]. En el Título II de la LOE "Equidad en la educación" se establece los recursos precisos para lograr la inclusión e integración de alumnos que requieren atención educativa diferente a la ordinaria, también determina que la adecuada respuesta educativa a todos los alumnos se concibe a partir del principio de inclusión, favoreciendo la equidad y la cohesión social.

Pero, los años no han pasado en balde y la sociedad ha evolucionado, los cambios han venido provocados por la crisis económica (con muchos recortes en educación), el incremento de la participación de los movimientos sociales, el uso generalizado de las tecnologías de la información y la comunicación en todos los aspectos de la vida, que han acelerado un profundo cambio en nuestra percepción de la realidad. En definitiva, todo un conjunto de nuevas circunstancias que conceden gran importancia a distintos enfoques en el sistema educativo[34].

Junto a las Leyes Orgánicas existen otras normativas, órdenes y decretos autonómicos que responden a la diversidad y convierten realmente los sistemas educativos en centros inclusivos[35].

---

de la ciudadanía activa, la igualdad de oportunidades y la cohesión social, así como la adquisición de los conocimientos y las competencias que permiten desarrollar los valores de la ciudadanía democrática, la vida en común, el deseo de seguir aprendiendo y la capacidad de aprender por sí mismos. Estos objetivos establecidos por la LOE, acorde con los objetivos europeos, continúan siendo válidos, a los que se le suman los planteamientos de la reciente Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible en lo relativo a educación.

31 En su Disposición derogatoria única, deroga la Ley Orgánica 8/2013, de 9 de diciembre para la mejora de la calidad educativa, el Real Decreto-Ley 5/2016, de 9 de diciembre, de medidas urgentes para la ampliación del calendario de implantación de la Ley Orgánica 8/2013, de 9 de diciembre, para la mejora de la calidad educativa. También quedan derogadas cuantas disposiciones de igual o inferior rango que se opongan a lo dispuesto en la presente Ley.

32 Vivas Tesón, I.: "Niños y niñas con capacidades diferentes: el derecho de la persona a tomar sus propias decisiones", *LA LEY Derecho de familia*, núm. 13, Primer Trimestre 2017, *Diario La Ley*, núm. 8946, Sección Tribuna, 22 de marzo 2017, Wolters Kluwer. LA LEY 1770/2017.

33 Castaño Calle, R.: "Una apuesta desde el derecho educativo por la diversidad e inclusión educativa. Retos de presente y de futuro", en AA.VV.: *Análisis conceptual y metodológico del derecho educativo,* (coord. por González Alonso, F., Castaño Calle, R.), ISOLMA, Costa Rica, 2020, p. 73.

34 Preámbulo LO 3/2020 (LOMLOE)

35 Destacaría, por ejemplo, en Castilla y León, la Orden de la Conserjería de Educación de la Comunidad Autónoma. Orden EDU/1152/2010, de 3 de3 agosto, que regula la respuesta educativa al alumnado con necesidad específica de apoyo educativo escolarizado en el segundo ciclo de Educación Infantil, Educación

1. Principales puntos de vista que dan un nuevo enfoque a la educación inclusiva.

En primer lugar, la LOMLOE incluye el enfoque de los derechos de la infancia entre los principios rectores del sistema, según lo establecido por la Convención sobre los Derechos del Niño (ONU 1989), reconociendo el interés superior del menor, su derecho a la educación y la obligación del Estado de asegurar el cumplimiento efectivo de sus derechos.

En segundo lugar, la igualdad de género.

En tercer lugar, el enfoque trasversal orientado a que todos los alumnos tengan garantías de éxito en la educación, con una continua mejora de los centros educativos y una mayor personalización del aprendizaje.

En cuarto lugar, la educación para el desarrollo sostenible y la ciudadanía mundial incardinada en planes y programas educativos de la totalidad de la enseñanza obligatoria, incorporando conocimientos, capacidades, valores y actitudes que necesitan todas las personas para llevan una vida plena.

En quinto lugar, la necesidad de incorporar el cambio digital[36].

La adopción de estos enfoques tiene como objetivo último reforzar la equidad y la capacidad inclusiva del sistema, cuyo principal eje vertebrador es la educación comprensiva. Con ello se hace efectivo el derecho a la educación inclusiva como derecho humano para todas las personas, reconocido en la Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad (2006, ratificada por España en 2008), para que este derecho llegue a aquellas personas en situación de mayor vulnerabilidad.

2. Líneas de actuación.

Se ofrece una nueva redacción para la etapa de educación primaria, en la que se recuperan los tres ciclos anteriormente existentes, se reordenan las áreas, que estarán orientadas al desarrollo de las competencias del alumnado y podrán organizarse en ámbitos y se añade en el tercer ciclo un área de Educación en Valores cívicos y éticos, en la cual se prestará especial atención al conocimiento y respeto de los Derechos Humanos y de la Infancia, a los recogidos en la

Primaria, Educación Secundaria Obligatoria, Bachillerato y Enseñanzas de Educación Especial, en los centros docentes de la Comunidad.
En la misma línea existen Decretos en todas las demás CCAA (Aragón, Islas Baleares, Canarias, Cantabria, Madrid, Navarra, Comunidad Valenciana, Extremadura, Galicia, País Vasco, Andalucía, Cataluña, Castilla-La Mancha, Asturias, La Rioja, Murcia, Ceuta y Melilla).

36 Iglesias Martín, C. R.: "Las TIC: un escenario de riesgo. La protección jurídica del menor", en AA.VV.: *Análisis conceptual y metodología del derecho educativo* (coord. por González Alonso F., Castaño Calle, R.), ISOLMA, Costa Rica, 2020, pp. 303-324.

Constitución española, a la educación para el desarrollo sostenible y la ciudadanía mundial, a la función social de los impuestos y la justicia fiscal, a la igualdad de mujeres y hombres y al valor del respeto a la diversidad, fomentando el espíritu crítico, la cultura de paz y no violencia y el respeto por el entorno y los animales.

En esta etapa se pondrá especial énfasis en garantizar la inclusión educativa, en la atención personalizada, en la prevención de las dificultades de aprendizaje y en la puesta en práctica de mecanismos de refuerzo tan pronto como se detecten estas dificultades. Se deberá dedicar un tiempo diario a la lectura y se establece que la comprensión lectora, la expresión oral y escrita, la creación artística, la comunicación audiovisual, la competencia digital, el fomento de la creatividad y del espíritu científico se trabajarán en todas las áreas de educación primaria. De igual modo, se trabajarán la educación para el consumo responsable y el desarrollo sostenible, la educación para la salud, incluida la afectivo-sexual. Asimismo, se pondrá especial atención a la educación emocional y en valores, entre los que se incluye la igualdad entre hombres y mujeres como pilar de la democracia.

Por otra parte, la escolarización del alumnado con necesidad específica de apoyo educativo deberá estar regida por los principios de inclusión y participación, calidad, equidad, no discriminación e igualdad efectiva en el acceso y permanencia en el sistema educativo y accesibilidad universal para todo el alumnado.

Para impulsar la equidad del sistema educativo, se fortalecen en el capítulo segundo de este título los objetivos y las actuaciones que deben llevar a cabo las Administraciones educativas ante las personas, grupos, entornos sociales y ámbitos territoriales que se encuentren en situación de vulnerabilidad socioeducativa y cultural, a fin de eliminar las barreras que limitan su acceso, presencia, participación y aprendizaje. Con ello se quieren asegurar los ajustes razonables en función de las necesidades individuales y prestar el apoyo necesario para fomentar su máximo desarrollo educativo y social, de manera que todos puedan acceder a una educación inclusiva, en igualdad de condiciones con los demás.

Por otra parte, se señala que, en la admisión del alumnado en centros públicos y privados concertados, las Administraciones públicas garantizarán el derecho a la educación, el acceso en condiciones de igualdad y no discriminación y la libertad de elección de centro por padres, madres o tutores legales y atenderán a una adecuada y equilibrada distribución entre los centros escolares del alumnado con necesidad específica de apoyo educativo. Asimismo, velarán para evitar la segregación del alumnado por razones socioeconómicas o de otra naturaleza.

Así pues, la LO 3/2020 (LOMLOE) en su artículo único ha modificado la LO 2/2006, de 3 de mayo, de Educación. El punto cincuenta bis modifica el art. 75[37], los arts. 71, 72, 73 y 74 sobre los principios, recursos el ámbito y la escolarización del alumnado que presenta necesidades educativas especiales han quedado como estaban. El cincuenta ter, modifica el título del Capítulo II del Título II y el art. 80[38]. El punto cincuenta quáter modifica el art. 81[39].

En los supuestos de nulidad, separación o divorcio, la Ley 8/2021, de 2 de junio que reforma de la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica, introduce una nueva

37 Art. 75. Inclusión educativa, social y laboral.
1. Cuando las circunstancias personales del alumno o alumna con necesidades educativas especiales lo aconsejen para la consecución de los objetivos de la enseñanza básica, este alumnado podrá contar con un curso adicional. Estas circunstancias podrán ser permanentes o transitorias y deberán estar suficientemente acreditadas.
2. Con objeto de reforzar la inclusión educativa, las administraciones educativas podrán incorporar a su oferta educativa las lenguas de signos españolas.
3. Con la finalidad de facilitar la inclusión social y laboral del alumnado con necesidades educativas especiales que no pueda conseguir los objetivos de la educación obligatoria, las Administraciones públicas fomentarán ofertas formativas adaptadas a sus necesidades específicas.
4. Las Administraciones educativas establecerán una reserva de plazas en las enseñanzas de formación profesional para el alumnado con discapacidad.

38 CAPÍTULO II
Equidad y compensación de las desigualdades en educación
Art. 80. Principios.
1. Con el fin de hacer efectivo el principio de equidad en el ejercicio del derecho a la educación, las Administraciones públicas desarrollarán acciones dirigidas hacia las personas, grupos, entornos sociales y ámbitos territoriales que se encuentren en situación de vulnerabilidad socioeducativa y cultural con el objetivo de eliminar las barreras que limitan su acceso, presencia, participación o aprendizaje, asegurando con ello los ajustes razonables en función de sus necesidades individuales y prestando el apoyo necesario para fomentar su máximo desarrollo educativo y social, de manera que puedan acceder a una educación inclusiva, en igualdad de condiciones con los demás.
2. Las políticas de compensación reforzarán la acción del sistema educativo de forma que se eviten desigualdades derivadas de factores sociales, económicos, culturales, geográficos, étnicos o de otra índole.
3. Corresponde al Estado y a las Comunidades Autónomas en sus respectivos ámbitos de competencia fijar sus objetivos prioritarios a fin de lograr una educación de mayor equidad.

39 Art. 81. Escolarización.
1. Corresponde a las Administraciones educativas asegurar una actuación preventiva y compensatoria garantizando las condiciones más favorables para la escolarización de todos los niños cuyas condiciones personales o sociales supongan una desigualdad inicial para acceder a las distintas etapas de la educación. La escolarización del alumnado en situación de vulnerabilidad socioeducativa se regirá por los principios de participación e inclusión y asegurará su no discriminación ni segregación y la igualdad efectiva en el acceso y la permanencia en el sistema educativo. Con este fin, las Administraciones educativas adoptarán las medidas necesarias para actuar de forma preventiva con el alumnado en situación de vulnerabilidad socioeducativa con objeto de favorecer su éxito escolar.
2. En aquellos centros escolares, zonas geográficas o entornos sociales en los cuales exista concentración de alumnado en situación de vulnerabilidad socioeducativa, las Administraciones educativas desarrollarán iniciativas para compensar esta situación. A este fin se podrán establecer actuaciones socioeducativas conjuntas a nivel territorial con las Administraciones locales y entidades sociales, incluyendo una especial atención a la oferta educativa extraescolar y de ocio educativo, así como acciones de acompañamiento y tutorización con el alumnado que se encuentre en esta situación y con sus familias.
Dichas iniciativas y actuaciones se realizarán de manera que se evite la segregación de este alumnado dentro de los centros educativos.
3. Las Administraciones educativas adoptarán las medidas necesarias para desarrollar acciones de acompañamiento y tutorización con el alumnado que se encuentre en esta situación y con sus familias.
4. Sin perjuicio de lo dispuesto en el capítulo I de este mismo título, las Administraciones educativas dotarán a los centros públicos y privados concertados de los recursos humanos y materiales necesarios para compensar la situación de los alumnos que tengan especiales dificultades para alcanzar los objetivos educativos, debido a sus condiciones sociales.

redacción de los arts. 81, párrafo primero[40], y del art. 91[41] del Código Civil, y ello es necesario en estas líneas de actuación sobre la educación de los hijos con discapacidad, ya que es innegable que la sentencia correspondiente en estos supuestos de crisis matrimonial, previa audiencia al menor, tiene que resolver sobre el establecimiento y modo de ejercicio de todas las medidas de apoyo que precisen[42].

V. CONCLUSIONES

En el año 2018 Naciones Unidas elaboró un duro informe en el que acusaba a España de tener un sistema paralelo de educación especial que considera que discrimina a los alumnos con este tipo de necesidades. La ONU instaba a nuestro país a asegurar una educación inclusiva en centros ordinarios para todos los alumnos con discapacidad y acabar con el sistema de centros especiales.

Así pues, en consonancia con este mandato, la LOMLOE propone incrementar los recursos de los centros ordinarios paulatinamente, para que ninguna familia se quede sin escolarizar a su hijo en un centro ordinario porque éstos no tengan los recursos ni los medios adecuados. No se plantea el cierre de los centros de educación especial como parece que se había entendido. Las Administraciones educativas tienen que seguir prestando el apoyo necesario a los centros de educación especial para que además de escolarizar a aquellos niños que requieran una atención muy especializada, desempeñen la función de centros de referencia y apoyo a los centros ordinarios[43].

40 El párrafo primero del art. 81 queda redactado de la siguiente manera: Se decretará judicialmente la separación cuando existan hijos menores no emancipados o hijos mayores respecto de los que se hayan establecido judicialmente medidas de apoyo atribuidas a sus progenitores, cualquiera que sea la forma de celebración del matrimonio.

41 El art. 91 se reforma en el párrafo segundo y queda redactado como sigue: Cuando al tiempo de la nulidad, separación o divorcio existieran hijos comunes mayores de dieciséis años que se hallasen en situación de necesitar medidas de apoyo por razón de su discapacidad, la sentencia correspondiente, previa audiencia del menor, resolverá también sobre el establecimiento y modo de ejercicio de estas, las cuales, en su caso, entrarán en vigor cuando el hijo alcance los dieciocho años de edad. En estos casos la legitimación para instarlas, las especialidades de prueba y el contenido de la sentencia se regirán por lo dispuesto en la Ley de Enjuiciamiento Civil acerca de la provisión judicial de medidas de apoyo a las personas con discapacidad.

42 Guilarte Martín-Calero, C.: *Comentarios a la Ley 8/2021 por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad*, Cizur Menor Navarra, Thomson Reuters Aranzadi, 2021, pp. 134 y ss. Con respecto a la reforma introducida en el art. 81 CC y también en el 82 CC, ya que los dos se refieren a los cauces para la obtención de la separación y el divorcio, "ambos artículos responden a la obligación que la Convención de Nueva York impone al Estado para procurar apoyos a la persona que los precisa en el ejercicio de su capacidad jurídica". Con respecto al párrafo 2 del art. 91 CC, dice la autora que su ámbito de aplicación "se reduce a la curatela con funciones de representación … la curatela con facultades de representación plena a la que alude el art. 1903 CC. En estos casos, la dependencia de los padres lo es para todos los aspectos de la vida y la persona se encuentre en una situación de imposibilidad para conformar su voluntad. La separación o divorcio de los padres. La falta de convivencia familiar, exige adoptar unas reglas que garanticen el derecho del hijo con discapacidad a relacionarse con sus dos pares y su derecho a recibir de ellos asistencia de todo orden tal y como ordena el art. 39 CE y ello podrí canalizarse a través del proceso matrimonial que, al anticipar la provisión de apoyos, faculta al juez para adoptar aquellas reglas que surtirán efecto al alcanzarse la mayor edad.

43 STC, Sala Primera, sentencia 10/2014, de 27 de enero, Rec. 6868/2012, concluye esta sentencia que la decisión de escolarización del menor en un Centro de educación especial por parte de la Comisión

Además, con la LO 8/2021 de 2 de junio se han matizado muchas cuestiones de derecho de familia inextricablemente unidas al tema de la educación inclusiva.

De esta forma se pretende hacer frente a los retos para el futuro: tomar conciencia de la perspectiva hacia la diversidad humana, aprender a trabajar juntos, formarse a lo largo de la vida y reflexionar sobre la práctica de otros y la propia práctica[44].

El futuro precisamente nos dirá si no se ha quedado en una mera declaración de intenciones.

de escolarización de la Dirección Provincial de educación de Palencia y las resoluciones judiciales que la confirmaron, no vulneraron el derecho fundamental a la educación, ni a la igualdad, en atención a la existencia de una supuesta discriminación, al haber ponderado suficientemente las razones en que se basa la adopción de tal medida excepcional, siendo, en consecuencia dicha iniciativa, respetuosa con el contenido de los arts. 27, 14 y 49 CE, interpretados estos preceptos de conformidad con los textos internacionales suscritos por España.

Este fallo tuvo el voto particular del Magistrado don Luis Ignacio Ortega Álvarez al que se adhiere el Magistrado don Juan Antonio Xiol Ríos, que matizan que en la resolución no se ha tenido en cuenta la solución intermedia, desconociendo los principios que deben inspirar la educación de los menores con discapacidad, las opciones de escolarización no se agotan en la elección de un centro ordinario de educación frente a un centro especial de educación, ya que la opción que se pretendía era la escolarización del menor en un centro ordinario con los apoyos necesarios para la inclusión de alumnos con necesidades especiales, en vista de ello, la conclusión de estos magistrados en su voto particular es que, si se ha lesionado el principio de igualdad en relación con el derecho a la educación.

44 Echeita, G. y Fernández, M. L.: "El contexto educativo. Hacia una educación más inclusiva como contexto para el desarrollo de todo el alumnado", en AA.VV.: *Desarrollos diferentes* (coord. por Gutierrez, B., Brioso, A.), pp. 201-215, Madrid 2017, Ed. Sanz y Torres.

BIBLIOGRAFÍA

Barton, C., Slater, L.: "It´s voluntary! Accommodation under s 20 of Children Act 1989", *Family Law,* vol. 46, núm. 9, 2016.

Castaño Calle, R.: "Una apuesta desde el derecho educativo por la diversidad e inclusión educativa. Retos de presente y de futuro", en AA.VV.: *Análisis conceptual y metodológico del derecho educativo* (coord. por González Alonso, F., Castaño Calle, R.), ISOLMA, Costa Rica, 2020.

Echeita, G. y Fernández, M. L.: "El contexto educativo. Hacia una educación más inclusiva como contexto para el desarrollo de todo el alumnado", en AA.VV.: *Desarrollos diferentes* (coord. por Gutiérrez, B. y Brioso, A.), Ed. Sanz y Torres, Madrid 2017.

Field, S., Kuczera, M., Pont, B.: *Education and Training Policy. No more failures. Ten steps to equity in education*, OECD 2007.

Guilarte Martín-Calero, C.: *Comentarios a la Ley 8/2021 por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad*, Cizur Menor Navarra, Thomson Reuters Aranzadi, 2021.

Guttman, C.: *Educación y desigualdad,* El correo de la UNESCO, núm. 11, 2000.

Iglesias Martín, C. R.: "Las TIC: un escenario de riesgo. La protección jurídica del menor", en AA.VV.: *Análisis conceptual y metodología del derecho educativo* (coord. por González Alonso F., Castaño Calle, R.), ISOLMA, Costa Rica, 2020.

Lickona, T.: *Educating the Moral Child,* Principal, vol. 68, núm. 2, noviembre 1988.

Martínez Aguirre, L.: *Sistemas de educación especial*, Red Tercer Milenio S.C., México, 2012.

Minguelena Torrado, J., Naya Garmendia, L.M., Dávila Balsera, P.: Capítulo 2, "Declaraciones y Tratados sobre Derechos del Niño", en AA.VV.: *Derechos de la infancia y sistemas de protección*, Delta Publicaciones, Serie: educación, Colección: políticas educativas y educación inclusiva, España, 2021.

Pereña Vicente, M.: "El régimen jurídico de los poderes preventivos en la reforma del Código Civil", en AA. VV.: *Principios y preceptos de reforma legal de la discapacidad. El Derecho en el umbral de la política* (coord. por Munar Bernat, P. A.). Marcial Pons, Madrid, 2021.

PETERSON, M., LEROY, B., FIELD, S., WOOD, P. "Aprendizaje referido a la comunidad en las escuelas inclusivas", en AA.VV.: *Aulas inclusivas. Un nuevo modo de enfocar y vivir el currículo* (coord. por STAINBACK S. Y STAINBACK, W.), Narcea, Madrid, 2007.

SÁNCHEZ HÉRNANDEZ, Á.: "Aspectos generales de la reforma del Código Civil relativa a las personas con discapacidad intelectual en el ejercicio de su capacidad jurídica", *Revista Boliviana de Derecho*, núm. 33, enero 2022.

STAINBACK, S., STAINBACK, W., JACKSON, H. J.: "Hacia las aulas inclusivas", en AA.VV.: *Aulas inclusivas. Un nuevo modo de enfocar y vivir el currícul,* (coord. por STAINBACK S. y STAINBACK, W.), Narcea, Madrid, 2007.

VIVAS TESÓN, I.: "Niños y niñas con capacidades diferentes: el derecho de la persona a tomar sus propias decisiones", *LA LEY Derecho de familia*, núm. 13, Primer Trimestre 2017, *Diario La Ley*, núm. 8946, Sección Tribuna, 22 de marzo 2017, Wolters Kluwer. LA LEY 1770/2017.

SUSPENSIÓN DEL RÉGIMEN DE VISITAS O ESTANCIA DEL ART. 94 DEL CÓDIGO CIVIL TRAS SU REFORMA POR LA LEY 8/2021, DE 2 DE JUNIO

SUSPENSION OF PARENTING TIME OF ART. 94 OF THE SPANISH CIVIL CODE AFTER ITS REFORM BY THE ACT 8/2021, 2ND JUNE

Rev. Boliv. de Derecho Nº 34, julio 2022, ISSN: 2070-8157, pp. 96-117

Jesús Daniel
AYLLÓN
GARCÍA

ARTÍCULO RECIBIDO: 26 de mayo de 2022
ARTÍCULO APROBADO: 15 de junio de 2022

RESUMEN: La Ley 8/2021, de 2 de junio, ha modificado el apartado cuatro del art. 94 CC estableciendo la suspensión del régimen de visitas o estancia de los hijos con sus progenitores, cuando alguno de los últimos esté incurso en un procedimiento penal de violencia doméstica o de género o existan indicios de ello en atención a proteger al menor ante situaciones de violencia. Además, dicha norma encuentra reflejo en la normativa foral y, ambas, esto es, la normativa común y la foral, están a la espera de su juicio de constitucionalidad.

PALABRAS CLAVE: Suspensión régimen de visitas; inconstitucionalidad; presunción de inocencia; interés superior del menor.

ABSTRACT: *The Act 8/2021, 2nd June, has modified section four of art. 94 Civil Code establishing the suspension of parenting time of the children with their parents, when one of their parents is involved in a criminal procedure of domestic violence or gender violence or there are indications of it to protect the minor in situations of violence. In addition, said rule is reflected in the regional regulations and both, that is, the common and regional regulations, are awaiting their constitutionality trial.*

KEY WORDS: *Suspended parenting time; unconstitutionality; presumption of innocence; the best interests of the child.*

SUMARIO.- I. INTRODUCCIÓN.- II. CONTENIDO DE LA REFORMA DEL ART. 94 CC: SUSPENSIÓN DEL RÉGIMEN DE VISITAS O ESTANCIA.- 1. La reforma del art. 94 CC en materia de suspensión del régimen de visitas o estancia.- 2. Presupuestos para acordar la suspensión del régimen de visitas o estancia de los progenitores con sus descendientes.- 3. Protección integral a la infancia y a la adolescencia e interés superior del menor.- III. POSIBLE INCONSTITUCIONALIDAD DEL ART. 94 CC.- 1. Cuestión de inconstitucionalidad del art. 80.6 CDFA.- 2. Cuestión de inconstitucionalidad del art. 94 CC.- A) Posible vulneración del libre desarrollo de la personalidad del art. 10.1 CE.- B) Posible vulneración del principio de igualdad del art. 14 CE.- C) Posible vulneración del derecho a la presunción de inocencia del art. 24.2 CE en relación con la independencia del poder judicial prevista en el art. 117 CE.- D) Posible vulneración del principio del interés superior del menor del art. 39.1 y 2 CE.- E) Posible vulneración del art. 81.1 CE.- IV. CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN.

Con la llegada de la Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica[1] con entrada en vigor el 3 de septiembre de 2021, se ha suscitado un interesantísimo debate entre los juristas en torno a la modificación introducida por dicha norma en el art. 94 CC en relación con la imposibilidad de establecer un régimen de visitas o estancia, o suspenderlo si ya existiese, a favor del progenitor que se encuentre, o bien incurso en un proceso penal iniciado por atentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad o indemnidad sexual del otro cónyuge o sus hijos; o bien, por advertir la autoridad judicial, aunque ni si quiera se haya iniciado un proceso penal, indicios fundados de violencia doméstica o de género obtenidos de las alegaciones de las partes y de las pruebas practicadas. Esta nueva redacción que, como apuntaremos, encuentra su homónimo en alguna normativa de derecho civil foral propio, ha suscitado dudas sobre su constitucionalidad, tanto en la redacción del art. 94 CC, así como en su homónimo foral.

De este modo, a lo largo de las siguientes líneas, se va a analizar cuál ha sido el contenido exacto introducido por la Ley 8/2021 ya citada en el art. 94 CC, se hará alusión a algunas cuestiones controvertidas en relación con la materia, así como a la posible tacha de inconstitucionalidad del precepto, sin olvidarnos de

1 BOE núm. 132, de 03 junio de 2021.

• Jesús Daniel Ayllón García
Contratado de Investigación Postdoctoral, acreditado a Profesor Contratado Doctor. Obtuvo el grado de Doctor (2021) en la Universidad de Cantabria donde cursó el Grado en Derecho (2010-2014), el Máster Oficial en Fundamentos y Principios del Sistema Jurídico (2015), el Máster en Mediación y Resolución de Conflictos (2017) y el Máster en Derecho de Familia y de Menores (2018). Sus principales líneas de investigación son el Derecho de la persona, Derecho de familia y patrimonial, las nuevas tecnologías y la protección de datos. Ha impartido docencia en el Grado y Postgrado en Derecho en la Universidad de Cantabria, en el Doble Grado de Derecho y Administración de Empresas en la Universidad de Valladolid y un curso de veorano de Derecho de Familia y Sucesiones en la Universidad de Bayreuth (Alemania). Correo electrónico: jesusdaniel.ayllon@unican.es.

hacer referencia a alguna normativa foral que regula esta materia en términos, prácticamente, idénticos. Actualmente, veremos, existen dos cuestiones de inconstitucionalidad planteadas en relación con esta medida que suspende las visitas de los progenitores con sus hijos como consecuencia de la existencia de un procedimiento penal o de indicios de hechos constitutivos de determinados delitos que puedan atentar contra la seguridad de los menores de edad.

II. CONTENIDO DE LA REFORMA DEL ART. 94 CC: SUSPENSIÓN DEL RÉGIMEN DE VISITAS O ESTANCIA.

En este apartado vamos a hacer referencia al contenido de la reforma operada en el art. 94 CC, a la protección integral de la adolescencia y de la infancia y, finalmente, nos detendremos en analizar qué situación concreta es la que da lugar a la suspensión del régimen de visitas de los progenitores respecto de sus hijos.

1. La reforma del art. 94 CC en materia de suspensión del régimen de visitas o estancia.

Lo primero que queremos señalar es que no es el art. 94 CC en su totalidad el que ha sido modificado en relación con la suspensión del régimen de visitas de los progenitores con sus descendientes sino que, concretamente, se hace alusión a esta cuestión en el apartado cuarto de este precepto en los siguientes términos: "No procederá el establecimiento de un régimen de visita o estancia, y si existiera se suspenderá, respecto del progenitor que esté incurso en un proceso penal iniciado por atentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual del otro cónyuge o sus hijos. Tampoco procederá cuando la autoridad judicial advierta, de las alegaciones de las partes y las pruebas practicadas, la existencia de indicios fundados de violencia doméstica o de género. No obstante, la autoridad judicial podrá establecer un régimen de visita, comunicación o estancia en resolución motivada en el interés superior del menor o en la voluntad, deseos y preferencias del mayor con discapacidad necesitado de apoyos y previa evaluación de la situación de la relación paternofilial".

Primeramente, la redacción puede calificarse de ambigua, pues cuando textualmente se establece "del otro cónyuge", debiera establecer "del otro progenitor", pues el precepto se aplicará con independencia de que los mismos estén unidos en matrimonio o no, ya que de lo que se trata es de proteger al menor de situaciones que le puedan poner en riesgo con independencia de si sus progenitores han contraído matrimonio o no. Recordemos que nuestro texto constitucional en su art. 39 compele, por un lado, a los poderes públicos a dar protección a la familia, con independencia de que sea matrimonial o no, y, por otro lado, elimina toda discriminación entre los hijos matrimoniales y extramatrimoniales. Ello está en consonancia con la ya reiterada doctrina del

Tribunal Constitucional[2] que defiende que sería más correcto hablar de familias, en plural, que de familia[3]. Se trata de un descuido por parte del legislador que ya no debiera de producirse porque, una cuestión es que los antiguos preceptos antes de esta doctrina sigan disponiendo "cónyuges" y otra muy diferente es que la nueva normativa siga haciendo este tipo de discriminación, aunque, como se ha apuntado, es una discriminación únicamente lingüística que no se ve reflejada en el plano material, pues el precepto se aplicará con independencia de si los progenitores forman parte de una familia matrimonial o extramatrimonial.

Como se acaba de apuntar, el art. 94 CC, a través de su reforma, trata de proteger a los menores de edad ante situaciones que puedan menoscabar su integridad y alejarlos de situaciones peligrosas o, al menos, eso es lo que debemos deducir, puesto que esta modificación fue introducida por la ya citada Ley 8/2021, de 2 de junio, donde nada se expone al respecto en su extenso Preámbulo en lo que a la cuestión que estamos tratando se refiere. Otra cuestión que resulta criticable y sobre la que nos detendremos tras analizar los presupuestos para acordar la suspensión del régimen de visitas o estancia de los progenitores con sus hijos.

2. Presupuestos para acordar la suspensión del régimen de visitas o estancia de los progenitores con sus descendientes.

Apuntadas estas cuestiones, conviene señalar cuáles son las reglas que contiene la actual redacción del art. 94 CC para los supuestos en los que no es posible acordar una custodia compartida, para después poder adentrarse en la polémica que las mismas suscitan.

En primer lugar, contiene una regla general que, *grosso modo*, señala que el progenitor no custodio gozará de un derecho de visitas, comunicación y estancia fijado por la autoridad judicial.

En segundo lugar, contiene una excepción de carácter facultativo, en la que la autoridad judicial podrá limitar o suspender los derechos de la regla general en dos supuestos: cuando concurran circunstancias relevantes (no graves como disponía la redacción anterior) que así lo aconsejen, pero que al mismo tiempo no pueden estar vinculadas ni con la pendencia de un proceso penal, ni con el incumplimiento reiterado o grave de los deberes vinculados al ejercicio de la patria potestad impuestos en resolución judicial, que es el segundo de los supuestos.

2 STC 6 de noviembre (RTC 2010/198).

3 Ayllón García, J. D.: *Las parejas de hecho. Nuevas tendencias,* Reus, Ubijus, Madrid, México, 2021, pp. 36-37.

En tercer lugar, la nueva redacción del art. 94 CC establece dos excepciones imperativas con la expresión autoritaria de "no procederá o se suspenderá si existiese", sin que la autoridad judicial pueda entrar a valorar la situación concreta, al menos, en un primer momento. Esas dos excepciones imperativas donde ha de suspender el derecho de visitas y de estancia (que no el de comunicación, pues nada se dice al respecto) son: a) cuando el progenitor esté incurso en un proceso penal iniciado por atentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual de otro cónyuge (ya apuntamos que mejor debiera estipularse "progenitor") o hijos; b) cuando se aprecie la existencia de indicios fundados de violencia doméstica o de género, conforme a las alegaciones de las partes y las pruebas practicadas, lo que supone que se parte del supuesto de que no existe aún ningún tipo de proceso penal abierto, ya que si así fuese, procedería la primera de las excepciones preceptivas.

Estas excepciones calificadas como imperativas y contenidas en la nueva redacción del art. 94 CC no son una cuestión que afecte únicamente al ámbito del Derecho Común, sino que también las regiones con Derecho civil propio disponen de una regulación homónima a la inmediatamente comentada. Así, por ejemplo, Cataluña lo contempla en el art. 233-11-3 de su Código Civil; el Código de Derecho Foral de Aragón lo contempla en su art. 80.6. En otras Comunidades Autónomas, como la Valenciana tampoco acuerda, por ejemplo, la custodia compartida cuando constan fundados indicios de violencia doméstica unidos a la existencia de malas relaciones entre los progenitores[4].

No obstante, tal y como se apuntaba, se establece, "en un principio" este régimen de suspensión de visitas o estancias de "manera imperativa". En un principio señalo, porque si atendemos al tenor literal del art. 94 CC, se establece la posibilidad de que dicha suspensión calificada de "automática" no sea acordada y, por tanto, se acuerde un régimen de visitas o estancia de los progenitores con sus hijos pese a estar incursos en un proceso penal o pese a que existan indicios de criminalidad, siempre y cuando se motive que dicha medida redundará en beneficio de los hijos y por tanto, con el principio de interés superior del menor como eje principal de dicha motivación. Otra cuestión diferente es que se entienda que la exigencia de esta motivación pueda resultar contraria a la Constitución y que lo constitucional sería motivar la suspensión y no el acuerdo del régimen de visitas, tal y como apuntaremos cuando analicemos las causas de inconstitucionalidad que se plantean en el auto que plantea la cuestión de inconstitucionalidad de este precepto.

De este modo, este sería el régimen de suspensión de visitas previsto en el art. 94 CC tras la entrada en vigor de la Ley 8/2021, de 2 de junio, a la que ya hemos

4 SAP Valencia 10 de febrero (JUR 2014\107660).

tenido ocasión de hacer referencia, donde se prevé una suspensión, que algunos jueces han calificado como automática, del derecho de visitas o estancia de los progenitores con sus hijos cuando concurran ciertas circunstancias, y que solo podrá ser no acordado si el juez lo motiva suficientemente y previa evaluación de la situación de la relación paternofilial.

Esta "evaluación de la situación de la relación paternofilial" nos recuerda en parte a la actual redacción del art. 98.2 CC donde queda en manos del juez la decisión de si se adopta o no la custodia compartida[5], tras declararse inconstitucional el inciso que exigía un informe "favorable" del Ministerio Fiscal[6] para poder acordar la custodia compartida. No obstante, sobre esta cuestión nos detendremos con una mayor profundidad más adelante.

3. Protección integral a la infancia y a la adolescencia e interés superior del menor.

Pese a que esta reforma, tal y como hemos apuntado, ha sido introducida por la Ley 8/2021, de 2 de junio, entendemos, por lo que a continuación expondremos, que debiera de haberse llevado a cabo con la Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y a la adolescencia frente a la violencia[7]. Lo más adecuado, se entiende, es que el legislador hubiera esperado tan solo unos días más para introducir esta reforma del art. 94 CC, no a través de la Ley 8/2021, de 2 de junio, sino a través de la Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio donde, aquí sí, en su Exposición de Motivos, con motivo de la modificación del art. 92 CC y 544 ter LECrim, se establece que con esta reforma se pretende reforzar el interés del menor en los procesos de separación, nulidad y divorcio[8], así como "asegurar que existen las cautelas necesarias para el cumplimiento de los regímenes de guarda y custodia".

Además, es obvio, que por el propio *nomen iuris* de la norma "protección integral a la infancia y a la adolescencia frente a la violencia" tenía mejor encaje en esta norma orgánica que en la que abordaba la materia de la discapacidad. No entendemos cómo no se introdujo la modificación prevista en el actual art. 94 CC que venimos comentando con ocasión de esta Ley Orgánica al tiempo que se modificó el art. 544 ter LECrim ya citado, puesto que su contenido es muy similar. Muy similar digo porque ya hemos apuntado cómo el art. 94 CC establece una suspensión automática en los supuestos que hemos señalado y el art. 544

5 Jurisprudencia del Tribunal Supremo: STS, Sala Primera, de 28 de enero de 2016 (RJ 2016/370). *Revista de Derecho de Familia, núm. 73,*Editorial Aranzadi, 2016, pp. 117-119.

6 STC 17 de octubre (RTC 2012\185).

7 BOE núm. 134, de 5 de junio de 2021

8 Ayllón García, J.D.: "Suspensión del régimen de visitas cuando existen indicios de violencia doméstica o de género en el Derecho común y en el Derecho foral", *Familia y Sucesiones ICAV,* 2022, núm. 21°, pp. 18-23.

ter LECrim estipula que la autoridad judicial, de oficio o a instancia de parte, suspenderá el régimen de visitas, estancia, relación o comunicación del inculpado respecto de los menores que dependan de él, cuando habiéndose dictado una orden de protección con medidas de contenido penal, concurrieran indicios fundados de que los menores hubieran presenciado, sufrido o convivido con la violencia. También este precepto prevé que pueda no acordarse la suspensión siempre y cuando se motive y exista esa previa evaluación de la situación de la relación paternofilial a la que también hace referencia el art. 94 CC[9].

De este modo, en relación con la LO 8/2021, de 4 de junio, se puede resaltar que la misma se caracteriza por la gran heterogeneidad de medidas que ha incluido en su articulado, acabando siendo considerada una auténtica Ley integral que abarca distintas facetas y áreas[10]. Y precisamente, por esa heterogeneidad es por lo que no entendemos que no se haya incluido la materia que venimos comentando en esta normativa y sí en una relativa a materia de discapacidad. Probablemente la razón sea que esta medida, aunque traiga consecuencia directa en hechos que se caracterizan por formar parte de un proceso penal (malos tratos, violencia doméstica o indicios de alguno de ellos) y, por tanto, ha de ser regulado por Ley Orgánica, se circunscribe, en realidad y únicamente al proceso civil, que es donde se adoptan las medidas cautelares en los procesos de separación o divorcio. No obstante, en el siguiente apartado señalaremos otro motivo, tal y como ha entendido una magistrada en el planteamiento de una cuestión de inconstitucionalidad, por el que dicha reforma debiera de haberse producido por la vía de la Ley orgánica y no de la Ley ordinaria.

Además, esta Ley Orgánica hace alusión directa al principio del interés superior del menor relacionado estrechamente con la materia que venimos analizando. En este sentido es necesario apuntar, tal y como señala la doctrina y la jurisprudencia más relevante, que el interés superior del menor ha de primar sobre cualquier otro interés legítimo con el que pueda concurrir, como sería en el caso que estamos analizando, con el derecho de los progenitores a estar en compañía de sus hijos. De este modo hay que respetar el interés superior del menor en toda medida o actuación que le pueda afectar en el desarrollo de su personalidad, debiendo por ello, evitarse cualquier acto que implique violencia contra los menores, ya sea de contenido psicológico, físico o sexual[11].

9 Planchadell Gargallo, A.: "Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y a la adolescencia frente a la violencia. Cuestiones penales y procesales", *Revista Aranzadi de Derecho y Proceso Penal,* núm. 63, 2021, Aranzadi (BIB 2021/4579).

10 Magro Servet, V.: "La suspensión, o no adopción, del régimen de visitas y la Ley de Protección de la Infancia", *OTROSÍ, Revista del Colegio de Abogados de Madrid,* 7º Época, 2021, pp. 46-47.

11 STS 3 de diciembre (RJ 2018\5872).

Por lo tanto, en relación con el interés superior del menor y esta suspensión del derecho de visitas o estancia, habría que ponderar el propio interés superior del menor con el derecho de los padres a relacionarse con sus hijos, o más bien, con el derecho de los hijos a relacionarse con sus progenitores[12], y habría que hacerlo de manera individualizada, atendiendo al caso concreto para determinar si, a pesar de concurrir las circunstancias que prevén la suspensión del régimen de visitas o estancia en el art. 94 CC o en el art. 544 ter LECrim, sería conveniente para los menores conservar el régimen de visitas y estancia con ambos progenitores.

III. POSIBLE INCONSTITUCIONALIDAD DEL ART. 94 CC.

Ahora bien, de lo que se ha expuesto ¿Qué es lo que ha suscitado un debate entre los juristas? La polémica gira, sobre todo, en torno a la segunda de las excepciones, esto es, en torno a la prohibición de acordar, o suspender si ya ha sido acordado, el régimen de visitas y de estancia de los menores con el progenitor sobre el que existan indicios de violencia doméstica o de género, sin ni si quiera existir un proceso penal incoado. Al respecto existen dos posturas.

Una de ellas es la que entiende esta reforma como un anhelo materializado, es decir, una herramienta para evitar la denominada violencia vicaria que, desafortunadamente, está tan en boga en estos últimos meses[13]. No obstante, se entiende que esta reforma puede ser un arma de doble filo y también puede dar lugar a la proliferación de denuncias falsas entre progenitores (con independencia de su sexo, pues recordemos que puede ser tanto violencia de género como doméstica y los delitos en esta última modalidad pueden ser cometidos tanto por hombres como por mujeres) en las que utilice esta herramienta con el único fin de causar daño a sus parejas a través de sus hijos al privarles de su compañía con el simple hecho de interponer una denuncia o de alegar en el proceso civil cuestiones que den lugar a indicios de violencia de género o doméstica.

La otra postura gira en torno a la idea de que con esta reforma se está vulnerando el principio de presunción de inocencia desde el momento en que no es necesario que exista una resolución judicial, ni si quiera que se haya incoado un proceso penal para que un Juez de la jurisdicción civil, que no penal, suspenda *ex lege* e imperativamente de manera automática (o no acuerde, en su caso), el régimen de visitas y de estancia hacia el progenitor sobre el que existan tales indicios de criminalidad[14].

12 Díez Picazo, L. y Gullón, A.: *Sistema de Derecho Civil, Vol. IV. Tomo I. Derecho de Familia,* 11ª Edición, 2012, pp. 286-288.

13 Porter B., López Angulo, Y.: "Violencia vicaria en el contexto de la violencia de género: un estudio descriptivo en Iberoamérica", *CienciAmérica: Revista de divulgación científica de la Universidad Tecnológica Indoamérica*, vol. 11, núm. 1, 2022, pp. 11-42.

14 Pérez Melengo, N.: "¿Cómo afectará a la presunción de inocencia la nueva reforma sobre el derecho de visitas?, *El Confidencial. Jurídico, Tribuna,* 2021. Disponible on-line en https://blogs.elconfidencial.com/

Estas son las dos posturas que han surgido a raíz de la entrada en vigor de la Ley 8/2021, de 2 de junio y en las que, a continuación, vamos a profundizar a través del estudio de dos cuestiones de inconstitucionalidad que se han planteado en torno a esta materia. Una en relación con el art. 80.6 del Código de Derecho Foral de Aragón (CDFA, en adelante) sobre la prohibición de establecer la guarda y custodia a uno de los progenitores en las situaciones que señalaremos; y otra en relación con el art. 94 CC, cuyo contenido ya ha sido analizado.

1. Cuestión de inconstitucionalidad del art. 80.6 CDFA.

Como acabamos de adelantar, el art. 80.6 CDFA ha sido sometido a juicio del Tribunal Constitucional por las cuestiones que inmediatamente apuntaremos[15].

Concretamente este precepto establece que "No procederá la atribución de la guarda y custodia a uno de los progenitores, ni individual ni compartida, cuando esté incurso en un proceso penal iniciado por atentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual del otro progenitor o de los hijos, y se haya dictado resolución judicial motivada en la que se constaten indicios fundados y racionales de criminalidad. Tampoco procederá cuando el Juez advierta, de las alegaciones de las partes y las pruebas practicadas, la existencia de indicios fundados de violencia doméstica o de género".

Hemos adelantado que una de las posturas que se defienden en relación con esta materia es la posible vulneración del principio de presunción de inocencia. Sin embargo, a raíz del planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad por parte de la magistrada Moseñe Gracia, titular del Juzgado de Primera Instancia núm. 16 de Zaragoza sobre el art. 80.6 del ya mencionado Código de Derecho Foral de Aragón, admitida a trámite por el Pleno del Tribunal Constitucional a través de providencia de 7 de octubre de 2021[16], se ha esbozado la posible vulneración de otro principio.

En particular, entiende que dicho precepto puede ser contrario al interés superior del menor y, en consecuencia, a los arts. 10.1, 39.1, 39.2 y 39.4 CE.

La duda sobre la constitucionalidad surge cuando la juzgadora, en este caso concreto, se encuentra en la tesitura de tener que resolver sobre unas medidas a adoptar sobre la demanda de guarda y custodia de los dos hijos de una pareja de hecho, donde la progenitora solicitaba la guarda y custodia monoparental a su

---

juridico/tribuna/2021-08-27/como-afectara-a-la-presuncion-de-inocencia-la-nueva-reforma-sobre-el-derecho-de-visitas_3252770/ (Consultado el 19/05/2022).

15 La cuestión de inconstitucionalidad, cuyo Auto no está disponible en las bases de datos oficiales, fue emitida por el Juzgado de Primera Instancia número 16 (Familia) de Zaragoza, dentro del procedimiento Familia, Guarda y Custodia número 607/2020.

16 BOE, núm. 248, de 16 de octubre de 2021.

favor, en tanto que el progenitor solicitaba la custodia compartida. La problemática surge porque en la documentación aportada constaba que la progenitora había sido condenada por un delito de violencia doméstica y lesiones de los arts. 153-2 y 3 CP (golpeó a su pareja con un objeto ocasionándole un eritema en el cuello y la cara) por lo que, en aplicación del art. 80.6 CDFA, según el contenido que hemos expuesto, no se le podía atribuir la guarda y custodia, ni individual ni compartida, a la progenitora y, dadas las circunstancias del caso (situación laboral de los progenitores y desarrollo diario de la vida familiar) la magistrada entendía que la aplicación de ese precepto podría suponer una colisión con el interés y el beneficio superior de los menores que, atendidas las circunstancias del caso concreto, tendrían sus necesidades cubiertas en una mayor proporción con la madre y no con el padre o, al menos, estarían mejor atendidos, si no fuese con su madre, en un régimen de custodia compartida con ambos progenitores. Además, a diferencia de lo que sucede con el art. 94 CC donde la autoridad judicial puede no acordar esas medidas en situaciones excepcionales y de manera motivada, en el Derecho aragonés no se prevé dicha posibilidad, por lo que la prohibición de decretar la guarda y custodia compartida es realmente imperativa en esta situación.

La magistrada entiende que esta aplicación automática e imperativa podría suponer una clara colisión con el interés y beneficio superior de los menores, pudiendo convertirse el art. 80.6 CDFA en una especie de cajón de sastre para cualquier conducta sea cual sea y ello, en contra de la finalidad bondadosa que se perseguía con la citada disposición, que no es otra que proteger al menor, de manera que su aplicación automática y taxativa, sin ningún otro margen, constriñendo al juzgador a decidir conforme al mismo sin ninguna otra consideración a lo que sea más conveniente en función de la valoración de la prueba podría, a la postre, causar un perjuicio a los hijos comunes de forma que el propio precepto produciría el efecto contrario al pretendido.

Además, habría que tener en cuenta el art. 76.2 CDFA donde se establece que "Toda decisión, resolución o medida que afecte a los hijos menores de edad se adoptará en atención al beneficio e interés de los mismos" y, entendemos que ello no podrá garantizarse en un principio con la aplicación automática del art. 80.6 CDFA. De este modo, entendemos que, lo que a priori ha sido regulado por el legislador aragonés para proteger a los menores, supone en este caso concreto que, de aplicarse dicha disposición, va a causar un grave perjuicio para los mismos.

Por lo tanto, en el caso concreto que se enjuicia, donde la madre ha sido condenada penalmente, la juzgadora tendría que aplicar automáticamente el art. 80.6 CDFA, suponiendo ello que la autoridad judicial no pueda entrar a valorar absolutamente nada, ni lo solicitado por las partes, ni la prueba obrante en el

procedimiento, puesto que su decisión sobre la custodia queda dictada por dicho artículo, ya que solo hay una opción posible, que es otorgar la misma al progenitor paterno, con independencia de que ello sea lo mejor o no para el menor.

En consonancia con ello, la magistrada afirma que la aplicación automática y taxativa de dicho precepto, constriñe al juzgador a decidir sin ninguna otra consideración, lo que puede causar un importante perjuicio para los hijos, con lo que la finalidad sería contraria a lo recogido en el texto constitucional y sería contrario a lo contenido en los arts. 10.1 y 39.1, 2 y 4 de nuestra Carta Magna, por lo que decide elevar al Tribunal Constitucional el juicio de constitucionalidad del citado precepto.

Una vez presentada la problemática que plantea el art. 80.6 CDFA en relación con su constitucionalidad, vamos a adentrarnos en el análisis sobre la constitucionalidad del art. 94 CC con apoyo en la cuestión de inconstitucionalidad planteada por una magistrada del Juzgado de Primera Instancia de Móstoles[17].

2. Cuestión de inconstitucionalidad del art. 94 CC.

Tal y como hemos venido adelantado a lo largo del presente trabajo, la reforma operada en el art. 94 CC por la Ley 8/2021, de 2 de junio, ha sido sometida al juicio de inconstitucionalidad y aún estamos a la espera de la respuesta que dará nuestro legislador negativo. Concretamente, el contenido que ha sido sometido al control de constitucionalidad ha sido el relativo al párrafo cuatro en relación con la suspensión del régimen de visitas de los progenitores con sus hijos cuando concurran las circunstancias penales que hemos tenido ocasión de señalar con anterioridad.

Con fecha de 22 de marzo de 2022, el Juzgado de Primera Instancia, número 7 de Móstoles elevó, mediante Auto, una cuestión de inconstitucionalidad en relación con el párrafo cuarto del art. 94 CC declarando que podrían estar infringiéndose los arts. 10.1, 14, 24.2, 39.1, 39.2 y 81.1 CE.

El caso concreto que se enjuicia es sobre una solicitud de medidas de protección relativas al ejercicio inadecuado de la potestad de guarda del art. 158 CC, es decir, una modificación de medidas sobre la guarda y custodia del menor, que hasta este momento había sido en un régimen de custodia compartida con ambos progenitores. En el caso que se enjuicia, el padre solicita la suspensión de la guarda de la madre porque la misma se halla incursa en un proceso penal iniciado por atentar contra la integridad física de su hijo (con el resultado de una contusión en el pómulo izquierdo del menor) y, por tanto, según hemos expuesto

17 Auto del Juzgado de Primera Instancia núm.7 de Móstoles, de 22 de marzo de 2022 (núm. Recurso 1006/2022)

en líneas anteriores, y según la redacción del art. 94 CC, párrafo cuarto, procedería suspender de manera automática el régimen de visita o estancia del menor con la madre, tal y como solicita el padre, pese a que no exista una sentencia judicial, si bien es cierto que el juez, tal y como señala el Ministerio Fiscal dentro del proceso, puede motivadamente eludir la aplicación de tal consecuencia jurídica. No obstante, pese a esta posibilidad de poder no suspender de manera automática el régimen de visitas o estancia, la magistrada decidió plantear la cuestión de inconstitucionalidad por los motivos que inmediatamente señalaremos.

A) Posible vulneración del libre desarrollo de la personalidad del art. 10.1 CE.

La autoridad judicial considera que el art. 94 CC, párrafo cuatro, vulnera el derecho de los menores de edad al libre desarrollo de su personalidad recogido en el art. 10.1 CE como fundamento del orden político y de la paz social.

En relación con el derecho de los niños a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos progenitores y, en relación también con ese libre desarrollo de la personalidad, se expresan algunas normativas internacionales, tales como la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del niño (art. 9), la Carta Europea de los Derechos del Niño (art. 14), así como la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (art. 24.3). También, por su parte, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos[18], en interpretación del art. 8 del Convenio Europeo de Derecho Humanos, ha declarado que para un progenitor y su hijo estar juntos representa un elemento esencial de la vida familiar y, por tanto, en muy estrecha relación con el desarrollo de la libre personalidad.

No obstante, aunque las relaciones de los hijos con sus padres sean un elemento esencial de la vida familiar y esté en estrecha relación con el libre desarrollo de la personalidad[19], cuando el trato de un progenitor pueda considerarse pernicioso para el menor, el superior interés del menor hace ceder el derecho reconocido en los tratados que hemos señalado y en la propia Constitución a relacionarse con su progenitor. En este sentido, el art. 94 CC que se somete a juicio del Tribunal Constitucional no sería, según la juzgadora que plantea la cuestión de inconstitucionalidad, contrario a la Constitución si no impusiera al juez la obligación de suspender las "comunicaciones y estancias" con el progenitor incurso en un procedimiento penal por atentar contra la integridad física del menor, como se señalará más adelante, y que no queda satisfactoriamente salvado por la potestad del juez de razonar motivadamente la inaplicación de la norma, eliminando su

18 Vid. STEDH Caso Olsson contra Suecia, de 24 de marzo de 1988; STEDH Caso R.M.S. contra España, de 18 de junio de 2013; STEDH Caso Z.J. contra Lituania, de 29 de abril de 2014; o STEDH Caso Gnahore contra Francia, de 19 de septiembre de 2000.

19 Sacristán Romero, F.: "Dignidad y libre desarrollo de la personalidad en menores: daños en el ámbito de las nuevas tecnologías de la información", *Revista de Derecho de la UNED, núm. 13*, 2013, pp. 366-372.

aparente rigor. En este sentido hay que señalar que, pese a que la magistrada haga referencia a la suspensión del régimen de comunicación, no podemos entenderlo así, pues el art. 94 CC hace referencia a las visitas y estancia, pero nada dice sobre la comunicación. Es decir, en caso de cumplirse los presupuestos del art. 94 CC, deberían de suspenderse, o no acordarse si aún no se han acordado, las visitas y estancias con uno de los progenitores, pero podría seguir manteniéndose el régimen de comunicación.

Termina la magistrada afirmando que el libre desarrollo de la personalidad de un menor está íntimamente relacionado con el desarrollo afectivo y educativo que sus progenitores le proporcionan, contribuyendo estos por igual, cada uno con sus roles y con sus diferentes aportaciones, a la formación de su personalidad. Considera que privarle del contacto automático con alguno de sus progenitores "sin justificación" atenta contra el derecho del menor.

Señalo "sin justificación" porque en este sentido discrepo con la opinión de la magistrada, desde el momento en el que considero que la existencia de un procedimiento penal incoado por existir violencia contra un menor, como sucede en este supuesto concreto o, incluso, el indicio de que pueda existir violencia contra el menor, sería un motivo más que justificado para, preventivamente, suspender de manera automática ese régimen de estancia y visitas con el presunto autor de un delito de malos tratos contra el menor o su progenitor, todo ello en atención al interés superior del menor y a la protección integral que todo menor merece ante situaciones de violencia, ya sea física o psicológica.

B) Posible vulneración del principio de igualdad del art. 14 CE.

Como un posible segundo motivo de inconstitucionalidad, la magistrada plantea que el art. 94 CC puede ser contrario al principio de igualdad contenido en el art. 14 de nuestra Carta Magna.

Entiende que los menores pueden ver cercenado su derecho a disfrutar de la compañía de sus padres sin justificación alguna y excluyendo o limitando hasta el extremo el control judicial, como se apuntará más adelante.

Así, entiende que los menores tienen derecho a relacionarse en condiciones de igualdad con cada uno de sus progenitores[20], salvo que el interés superior del menor aconseje la limitación de este derecho con alguno de sus progenitores, lo cual debería de ser examinado por la autoridad judicial con plena libertad de decisión.

20 Bermeo-Cabrera, F.E.; Pauta-Cedillo, W.H.: "Vulneración en el principio de igualdad en la tenencia de hijos menores de edad", *Polo del Conocimiento: Revista científico-profesional,* vol. 5, núm. 8, 2020, pp. 1114-1133.

Nuevamente entendemos que no se vería vulnerado el principio de igualdad consagrado en el art. 14 CE y, por lo tanto, discrepamos nuevamente con la magistrada porque, al fin y al cabo, queda en manos de la autoridad judicial la decisión de suspender o no el régimen de visitas siempre y cuando su decisión sea motivada y previo análisis de la relación paternofilial. Cosa distinta es que esta motivación y este previo análisis pueda considerarse que afecta a la independencia de los juzgadores en los términos que apuntaremos a continuación.

C) Posible vulneración del derecho de presunción de inocencia del art. 24.2 CE en relación con la independencia del poder judicial prevista en el art. 117 CE.

Este es el motivo de inconstitucionalidad que se explica con mayor extensión en el Auto que plantea la cuestión, ya que la magistrada entiende, por los motivos que a continuación se expondrán, que el art. 94 CC vulnera, por un lado, el principio de presunción de inocencia[21] y, por otro lado, la independencia del poder judicial consagrada en el art. 117 CE.

Como decíamos, la aplicación del art. 94 CC supondría una vulneración al derecho de presunción de inocencia, al establecer de forma automática una sanción civil a la investigación de un delito. De este modo, se entiende que en el art. 94 CC nos encontramos ante una consecuencia jurídica automática de la aplicación al supuesto de hecho de una norma civil y no penal. Dicha consecuencia jurídica tiene un marcado carácter sancionador, por privar de un derecho constitucionalmente reconocido al investigado (el derecho de uno de los progenitores a relacionarse con sus hijos previsto en el art. 39 CE), sin atender al principio de presunción de inocencia.

Según esta argumentación, el juez civil con independencia de lo que se haya actuado en la investigación penal, estaría obligado a adoptar una consecuencia jurídica automática de índole sancionadora, aplicando la privación de un derecho a la mera investigación, conculcando de esta manera, en la opinión de la juzgadora, el derecho a la presunción de inocencia.

Al igual que en los motivos anteriores, este automatismo en la aplicación de la suspensión del régimen de visitas o estancia, quedaría salvado, en nuestra opinión, por la posibilidad que tiene la autoridad judicial de no aplicar esta medida mientras medie la motivación adecuada y el correspondiente análisis de la relación paternofilial.

Sin embargo, en esta ocasión la magistrada señala que pese a esa posibilidad que tiene la autoridad judicial, dicho principio de presunción de inocencia, así

21 Nieva Fenoll, J.: "La razón de ser de la presunción de inocencia" *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, núm. 1, 2016.

como todos los demás mencionados, seguirían vulnerándose porque el art. 94 CC establece como excepcional el mantenimiento de un derecho reconocido por la Constitución (derecho de los hijos a estar en compañía de sus progenitores del art. 39.2 CE). O lo que es lo mismo, en lugar de reservar a la autoridad judicial la potestad de privar de un derecho constitucional al investigado, la reserva la tiene el propio legislador. En lugar de obligar al juez a motivar la privación de un derecho, le obliga a razonar el porqué de su mantenimiento.

Habíamos señalado que este precepto cuya constitucionalidad está en juicio, también puede contrariar la independencia judicial proclamada en el art. 117 CE[22]. A este respecto, la magistrada entiende que, si bien es cierto que el legislador pone en manos de la autoridad judicial la posibilidad de practicar todas las pruebas que necesite para adoptar la decisión, parece imponerle la necesaria realización de un informe de un equipo psicosocial, cuando obliga a una "previa evaluación de la situación paternofilial", inmiscuyéndose, a criterio de la juzgadora, de forma inaceptable desde el punto de vista de la independencia judicial propia de la función jurisdiccional.

En este sentido, parece que se le está exigiendo al juez un plus probatorio específico para poder desechar la aplicación automática de la consecuencia jurídica consistente en la privación del derecho de visitas con el progenitor investigado. Ello estaría excluyendo la libre valoración del superior interés del menor y, consecuentemente, lleva a la consolidación de una sanción civil por la mera existencia de una investigación penal, modificando el *status* jurídico del investigado y privándole de un derecho como si fuera culpable, conculcando, por tanto, su derecho a la presunción de inocencia. Decimos que esta disposición estaría excluyendo la libre valoración del interés superior del menor, porque ya no quedaría en manos del juez, sino de un equipo psicosocial, la adopción o no de la medida, al menos, así lo interpreta la juzgadora en el momento de plantear la cuestión de inconstitucionalidad.

D) Posible vulneración del principio del interés superior del menor del art. 39.1 y 2 CE.

En relación con la protección a los menores de edad, la juzgadora entiende que la aplicación del art. 94 CC puede ser contrario al principio del interés superior del menor consagrado en el art. 39 CE. Con la redacción del precepto del Código Civil cuya constitucionalidad se está cuestionando se estaría excluyendo, según la juzgadora, la protección de la familia y el derecho de los hijos a relacionarse con sus

22 Serra Giménez, F.: "La independencia del poder judicial", *Temas para el debate*, núm. 217 (dic.), 2012 (ejemplar dedicado a: El poder Judicial), pp. 26-29.

padres, institucionalizando un automatismo en la decisión judicial objetivamente contrario al interés superior del menor, que no puede ser valorado.

Entiende que, por Ley, se elude el control judicial efectivo por cuanto se deja escaso arbitrio a la autoridad judicial, que debe motivar el mantenimiento del derecho de los integrantes de la familia a relacionarse entre sí, en lugar de obligar a motivar su privación.

Nuevamente y en los mismos términos, discrepamos de la opinión de la juzgadora, pues ese automatismo no es tal, desde el momento en el que la autoridad judicial puede motivadamente, acordar cualquier tipo de medida que redunde en beneficio del menor de edad, ya sea la adopción de la suspensión del régimen de visitas y estancia o un régimen común de visitas y estancia del menor con sus progenitores.

E) Posible vulneración del art. 81.1 CE.

El último de los motivos de inconstitucionalidad alegado por la juzgadora es aquel que iría en contra de lo previsto en el art. 81.1 CE, relativo a aquellas materias que, obligatoriamente, han de ser reguladas mediante Ley Orgánica.

A este respecto, dispone el Auto que eleva la cuestión de inconstitucionalidad que, si bien el Código Civil tiene rango de Ley ordinaria y la Ley 8/2021, de 2 de junio, tiene el mismo rango, al contener el art. 94 CC una previsión de índole sancionadora que afecta al derecho fundamental a la presunción de inocencia, debió aprobarse por Ley orgánica, en razón a la materia que afecta.

No es comprensible, prosigue, que, habiéndose publicado la Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia, dos días después de la ley que modificó el art. 94 CC, no se haya incorporado la reforma a esta segunda ley que, además, por la materia, tiene mayor relación con la reforma operada por la Ley ordinaria. Carece de sentido que se modifique por Ley ordinaria en lugar por Ley orgánica si no fuera porque el legislador no contara con mayoría suficiente para la modificación del precepto, lo cual no justifica la elusión del mandato constitucional.

De este modo, como corolario a todo lo expuesto en relación con la constitucionalidad o inconstitucionalidad del art. 94 CC, se puede decir que lo que en un principio se legisló para proteger a los menores, en determinadas situaciones puede llegar a resultar contrario a sus intereses si esas normas son de aplicación automática e imperativa, como son los supuestos que se acaban de señalar, al menos, en la normativa aragonesa, ya que, según nuestra opinión, ese automatismo no puede predicarse del art. 94 CC cuando el propio precepto prevé

otras opciones. O lo que es lo mismo, una norma que pretendía proteger a los menores de edad, acaba perjudicándolos. Este mismo argumento, que tendremos que esperar al pronunciamiento definitivo del Tribunal Constitucional para ver si es contrario o no a la Constitución, es extrapolable también, por ejemplo, a la Ley catalana (art. 236-5 CC catalán[23]) que se expresa en los mismos términos que el Código Civil.

Con lo expuesto hasta el momento, vemos cómo estas excepciones imperativas, según la postura que tomemos, pueden ser: o bien una herramienta para luchar contra la violencia vicaria; o bien ser una normativa que puede contrariar el principio de presunción de inocencia o el principio del interés superior del menor, entre otros principios y Derechos Fundamentales a los que hemos alusión.

IV. CONCLUSIONES.

Como conclusión ¿Cuál podríamos decir que ha sido el cambio fundamental que se ha introducido con la reforma del art. 94 CC?

Antes de la reforma, los jueces podían potestativamente suspender los regímenes de visitas y de estancias si concurrían graves circunstancias que perjudicasen a los menores (motivándolo en cualquier circunstancia grave que pudiera afectarles negativamente) y ahora, tras la reforma, deben acordarlo de manera preceptiva, *ex lege*, ya que la mera existencia de indicios o la incursión en un proceso penal sobre los delitos señalados, les obliga a ello, a tenor del art. 94 CC.

Ahora bien, en el ámbito estatal y en la legislación catalana, al contrario de lo que sucede con la legislación aragonesa, se establece una última regla, que podemos decir que es una excepción a las excepciones tachadas de imperativas por algunas autoridades judiciales (me refiero a las magistradas que han planteado las cuestiones de inconstitucionalidad a las que hemos hecho referencia) y consiste en que el Juez podrá prescindir de la suspensión de estas medidas en atención al interés superior del menor y previa evaluación de la relación entre los menores y el progenitor en cuestión, siempre y cuando se aprecie que la continuación de las visitas, estancias y comunicación pueda afectar de manera positiva al desarrollo de los menores.

Y es precisamente por esta regla entendida como excepción de las excepciones imperativas por la que, en el ámbito del Derecho Común (y catalán porque tiene una idéntica redacción), defiendo que no se vulnera ni el principio de presunción

23 Modificación introducida a través del Decreto-ley 26/2021, de 30 de noviembre, de modificación del libro segundo del Código civil de Cataluña en relación con la violencia vicaria (BOE núm. 18, de 21 de enero de 2022).

de inocencia, ni el principio del interés superior del menor en los términos que se han reseñado como sí sucede, a mi entender, con los derechos civiles propios como el aragonés, donde no está previsto que la autoridad judicial tenga en su mano la decisión final de suspender o no el régimen de visitas o estancia o de acordar o no el régimen de custodia compartida. Y ello, insisto, porque el Código Civil deja en manos de la discrecionalidad del juez en atención al interés del menor, la decisión final de suspender o continuar con el régimen de visitas establecido o de permitir que, pese a la existencia de un proceso penal incoado o de indicios fundados sobre los delitos señalados, los progenitores presuntamente culpables, puedan seguir teniendo contacto con sus descendientes si las circunstancias del caso concreto así lo aconsejan.

Además, entiendo que siempre que exista una motivación por parte de la autoridad judicial que permita, ya sea adoptar o prohibir una medida, quedará salvaguardada la independencia del poder judicial, el Estado de Derecho, así como para el caso concreto sobre el que hemos dedicado este trabajo, el interés superior del menor.

Recordemos al respecto la importancia que tiene la motivación de las resoluciones judiciales en nuestro ordenamiento jurídico a través de la doctrina del Tribunal Constitucional. En este sentido el Tribunal Constitucional ha establecido que "la exigencia de motivación de las Sentencias está directamente relacionada con los principios de un Estado de Derecho (art. 1.1 CE) y con el carácter vinculante que para Jueces y Magistrados tiene la Ley, a cuyo imperio están sometidos en el ejercicio de su potestad jurisdiccional (art. 117 CE , párrafos 1 y 3)», por lo que «la existencia de una motivación adecuada y suficiente, en función de las cuestiones que se susciten en cada caso concreto, constituye una garantía esencial para el justiciable, ya que la exteriorización de los rasgos más esenciales del razonamiento que han llevado a los órganos judiciales a adoptar su decisión -haciendo explícito que ésta corresponde a una determinada interpretación y aplicación de la ley-, permite apreciar su racionalidad, además de facilitar el control de la actividad jurisdiccional por los Tribunales superiores, y, consecuentemente, mejorar las posibilidades de defensa por parte de los ciudadanos de sus derechos mediante el empleo de los recursos que en cada supuesto litigioso procedan".

No obstante, aunque considere que la constitucionalidad del art. 94 CC pueda salvaguardarse por la existencia de esa decisión final por parte de la autoridad judicial en la toma de decisiones que afecten a los menores, no quita para que considere que esta manera de legislar en la que se les impone a los jueces normas semi-imperativas donde antes jugaba un papel importante su discrecionalidad pone de manifiesto, a mi parecer, una aumento de la desconfianza en estos operadores jurídicos, ya que hasta ahora seguía siendo posible suspender un régimen de visitas

cuando existiese un riesgo para el menor (como son los supuestos de violencia de género o doméstica) a través del propio art. 94 CC en su redacción anterior a discrecionalidad del juzgador y siempre con el principio del interés del menor como argumento central (acudiendo al tenor de "circunstancias graves"), mientras que, actualmente, se les impone como primera opción que suspendan, *ex lege,* las visitas y estancias, prescindiendo de su criterio o de su leal saber y entender, que queda relegado a un segundo plano de actuación.

Se ha pasado de que el Juez justifique la necesidad de suspender (o no acordar, en su caso) un régimen de visitas ante determinadas circunstancias, a que ahora el Juez tenga que justificar si es conveniente establecer un régimen de visitas en aquellas mismas circunstancias. O, en otras palabras, antes el Juez privaba del derecho de visitas a los "malos" progenitores y ahora tiene que autorizar a los "buenos" progenitores para que puedan visitar a sus descendientes menores de edad cuando concurran las situaciones que hemos analizado en relación con la existencia de un proceso penal incoado o de la existencia de indicios de violencia doméstica o de género, aunque la violencia no sea ejercida directamente contra el menor o se realice en su presencia.

Deberemos esperar a los pronunciamientos de nuestro legislador negativo para saber si, finalmente, el art. 94 CC es considerado contrario a la Constitución en los términos expuestos o si, por el contrario y, como aquí defendemos, se ajustaría al texto constitucional desde el momento en el que la decisión final recae en manos de la autoridad judicial, pese a que tenga que motivar el mantenimiento del derecho de visitas o estancia y no su suspensión como sucedía con anterioridad a la reforma operada por la Ley 8/2021, de 2 de junio.

Por su parte, entendemos que dicha salvaguarda no tiene cabida en la normativa foral aragonesa, pues la aplicación del art. 80.6 CFDA sí que es automática ya que no prevé la posibilidad de que la autoridad judicial inaplique dicho precepto en atención al interés superior del menor y, como consecuencia de esa inaplicación, el menor pueda seguir en custodia compartida con sus progenitores aunque uno de ellos esté incurso en un proceso penal con las peculiaridades que hemos apuntado y siempre y cuando sea beneficioso para el mismo.

BIBLIOGRAFÍA

Ayllón García, J. D.:

- *Las parejas de hecho. Nuevas tendencias,* Reus, Ubijus, Madrid, México, 2021.

- "Suspensión del régimen de visitas cuando existen indicios de violencia doméstica o de género en el Derecho común y en el Derecho foral", *Familia y Sucesiones ICAV,* 2022, núm. 21, 2022.

Bermeo-Cabrera, F. E. y Pauta-Cedillo, W. H.: "Vulneración en el principio de igualdad en la tenencia de hijos menores de edad", *Polo del Conocimiento: Revista científico-profesional,* vol. 5, núm. 8, 2020.

Díez Picazo, L. y Gullón, A.: *Sistema de Derecho Civil, Vol. IV. Tomo I. Derecho de Familia,* 11ª Edición, 2012.

Magro Servet, V.: "La suspensión, o no adopción, del régimen de visitas y la Ley de Protección de la Infancia", *OTROSÍ, Revista del Colegio de Abogados de Madrid,* 7º Época, 2021.

Nieva Fenoll, J.: "La razón de ser de la presunción de inocencia" *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, núm. 1, 2016.

Pérez Melengo, N.: "¿Cómo afectará a la presunción de inocencia la nueva reforma sobre el derecho de visitas?, *El Confidencial. Jurídico, Tribuna,* 2021.

Planchadell Gargallo, A.: "Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y a la adolescencia frente a la violencia. Cuestiones penales y procesales", *Revista Aranzadi de Derecho y Proceso Penal,* núm. 63, 2021, Aranzadi (BIB 2021/4579).

Porter B., López Angulo, Y.: "Violencia vicaria en el contexto de la violencia de género: un estudio descriptivo en Iberoamérica", *CienciAmérica: Revista de divulgación científica de la Universidad Tecnológica Indoamérica,* vol. 11, núm. 1, 2022.

Sacristán Romero, F.: "Dignidad y libre desarrollo de la personalidad en menores: daños en el ámbito de las nuevas tecnologías de la información", *Revista de Derecho de la UNED,* núm. 13, 2013.

Serra Giménez, F.: "La independencia del poder judicial", *Temas para el debate,* núm. 217 (dic.), 2012 (ejemplar dedicado a: El poder Judicial).

LA FALTA DE RELACIÓN ENTRE EL PROGENITOR ALIMENTANTE Y SUS HIJOS MAYORES DE EDAD COMO CAUSA DE EXTINCIÓN DE LA OBLIGACIÓN DE ALIMENTOS. ANÁLISIS DE LA ACTUALIDAD JURISPRUDENCIAL*

THE LACK OF RELATIONSHIP BETWEEN THE SUPPORTING PARENT AND HIS CHILDREN OF LEGAL AGE AS CAUSE OF EXTINCTION OF THE MAINTENANCE OBLIGATION. ANALYSIS OF CURRENT JURISPRUDENTIAL

Rev. Boliv. de Derecho Nº 34, julio 2022, ISSN: 2070-8157, pp. 118-155

* El presente trabajo se ha realizado en el marco del Grupo de Investigación Consolidado del Gobierno Vasco GIC18 A IT1239-19 (Persona, Familia y Patrimonio), del que es investigador principal el Dr. Jacinto Gil Rodríguez.

Irantzu BERIAIN FLORES y Leire IMAZ ZUBIAUR

ARTÍCULO RECIBIDO: 6 de junio de 2022
ARTÍCULO APROBADO: 15 de junio de 2022

RESUMEN: El presente trabajo tiene por objeto el análisis de la más reciente y contradictoria doctrina jurisprudencial en torno a la solicitud del progenitor alimentante no conviviente de modificación de medidas definitivas fijadas en sentencia de separación o divorcio, reclamando la extinción de la pensión alimenticia que abona a sus hijos mayores de edad por no existir relación alguna entre ellos. El encaje normativo de la pretensión parte del art. 152.4º CC, según el cual la obligación legal de alimentos se extingue "cuando el alimentista, sea o no heredero forzoso, hubiese cometido alguna falta de las que dan lugar a la desheredación". El Tribunal Supremo, al amparo de una interpretación sociológica y extensiva, actuando como fuente de Derecho hasta que el legislador reforme la regulación de la legítima, considera que la ausencia de relación entre el progenitor no conviviente y sus hijos mayores de edad es causa de desheredación, al entenderse maltrato de obra, cuando la falta de relación es imputable, de forma principal y relevante, a los hijos alimentistas. Se muestra, como referencia normativa, el art. 451-17.e del Código Civil de Cataluña.

PALABRAS CLAVE: Alimentos; hijos mayores de edad; falta de relación; maltrato psicológico; maltrato de obra; causa de desheredación; imputabilidad.

ABSTRACT: *The purpose of this paper is to analyse the most recent and contradictory jurisprudential doctrine regarding the request of the non-cohabiting parent to modify definitive measures established in a separation or divorce sentence, claiming the extinction of the maintenance obligation, paid to his children of legal age, because there is no relationship between them. The normative framework of the claim is based on art. 152.4º CC, according to which the legal obligation of maintenance is extinguished "when the obligee, whether or not he is a forced heir, has committed any fault that gives rise to disinheritance". The Supreme Court, based on a sociological and extensive interpretation, acting as a source of law until the legislator reforms the regulation of the legitime, considers that the absence of a relationship between the supporting parent and their adult children is a cause of disinheritance, as it must be considered psychological abuse, when the lack of relationship is attributable, mainly and relevantly, to the dependent children. As a normative reference, art. 451-17.e of the Civil Code of Catalonia is shown.*

KEY WORDS: *Maintenance obligation; children of legal age; lack of relationship; psychological abuse; cause of disinheritance; attributability.*

SUMARIO.- I. INTRODUCCIÓN.- II. LA OBLIGACIÓN LEGAL DE ALIMENTOS ENTRE PARIENTES EN EL CÓDIGO CIVIL ESPAÑOL: LA RELACIÓN AFECTIVA ENTRE ALIMENTANTE Y ALIMENTISTA CON RESPECTO AL NACIMIENTO Y EXTINCIÓN DEL DEBER DE ALIMENTOS.- III. LA OBLIGACIÓN LEGAL DE ALIMENTOS EN FAVOR DE HIJOS E HIJAS MAYORES DE EDAD TRAS LA RUPTURA DE SUS PROGENITORES: EXTENSIÓN Y EXTINCIÓN.- IV. LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO 19 DE FEBRERO 2019: UN BRUSCO GIRO AL AMPARO DE LA INTERPRETACIÓN SOCIOLÓGICA.- V. LA DISPAR DOCTRINA DE LAS AUDIENCIAS PROVINCIALES TRAS LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO 19 DE FEBRERO 2019.- VI. CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN.

De ninguna manera podría ponerse en duda la inmensa labor que el Tribunal Supremo ha llevado a cabo, durante décadas, a la hora de interpretar y adecuar -para aplicar- las normas contenidas en un Código Civil concebido en una realidad social hoy inimaginable. No es menos cierto, sin embargo, que, en los últimos años, sobre todo en el ámbito del Derecho de familia, asistimos a una autoasumida 'rectificación' o 'modulación' de la norma decimonónica por parte del Alto Tribunal. Presenciamos -con cautela y confeso temor-, cómo colma (sin legitimidad) la parca iniciativa legislativa, creando Derecho a través de la interpretación sociológica y extensiva, no siempre libre de los mandatos de género.

Las crecientes solicitudes de extinción de la obligación de alimentos dispuesta en favor de los hijos o hijas mayores de edad, dirigidas a la autoridad judicial por los progenitores (casi siempre) varones no convivientes, con base en el cese de las relaciones paterno-filiales entre alimentante y alimentistas, ha propiciado que el Tribunal Supremo configure dicha falta de relación como una suerte de causa autónoma que sobrepasa la remisión operada por el art. 152.4º al 853.2 CC. Si la sentencia 3 de septiembre 2014 se encargó de incardinar el maltrato psicológico en el maltrato de obra que ya operaba en el Código Civil como causa de desheredación de legitimarios descendientes, el Alto Tribunal decide, con la sentencia de 19 de febrero 2019, equiparar el mero cese de relaciones entre padre

• Leire Imaz Zubiaur
Profesora agregada (acreditada Titular) de Derecho Civil de la UPV/EHU. Investigadora del Grupo de Investigación Consolidado del Sistema Universitario Vasco, dirigido por el profesor Jacinto Gil Rodríguez GIC 18 A IT 1239 (Persona, Familia y Patrimonio). Directora para la Igualdad UPV/EHU (2017-2021). IP Proyecto de Investigación (2020-2022, UPV/EHU 21922). Profesora en el Programa de Doctorado Derechos Humanos, Poderes Públicos y Unión Europea: Derecho público y Derecho privado. Dirección de dos tesis doctorales. Miembro del Consejo de Dirección de la Clínica Jurídica por la Justicia Social de la Facultad de Derecho (2016-2019). Miembro de la Comisión Universitaria de Evaluación Docente, desde 2017. Nombrada por el Parlamento Vasco, miembro de la Comisión asesora del Gobierno y del Parlamento Vasco en materia de Derecho Civil Vasco, desde 2017.

• Irantzu Beriain Flores
Profesora agregada de Derecho Civil de la UPV/EHU. Investigadora del Grupo de Investigación Consolidado del Sistema Universitario Vasco, dirigido por el profesor Jacinto Gil Rodríguez (GIC 18 A IT 1239 (Persona, Familia y Patrimonio). Profesora Invitada desde el año 2012 en la Université Bordeaux Montaigne. Colaboradora-evaluadora de la Comisión Universitaria de Evaluación Docente para el programa DOCENTIAZ, desde el año 2021. Profesora del Máster Universitario en Abogacía.

e hijos o hijas mayores de edad al maltrato psicológico: apto para desheredar y, por tanto, también para extinguir la obligación alimenticia. La extralimitación aterriza en la praxis judicial de las audiencias provinciales con creciente frecuencia. Las resoluciones que estiman la solicitud lo hacen, no obstante, sin probar ningún maltrato ni menoscabo en la salud mental o emocional del alimentante. No parece casualidad que sean varones los que estén acudiendo a los tribunales a alegar esta causa de extinción. Tampoco se procede a indagar en las razones que impulsan a los hijos o hijas del alimentante a rechazar una relación con él.

II. LA OBLIGACIÓN LEGAL DE ALIMENTOS ENTRE PARIENTES EN EL CÓDIGO CIVIL ESPAÑOL: LA RELACIÓN AFECTIVA ENTRE ALIMENTANTE Y ALIMENTISTA CON RESPECTO AL NACIMIENTO Y EXTINCIÓN DEL DEBER DE ALIMENTOS.

¿Exige, actualmente, el Código civil, una relación afectiva, entre alimentante y alimentista, para que pueda establecerse (o extinguirse) la obligación legal de alimentos entre ellos?

Con base en el principio de solidaridad familiar[1], el Código Civil de 1889 -siguiendo la estela del Derecho romano justinianeo, recibido siglos después por las Partidas- regula la obligación legal de alimentos entre parientes en los arts. 142 a 153[2]. Es, justamente, el art. 143 el que enumera los sujetos que se encuentran obligados, recíprocamente, a darse alimentos: "1º Los cónyuges; 2º Los ascendientes y descendientes. Los hermanos sólo se deben los auxilios necesarios para la vida"[3]. Tras la redacción que le confiere la Ley de 13 de mayo de 1981, para articular su adecuación al texto constitucional de 1978, el propio art. 142 CC -además de todo lo que resulta indispensable para el sustento, habitación, vestido y asistencia médica-, considera, también, contenido esencial del deber de alimentos, la educación e instrucción del alimentista: "mientras sea menor de edad y aun después, cuando no haya terminado su formación por causa que no le

1 Ribot igualada, J.: "El fundamento de la obligación legal de alimentos entre parientes", *Anuario de Derecho Civil*, fascículo 3, 1998, pp. 1105 y ss., confiere alcance constitucional al principio de solidaridad y cita los arts. 30, 31 y 33 como manifestaciones del mismo. Ofrece un análisis exhaustivo sobre la racionalidad constitucional de la obligación legal de alimentos y sus efectos jurídicos. En el mismo sentido, Berrocal Lanzarot, A. I.: "Los alimentos de los hijos mayores de edad y emancipados. A propósito del artículo 93. 2 CC", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 731, 2012, pp. 1568-1569. También se refiere al principio de solidaridad familiar la STS 3 de marzo 2001 (ROJ 1584, 2001).

2 Real Pérez, A.: "Comentarios a los artículos 142 a 153", *Comentarios al Código Civil*, tomo II, volumen 2º, (coord. por J. Rams Albesa y R. María Moreno Flórez), Bosch, Barcelona, 2000, pp. 1398 y ss. Remite la autora, para su estudio más detallado, a García Goyena, F.: *Concordancias, Motivos y Comentarios del Código Civil Español*, Madrid, 1852; edición facsímil, Barcelona, 1973, tomo I, pp. 82 y ss.; asimismo, a Escriche, J.: *Diccionario razonado de Legislación y de Jurisprudencia*, tomo I, Imprenta Eduardo Cuesta, Madrid, 1874, pp. 435 y ss.

3 La obligación de los hermanos (legítimos, uterinos o consanguíneos), que únicamente estaban obligados en defecto de descendientes y ascendientes, tiene su origen en el Fuero Real (ley 1, Título VIII, Libro III), según confirma Real Pérez, A.: "Comentarios a los…", cit., p. 1398.

sea imputable'[4] (así lo regulaba ya la ley VI, título XIX, Partida cuarta). Los gastos funerarios referidos en el art. 1894.II° CC completan el grueso de las partidas que integran la obligación alimenticia intrafamiliar; siempre subsidiaria de la asistencia prestada por el Estado y por el resto de administraciones públicas a las personas en situación de necesidad[5], tal y como disponen, como cimientos del Estado social, los arts. 39, 41, 43, 47, 49 y 50 de la Constitución[6].

Al ostentar la obligación legal de alimentos un carácter recíproco, en el seno del círculo de parientes más próximos, no puede *a priori* saberse quién será el sujeto activo y quién el sujeto pasivo de la misma. En todo caso, la prestación se ceñirá a la red parental integrada por el cónyuge, los descendientes y los ascendientes; y, en la versión más reducida, por los hermanos. La única relación que exige el legislador, por tanto, para que la autoridad judicial pueda imponer el deber de alimentos, a uno o varios de los citados sujetos, es, precisamente, la de parentesco (arts. 915 a 923 CC). Por consanguinidad, en línea recta descendente y ascendente y, por afinidad, limitado al cónyuge (separado) del alimentista. La línea colateral queda constreñida, por su parte, al segundo grado y únicamente respecto de los auxilios necesarios. Tal es, pues, el carácter formal de la relación exigida para la fijación judicial de esta obligación que el legislador no tiene en cuenta, en ningún momento, la calidad afectiva de la relación que mantienen (o debieran mantener, según su criterio) el alimentante y el alimentista. En efecto: el juez no tendrá que probar la existencia de una relación humana saludable, entre alimentante y alimentista, para decretar la obligación de prestarse alimentos ante un estado de necesidad previamente acreditado.

Cuestión distinta es si, como se abordará más adelante, de conformidad con la interpretación integradora llevada a cabo por el Tribunal Supremo en la sentencia de 19 de febrero de 2019, la ausencia de relaciones entre el alimentante y el alimentista -que sea imputable a este último-, pueda, igualmente, tenerse en cuenta a la hora de denegarse el nacimiento mismo de la obligación de alimentos. Esto es: si al momento de solicitarse el pago de una pensión de alimentos el obligado a abonarla probase que la conducta de la que deriva la ausencia de relación entre ambos, imputable al alimentista, es constitutiva de maltrato psicológico

4 Beltrán De Heredia y Onís, F.: "Comentario al artículo 142", *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, tomo II, volumen 2°, Edersa, Madrid (https://app.vlex.com/#vid/articulo-142-230464) aplaude, precisamente, la reforma relativa a la prolongación de la edad del descendiente alimentista a la hora de recibir la ayuda de sus parientes más próximos en lo que a su educación e instrucción se refiere, cuando no haya terminado su formación por causa que no le sea imputable. Al rebajarse la mayoría de edad, con la promulgación de la Constitución Española de 1978, y al extenderse la formación a una edad que supera con creces los 18 años en la gran mayoría de los casos, el autor considera acertado que la obligación de alimentos cubra esa etapa universitaria y postuniversitaria.

5 Fueron pioneros en la articulación jurídica de esta subsidiariedad, Gitrama González, M.: *Familia, alimentos civiles y Seguridad Social*, Valencia, 1965 y Ribot Igualada, J.: *Alimentos entre parientes y subsidiariedad de la protección social*, Valencia, 1999.

6 Real Pérez, A.: "Comentarios a los…", cit., p. 1401.

¿deberá el juez denegar la petición, aunque se pruebe la necesidad del alimentista y la capacidad del alimentante? La respuesta a esta pregunta, sin duda, está condicionada por varios factores: de un lado, por el vínculo de parentesco que une a ambos sujetos. En este sentido, cobran especial importancia los alimentos fijados entre ascendientes y descendientes de primer grado. De otro, deberá igualmente tenerse en cuenta si la pensión de alimentos se enmarca dentro del procedimiento de separación o divorcio iniciado por los progenitores, y si la pensión de alimentos corresponde a un hijo o hija mayor de edad, dependiente económicamente y que convive de manera efectiva con uno de sus progenitores.

Únicamente el art. 149 CC se ocupa, en cierto modo, de la calidad de la relación que pudiera existir entre el obligado a prestar alimentos y el pariente necesitado. Y lo hace, solamente, con relación a la forma en la que puede el alimentante asistir al alimentista. El precepto, como regla general, viene a facultar al alimentante para elegir la manera en la que prestará los alimentos al alimentista: *in natura* -manteniendo al alimentista en su propia casa- o mediante el pago de una pensión dineraria. Sin embargo, tras la redacción que le confiere la Ley Orgánica 1/1996, de Protección Jurídica del Menor, la propia disposición excepciona dicha facultad de elección del alimentante, y, por tanto, la oportunidad de que el alimentista conviva con él, "en cuanto contradiga la situación de convivencia determinada para el alimentista por las normas aplicables o por resolución judicial. También podrá ser rechazada cuando concurra justa causa o perjudique el interés del alimentista menor de edad"[7]. Se trata de una salvedad que persigue proteger la salud emocional del alimentista, impidiendo la convivencia con el alimentante-deudor cuando ésta resulta dañina para aquél (en esta línea, arts. 443 Código Civil italiano; 268.2 CCCat). Todo ello sin perjuicio de la proporcionalidad que debe latir, a la hora de fijar el montante de la pensión dineraria que deba satisfacerse en pago de alimentos, entre los recursos económicos del alimentante y las necesidades del alimentista (art. 146 CC). En consecuencia: "los alimentos se reducirán o aumentarán proporcionalmente según el aumento o la disminución que sufran las necesidades del alimentista y la fortuna del que hubiere de satisfacerlos" (art. 147 CC). De hecho, el propio art. 152 CC, encargado de enumerar las causas por las

7 Real Pérez, A.: "Comentarios a los…", cit., p. 1458: "El referido derecho de opción se concede al alimentante para facilitarle la prestación de alimentos; y porque el interés del alimentista en muchos casos puede ser igualmente satisfecho si el alimentante lo recibe en su casa. La elección corresponde al alimentante, no al alimentista. Ahora bien, ya que el alimentista y el alimentante son siempre parientes cercanos, es tan posible que puedan convivir con normalidad como que su convivencia resulte incómoda, si no desastrosa. La opción se concede para que la prestación de los alimentos sea más cómoda para el alimentante, pero no para que éste pueda utilizar su derecho a optar como arma que coaccione o coarte al alimentista. Así en supuestos de normalidad familiar el alimentante optará con frecuencia por recibir al alimentista en su casa; mientras que si la convivencia es difícil se preferirá el pago de una pensión; en cualquier caso, la relación entre el alimentante y quien se ha visto obligado a acudir a los Tribunales demandando sus atenciones quizá no sea en la generalidad de los casos la más propicia para la convivencia. La jurisprudencia española, desde antiguo y con buen criterio, sólo ha permitido al alimentante hacer uso del derecho de opción cuando ello no perjudica al alimentista". En este mismo sentido, Martínez Rodríguez, N.: "Comentarios a los artículos 142 a 153", *Comentarios al Código Civil*, dirigidos por A. Rodríguez Luelmo, 2010, Lex Nova, Valladolid, 2010, pp. 264 y 265.

que cesa la obligación legal de alimentos, dispone, en su apartado 2º, que aquella se extinguirá "cuando la fortuna del obligado a darlos se hubiere reducido hasta el punto de no poder satisfacerlos sin desatender sus propias necesidades y las de su familia". En esta línea, el apartado 3º de este mismo precepto establece la cesación de la obligación de alimentos "cuando el alimentista pueda ejercer un oficio, profesión o industria, o haya adquirido un destino mejorado de fortuna, de suerte que no le sea necesaria la pensión alimenticia para su subsistencia". E incluso, el apartado 5º previene que llegará a su fin la obligación de alimentos "cuando el alimentista sea descendiente del obligado a dar alimentos y la necesidad de aquél provenga de mala conducta o de falta de aplicación al trabajo, mientras subsista esta causa". En definitiva: cesará el deber legal de prestar alimentos cuando el alimentante no tenga medios para cumplir con la obligación que se le ha impuesto, cuando el alimentista no necesite la pensión alimenticia para subsistir o cuando la necesidad alegada provenga de una mala conducta o falta de aplicación al trabajo por parte de éste[8].

En ningún apartado dispone el art. 152 que la falta de relación afectiva entre alimentante y alimentista sea un motivo que pueda provocar la extinción de la obligación legal de alimentos impuesta por el juez en favor de éste[9]. No lo exigen

8 Es habitual que las causas enumeradas fundamenten la extinción de la obligación de alimentos entre progenitores y descendientes, de manera acumulativa, a las que, además, se suma ahora la falta de relaciones familiares. La capacidad del aliméntate no sólo se mide con respecto a su rendimiento laboral neto, sino que se toman en consideración sus posibilidades económicas, en general, esto es, su potencial para obtener recursos [STSJC 7 junio 2006 (ROJ 5456, 2018); SAP Albacete 7 de marzo 2022 (ROJ 167, 2022); SAP Madrid 28 febrero 2022 (ROJ 2892, 2022)]. Tal y como señala la doctrina, las dificultades de prueba aumentan cuando se trata de trabajadores por cuenta propia. Igualmente, se tiene en cuenta que no se trate de una situación transitoria; el desempleo puntual, en principio, no constituye por sí sólo una causa que da lugar al cese de la obligación [STS 19 de enero 2015 (ROJ 427, 2015); SAP Málaga 29 junio 2020 (ROJ 1890, 2020); SAP Bizkaia 2 de julio 2021 (ROJ 2328, 20121); SAP Lleida 4 marzo 2022 (ROJ 223, 2022)]. Tratándose de hijos o hijas mayores de edad, hay que tener en cuenta que, a diferencia de lo que ocurre cuando son menores de edad, no se antepone el bienestar, asistencia y desarrollo del descendiente, sino que, guiados por el principio de proporcionalidad, se intenta asegurar el mínimo vital que permita a ambos vivir con dignidad [SSTS 2 de diciembre 2015 (ROJ 4925, 2015); 12 de febrero 2015 (439, 2015), o, 25 de abril 2016 (ROJ 1796, 2016); SAP A Coruña de 26 de julio de 2019 (RJ 2019, 282)]. "El ejercicio de un oficio, profesión o industria" por parte del alimentista tiene que tratarse de una "posibilidad concreta y eficaz" [STS 1 de marzo 2001(ROJ 1584, 2001)]. Si bien se puede encontrar en la jurisprudencia menor una extensa relación de supuestos relacionados con la precariedad laboral; los contratos en prácticas; el cobro del salario mínimo interprofesional… [SAP Barcelona 12 de febrero 2014 (ROJ 1421, 2014); SAP Barcelona 10 de octubre 2014 (ROJ 11003, 2014), entre otras muchas]. Con respecto a la causa enumerada en el apartado 5º del art. 152 CC, hay que tener en cuenta lo establecido por el Tribunal Supremo en la sentencia de 6 de noviembre 2019 (ROJ 3613, 2019), al declarar que la obligación no se extingue si los hijos e hijas están cursando la formación académica conforme a su edad, y no muestran pasividad con su conducta. Así, el retraso cualificado (estar matriculado durante 3 años en el mismo curso) junto con la actitud negativa de los hijos e hijas con respecto a los estudios (nulo rendimiento; desidia; faltas de asistencia; desinterés; fracaso…), darán lugar a la extinción de la obligación [SSTS 6 de noviembre 2019 (ROJ 3613, 2019) o 14 de febrero 2019 (ROJ 379, 2019)]. Consultar al respecto la siguiente bibliografía: Rincón Andreu, G.: "Extinción de la pensión de alimentos a hijos mayores de edad", *Diario La Ley*, núm. 9156, 12 de marzo de 2018, pp. 4-7; Ribera Blanes, B.: "La falta de relación afectiva entre padres e hijos mayores de edad como causa de extinción de la pensión de alimentos", *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 13, agosto 2020, pp. 493-496, o, Madriñán Vázquez, M.: "Principales controversias en torno a la pensión de alimentos de los hijos mayores de edad desde el punto de vista sustantivo", *REDS*, núm. 17, 2020, pp.178-180.

9 Además de lo dispuesto en el art. 150 CC sobre la extinción de la obligación legal de alimentos ("La obligación de suministrar alimentos cesa con la muerte del obligado, aunque los prestase en cumplimiento de una sentencia firme"), así reza el art. 152 CC: "Cesará también la obligación de dar alimentos: 1°. Por

los arts. 142 y siguientes, para el nacimiento de la obligación, y no lo dispone el 152 para su cesación. A lo sumo, si se trata de poner el foco (exclusivamente) sobre la conducta del alimentista, procede traer a colación el apartado 4º del art. 152; en el que se establece que será causa de extinción de la obligación de alimentos aquella falta, obrada por aquél, que pueda incardinarse entre las causas de desheredación, sea éste o no sucesor forzoso del alimentante. En concreto, cuando el alimentista es hijo o descendiente del alimentante, resulta de aplicación el art. 853 CC[10], en el marco de la desheredación; y por remisión directa de este precepto, también los apartados 2º, 3º, 5º y 6º del art. 756 CC, como causas indignidad que quedan incorporadas a las de desheredación de los descendientes legitimarios. Ninguna de estas disposiciones normativas hace mención a la ausencia de relación afectiva entre causante y legitimario (en nuestro caso, alimentante y alimentista) como causa de indignidad o desheredación de éste, cuando es sucesor forzoso de aquél. Más bien, al contrario. Para poder aducir alguna de estas causas de desheredación de descendientes, como motivo de extinción de la obligación legal de alimentos, el alimentista ha tenido que (1) haber sido condenado por sentencia firme por delitos contra la libertad, integridad moral o libertad e indemnidad sexual del alimentante, su cónyuge o pareja, o alguno de sus descendientes o ascendientes; (2) haber sido condenado por sentencia firme a causa de haber cometido un delito contra los derechos y deberes familiares con relación al alimentante; (3) haber acusado al alimentante de delito para el que la ley señala pena grave y haber sido condenado por denuncia falsa; (4) haber obligado al alimentante a hacer testamento o a cambiarlo con amenaza, fraude o violencia; (5) haber impedido al alimentante hacer testamento, revocar el que tuviese hecho o suplantar, ocultar o alterar otro posterior, utilizando también amenaza, fraude o violencia; (6) haberle negado alimentos previamente al alimentante; o (7) haberle maltratado de obra o injuriado gravemente. En efecto: en el plano normativo, para que pueda operar como causa de extinción de la obligación de alimentos, el alimentista ha tenido que haber cometido una falta grave (calificable, en la mayoría de los supuestos enumerados, como conducta delictiva) contra al alimentante o, en su caso, contra el cónyuge, descendientes o ascendientes de éste.

muerte del alimentista. 2º. Cuando la fortuna del obligado a darlos se hubiere reducido hasta el punto de no poder satisfacerlos sin desatender sus propias necesidades y las de su familia. 3º. Cuando el alimentista pueda ejercer un oficio, profesión o industria, o haya adquirido un destino o mejorado de fortuna, de suerte que no le sea necesaria la pensión alimenticia para su subsistencia. 4º. Cuando el alimentista, sea o no heredero forzoso, hubiese cometido alguna falta de las que dan lugar a la desheredación. 5º. Cuando el alimentista sea descendiente del obligado a dar alimentos y la necesidad de aquél provenga de mala conducta o de falta de aplicación al trabajo, mientras subsista esta causa".

10 Art. 853 CC: "Serán también justas causas para desheredar a los hijos y descendientes, además de las señaladas en el artículo 756 con los números 2º, 3º, 5º y 6º, las siguientes: 1ª. Haber negado, sin motivo legítimo, los alimentos al padre o ascendiente que le deshereda. 2ª. Haberle maltratado de obra o injuriado gravemente de palabra".

III. LA OBLIGACIÓN LEGAL DE ALIMENTOS EN FAVOR DE HIJOS E HIJAS MAYORES DE EDAD TRAS LA RUPTURA DE SUS PROGENITORES: EXTENSIÓN Y EXTINCIÓN.

¿Hasta cuándo debe seguir el progenitor no conviviente abonando la pensión alimenticia, fijada en sentencia de separación o divorcio, cuando sus hijos e hijas son ya mayores de edad?

Cuando los progenitores deciden dejar de ser pareja y optan por la vía judicial para fijar las medidas sobre las que se desplegará, tras la crisis, la asistencia que cada uno de ellos dispensará a los hijos e hijas comunes, la pensión alimenticia ocupa, entre ellas, un lugar importante[11]. El propio art. 93.1 CC dispone que el juez determinará, en todo caso, "la contribución de cada progenitor para satisfacer los alimentos y adoptará las medidas convenientes para asegurar la efectividad y acomodación de las prestaciones a las circunstancias económicas y necesidades de los hijos en cada momento". El apartado segundo de este mismo precepto establece, a su vez, que, si convivieran en el domicilio familiar hijos mayores de edad o emancipados que carecieran de ingresos propios, el juez, en la misma resolución que pone fin al procedimiento, fijará los alimentos que sean debidos conforme a los arts. 142 y siguientes del Código Civil. Así pues, la carencia de ingresos propios y la convivencia del hijo o hija mayor de edad con uno de los progenitores serán requisitos *sine qua non* para que el juez valore, en el mismo procedimiento de separación y divorcio, la procedencia de la pensión alimenticia en favor de dicho hijo o hija; aplicando, ya, eso sí, para dicha estimación, precisamente por esa mayoría de edad, las normas contenidas en los arts. 142 y siguientes.

El art. 93 CC, en los apartados primero y segundo, recoge dos posibilidades con respecto a la pensión de alimentos que corresponde a los hijos e hijas que, a partir de la separación o el divorcio, van a convivir con uno sólo de sus progenitores. En primer lugar, el juez deberá fijar, de oficio, la pensión de alimentos que corresponda a los hijos e hijas menores de edad cuya guarda y custodia corresponda a uno de sus progenitores. El fundamento de esta insoslayable obligación de manutención se encuentra en la propia relación de filiación y en los deberes paterno filiales que, conforme a la misma, corresponden a los progenitores (arts. 110 y 154 CC). Esta obligación, a diferencia de los alimentos debidos entre parientes (arts. 142 y ss.), es incondicional; en el sentido de que no está sometida a condición alguna relativa

11 También puede tratarse del supuesto de hijos mayores de edad que salgan del domicilio familiar, llevando una vida independiente, y que, posteriormente, se encuentran en situación de necesidad y reclaman, vía arts. 142 y siguientes CC, alimentos a sus ascendientes. Esta situación se articularía a través de un procedimiento dirigido, exclusivamente, al establecimiento de esta obligación (juicio verbal de alimentos, art. 250.1.8 LEC). En este trabajo nos ceñiremos, sin embargo, al supuesto en el que la sentencia de separación o divorcio establece una pensión alimenticia en pro de los hijos e hijas menores de edad, a cargo de uno de los progenitores, y éste acciona, pasado un tiempo, tras alcanzar sus hijos la mayoría de edad, la modificación de las medidas recogidas en dicha sentencia, solicitando la extinción de la pensión.

a la capacidad del obligado o a la necesidad del beneficiado[12]. Tampoco tiene previstas causas de extinción, aunque se presuponga que durará mientras no se alance la mayoría de edad. Lo cual no quiere decir que, habiéndose establecido una pensión de alimentos a cargo de uno de los progenitores *ex* art. 93.1 CC, la pensión haya de extinguirse al alcanzar la mayoría de edad (STS 28 de noviembre 2003)[13]. La pensión, tal y como tiene asentado el Tribunal Supremo, subsiste[14], lo que cambia es su fundamento y régimen, pasando a estar regulada por lo dispuesto en los arts. 142 y ss. del CC[15]. Si, una vez alcanzada la mayoría de edad, la persona obligada al pago pretende extinguir dicha obligación, deberá alegar la concurrencia de alguna de las causas enumeradas en el art. 152 CC, y basar su solicitud en la "alteración sustancial de las circunstancias" que el art. 91 CC exige para la modificación o extinción de las medidas adoptadas en un proceso de separación o divorcio[16]. En conclusión: la pensión que se pretende extinguir es aquella que fue determinada durante la minoría de edad del alimentista y que no está sujeta a causas de extinción específicas, debido a que se trata de una obligación de forzoso cumplimiento. Al alcanzar la mayoría de edad, podrá solicitarse la extinción de dicha pensión al entenderse que su fundamento ha cambiado, pasando a regirse por los arts. 142 a 152 CC. No obstante, la causas que fundamenten esta petición deberán suponer, en todo caso, una alteración sustancial de tales circunstancias.

En segundo lugar, es posible que, en el mismo proceso de separación o divorcio (el juez no puede actuar de oficio), se solicite, por parte de uno de los progenitores o por el hijo o hija interesada, la fijación de la pensión de alimentos que corresponde

12 SSTS 27 de noviembre 2013 (RJ 2013, 7855) o 12 de febrero 2015 (ROJ 439, 2015). Si bien es verdad que, en alguna ocasión, ha llegado a admitirse la suspensión del pago de la obligación alimenticia, en atención a la particular situación económica del obligado y los ingresos del alimentista (titular de una beca deportiva que cubre todos sus gastos de forma integral), en este sentido la STS 24 de octubre 2008 (RJ 2008, 5794).

13 Con respecto a los mayores de edad que hayan sido incapacitados judicialmente, la STS 7 de julio 2014 (ROJ 2622, 2014) equipara su situación a la de los menores de edad, con la particularidad de hacer extensiva a estos supuestos la causa de extinción relativa a la independencia económica del alimentista (doctrina que sigue la STS 13 de diciembre 2017 (ROJ 4371, 2017). En este sentido consultar a: Cabezuelo Arenas, A. L.: "La supresión de las pensiones alimenticias de los hijos por negarse a tratar al progenitor pagador. Relación entre el derecho de comunicación del progenitor no conviviente y la relevación de pago de los alimentos", *Revista de Derecho patrimonial*, núm. 49, 2019, pp. 189-190, y, De Verda y Beamonte, J. R. y Bueno Biot, Á.: "Los alimentos debidos a los hijos menores de edad: un estudio jurisprudencial", *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 13, agosto 2020, p. 448.

14 STS 28 de noviembre 2003 (RJ 2003, 8363); STS 10 de octubre 2014 (ROJ 3937, 2014); SAP Málaga 20 de septiembre 2019 (JUR 2020, 6457); SAP Málaga 24 de febrero 2022 (ROJ 521, 2022); SAP Bizkaia 2 de julio 2021 (ROJ 2328, 2021); SAP Málaga 29 de junio 2020 (ROJ 1890, 2020), o, SAP León 29 de junio 2020 (ROJ 919, 2020).

15 En este sentido: Ribera Blanes, B.: "La falta de…", cit., p. 490; Berrocal Lanzarot, A. I.: "Los alimentos de…", cit., pp. 1569-1570: Madriñán Vázquez, M.: "Principales controversias en…", cit., pp. 173-175, o, Rincón Andreu, G.: "Extinción de la…", cit., pp. 1-2.

16 De Verda, J. R. y Bueno Biot, A.: "Los alimentos debidos…", cit., pp. 470-472, y Ribera Blanes, B.: "La falta de…", cit., p. 490. Para que proceda la modificación o extinción de las medidas adoptadas, es preciso que el solicitante pruebe que: a) que los hechos que fundamentan la demanda acontezcan con posterioridad al momento en que se establece la pensión; b) que revistan entidad suficiente; c) que tengan carácter permanente; d) que no sean imputables al alimentista y, por último, e) que quedan debidamente acreditados (la misma autora en pp. 507-510). Sobre los requisitos que han de concurrir para apreciar un cambio sustancial de las circunstancias consultar la STC 86/1986, 25 de junio 1986 (RTC 1986, 86).

a estos descendientes mayores de edad, siempre y cuando convivan de manera efectiva con uno de los progenitores y no sean independientes económicamente[17]. El art. 93.2 CC permite, por economía procesal, encauzar estas solicitudes de alimentos, para descendientes mayores de edad, en el mismo procedimiento en el que se decreta la separación o el divorcio, sin que sea necesario abrir uno *ad hoc*[18]. La diferencia, como se ha dicho, estriba en que la pensión que corresponde a estos hijos o hijas encuentra su fundamento en los arts. 142 y ss. CC; por lo que será necesario que se pruebe tanto la capacidad del alimentante para proveerlos

17 Son dos los requisitos que deben concurrir, a tenor del art. 93.2 CC para que pueda extenderse, a la mayoría de edad, la pensión alimenticia fijada en la propia sentencia de separación o divorcio, a cargo del progenitor no conviviente y en favor de los hijos e hijas mayores de edad: (1) Convivencia en el domicilio familiar; y (2) Insuficiencia de recursos propios por causas no imputables al hijo mayor dependiente. El primer requisito alude al domicilio donde el hijo mayor de edad vive con uno de sus progenitores tras el cese de la relación de pareja, con independencia de que sea o no el mismo domicilio en el que hubieran residido todos antes de la separación. Incluye supuestos en los que los hijos estudian en una ciudad distinta, pero regresan con mayor o menor frecuencia al domicilio en el que reside el progenitor custodio. La legitimación para solicitar la pensión de alimentos corresponde tanto al progenitor con el que se convive, como al hijo o hija alimentista (STS 24 de abril 2000, RJ 2000/3378). El segundo requisito hace referencia, por su parte, a que el hijo mayor de edad, pese a tener titulación académica o profesional e ingresos esporádicos (por alguna actividad que pueda realizar), no cuente con recursos económicos suficientes para independizarse, económicamente, de su núcleo familiar. Se ciñe, este segundo requisito, al acceso, real y concreto, al trabajo y a su correspondiente remuneración, lo que habrá de analizarse caso por caso. Se exige, en definitiva, que el hijo pueda haber accedido al mercado laboral sin perjuicio de que tal acceso haya sido o no efectivo, lo cual habrá de interpretarse, según autorizada doctrina, atendiendo a la realidad social del tiempo en que la norma debe ser aplicada (art. 3.2 CC); lo que, sin duda, en la actualidad, dificultará enormemente la existencia de esa posibilidad, concreta y eficaz. La propia STS 24 de abril de 2019 confirma la extensión de la pensión alimenticia en pro de los hijos mayores de edad: hasta que se acredite su incorporación al mercado de trabajo o, en caso de que exista, se pruebe su desidia o falta de aprovechamiento en los estudios que se le están costeando. A mayor abundamiento, la STS 21 de septiembre 2016 (ROJ 4101, 2016) se pronuncia en contra de preestablecer un límite temporal concreto (generalmente se ha propuesto la edad de 26 años del alimentista) para dar por concluida la obligación de alimentos, sin tener en cuenta el resto de circunstancias que rodean la situación del hijo preceptor [SAP Santander 1 de marzo 2022 (ROJ 308, 2022); SAP Vigo 24 de febrero 2022 (ROJ 325, 2022), o, SAP Madrid 28 de febrero 2022 (ROJ 3559, 2022)]. Si bien en alguna ocasión se opta por establecer un plazo adicional de duración, atendidas las circunstancias del caso [STS 14 de febrero 2019 (RJ 2019, 562)]. Sobre los requisitos que exige el art. 93. 2 CC y su aplicación en la práctica judicial, consultar las siguientes obras: De Verda y Beamonte, J. R. y Bueno Biot, Á.: "Los alimentos debidos…", cit., pp. 448-452, 472-479; Madriñán Vázquez, M.: "Principales controversias en…", cit., pp. 175-179; Moreno Velasco, V.: "Los alimentos de los hijos mayores de edad en los procedimientos de separación, nulidad y divorcio", *Diario La Ley*, junio, 2010, p. 2. También, Gallardo Rodríguez, A.: "Límite temporal y causas de extinción de la pensión de alimentos a los hijos mayores de edad en las crisis matrimoniales", *La Ley Derecho de Familia*, núm. 24, 2019, https:www.laleydigital.laleynext.es; Ordás Alonso, M.: *La cuantificación de las prestaciones económicas en las rupturas de pareja alimentos, pensión compensatoria, compensación por trabajo doméstico, ruptura de las parejas de hecho*, Bosch, Barcelona, 2017, p. 35; Aguilar Ruiz, L.: "El derecho a recibir alimentos de los hijos mayores de edad que voluntariamente abandonan el hogar familiar: Comentario a la STS de 23 febrero 2000 (RJ 2000/1169)", *Revista de Derecho Privado*, núm. 6, 2001, p. 327; Ribera Blanes, B.: "La falta de…", cit., pp. 489-493. Sobre la extinción de la legitimidad de los progenitores para el cobro de la pensión alimenticia que corresponde a los hijos mayores de edad y sus efectos retroactivos, consultar: SSTS 26 de marzo 2014 (ROJ 111, 2014); 15 de junio 2015 (ROJ 2584, 2015); 23 de junio 2015 (ROJ 2731, 2015); 20 de julio 2017 (ROJ 3021, 2017); 12 de marzo 2019 (ROJ 869, 2019); SAP Murcia 24 de febrero 2022 (ROJ 487, 2022), o, SAP León 25 de febrero 2022 (ROJ 221, 2022).

18 Según, Madriñán Vázquez, M.: "Principales controversias en…", cit., p. 178, en este punto se ha considerado que teniendo en cuenta que el objetivo del art. 93.2 CC radica en legitimar para reclamar alimentos a quien normalmente no lo estaría, no se puede considerar que el precepto modifica los presupuestos sustantivos necesarios para el nacimiento del derecho de alimentos a favor del hijo mayor de edad, sino la posibilidad del juez de fijar el cumplimiento de la obligación en el proceso matrimonial (ver Marín García De Leonardo, M.ª .T.: *Régimen jurídico de alimentos de hijos mayores de edad*, Tirant lo Blanch y Universidad de Valencia, Valencia, 1999, p. 41). En el mismo sentido, Ribera Blanes, B.: "La falta de…", cit., p. 492, o Berrocal Lanzarot, A. I.: "Los alimentos de…", cit., pp. 1571 y 1582.

como la necesidad del alimentista que solicita recibirlos[19]. Esta obligación -a diferencia de la que se debe cumplir respecto de la descendencia menor de edad-, sí está condicionada a la acreditación de dicha capacidad y necesidad; asimismo, se encuentra sujeta a causas que dan lugar a su extinción (arts. 150 y 152 CC)[20]. Junto con la relación de parentesco que ha de existir entre el obligado y el beneficiado, como se ha dicho, se requiere la concurrencia de los otros dos requisitos añadidos para su nacimiento: la capacidad económica del alimentante y la necesidad del alimentista. La convivencia que, además, exige el art. 93.2 CC, no es un presupuesto para que nazca la obligación, sino un requisito necesario para que se pueda solicitar la pensión en el mismo procedimiento de separación o divorcio.

Al establecer la pensión, por tanto, el juez deberá analizar la concurrencia de estos presupuestos; pero, además, tal y como hemos avanzado con anterioridad, deberá enjuiciar la procedencia de establecer la pensión en aquellos casos en los que, al momento de la solicitud, exista, a su vez, una causa que pueda dar lugar a su extinción. Nos referimos, claro está, a aquellas causas que no guardan relación con los requisitos necesarios para el nacimiento de la obligación (relación de parentesco, capacidad y necesidad), sino que se recogen por el legislador como una sanción de índole civil, frente al comportamiento socialmente reprochable mantenido por el alimentista (art. 152.4º CC, causas de desheredación). Esto es: el alimentista se encuentra en una situación de necesidad y el alimentante tiene capacidad económica para hacer frente a esta situación, pero alega, para que no

19 En particular, como bien cita el art. 142 CC, la obligación legal de alimentos comprende, también, los gastos relativos a la educación e instrucción del alimentista aun después de alcanzar éste la mayoría de edad, "cuando no haya terminado su formación por causa que no le sea imputable" [SSTS 28 de noviembre de 2003 (RJ 2003/8363); 7 de marzo de 2017 (RJ 2017/704)]. En este sentido, Moreno Flórez, R. Mª: *Alteración de las circunstancias en Derecho de Familia. Instituciones viejas para tiempos nuevos*, Madrid, Dykinson, 2018, pp. 60-61, o Berrocal Lanzarot, A. I: "Los alimentos de…", cit., p. 1580. En contra, se cuestiona la naturaleza alimenticia de esta obligación de prestar alimentos a los hijos mayores de edad, para quienes, tal y como recoge Madriñán Vázquez, M.: "Principales controversias en…", cit., p. 174: "La naturaleza alimenticia de esta medida no es apoyada por parte nuestra doctrina con la que me identifico. Ello es así en base a argumentos tales como el hecho de que el art. 93.2 CC "supedita su aplicación a la insuficiencia de recursos y no a la carencia absoluta de los mismos", de modo que los alimentos debidos a los hijos mayores realmente hay que relacionarlos con la obligación de mantenimiento o asistencia que, "derivada de la relación paterno filial, se enuncia en el art. 39 de la CE y se manifiesta normativamente en el art. 154 del CC". En este mismo sentido, Díaz Martínez, A.: "Comentario al artículo 93", *Comentarios al Código Civil*, tomo I, dirigidos por R. Bercovitz Rodríguez-Cano, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p. 968, o Rubio Torrano, E.: "Los alimentos para el hijo mayor, del artículo 93.2 CC", *Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 17, 2000, p. 1897. Igualmente, se hace eco de la disparidad de opiniones sobre el fundamento de la obligación de alimentos prevista por el art. 93.2 CC: Ribera Blanes, B.: "La falta de…", cit., pp. 489-492.

20 La obligación nace si concurren el estado de necesidad del alimentista y la capacidad económica del alimentante, y se extinguirá cuando concurra alguna de las causas enumeradas en los arts. 150 y 152. Tal y como señala el Tribunal Supremo en la sentencia 21 de septiembre 2016 (ROJ 4101, 2016), a diferencia de lo que ocurre durante la minoría de edad, la necesidad ya no se presupone, sino que habrá que probarla. En esta misma sentencia, como se ha avanzado, el TS aboga por no someter la obligación de alimentos a plazo de duración alguno, debiéndose dar su extinción cuando concurra alguna de las causas previstas en los arts. 150 y 152. Así, De Verda y Beamonte, J. R. y Bueno Biot, Á.: "Los alimentos debidos…", cit., pp. 448-449; Berrocal Lanzarot, A. I.: "Los alimentos de…", cit., p. 1584; Ribera Blanes, B.: "La falta de…", cit., pp. 489-493; Rincón Andreu, G.: "Extinción de la pensión, cit., p. 3; Madriñán Vázquez, M.: "Principales controversias en…", cit., pp. 182-185.

nazca la obligación de alimentos, la concurrencia de una causa de extinción recogida en el art. 152 CC (SAP Bizkaia 9 de enero 2020). Lo mismo ocurrirá si, establecida la pensión a favor del descendiente mayor de edad, se da, posteriormente, una alteración sustancial de las circunstancias que justifique su modificación o extinción (causa de desheredación que acontece con posterioridad al nacimiento de la obligación de alimentos).

En la actualidad, existe consenso doctrinal y aval de la jurisprudencia en torno a la constatación del retraso, cada vez mayor, del momento en el que tiene lugar la salida de los hijos del domicilio familiar o del de cada uno de sus progenitores. Ello es debido a razones de diversa índole, según autorizada doctrina: los hijos prolongan cada vez más su formación postuniversitaria y cada vez acceden más tarde y con una mayor dificultad al mundo laboral, al margen de la nada fácil adquisición de una primera vivienda propia, tanto en régimen de propiedad como en arrendamiento. En consecuencia, resulta habitual que los hijos, ya mayores de edad, sigan conviviendo con sus progenitores cuando estos se separan o divorcian[21]. En este sentido, se antoja complicado el equilibrio[22] entre la formación e incorporación al mundo laboral de los hijos mayores de edad y la carga que el pago de la pensión puede suponer para el progenitor que no convive con ellos. Es frecuente, de hecho, que éste accione la modificación de las medidas contenidas en la sentencia que pone fin al procedimiento de separación o divorcio para solicitar, pasado un tiempo, la extinción de la obligación de alimentos en pro de sus hijos mayores de edad (*ex* arts. 90 y 91 CC)[23].

21 Beltrán De Heredia y Onís, F.: "Comentario al artículo…", cit.: "(…) el art. 142 ha sido también reformado en el párrafo 2° al "prolongar" la prestación alimenticia más allá de la minoría de edad cuando el alimentario "no haya terminado su formación por causa que no le sea imputable". Esta reforma es acertada, responde a una auténtica realidad social y responde a nuestro punto de vista a este respecto expuesto ya en la primera edición a estos comentarios. Piénsese en efecto que, por una parte, se ha rebajado la mayoría de edad y de otro lado la educación, instrucción, formación en definitiva requiere un período de tiempo que supera con mucho la edad de 18 años. En concreto, a esa edad, más o menos se accede a la Universidad. Mal puede haber terminado su formación a esa edad quien a la misma inicia una carrera universitaria que en la inmensa mayoría de los casos al terminarla debe comenzar una especialización, aprendizaje, concurso, oposición, etc.". Asimismo, Madriñán Vázquez, M.: "Principales controversias en torno a la pensión de alimentos de los hijos mayores de edad desde el punto de vista sustantivo", *Revista de Derecho, Empresa y Sociedad (RDES)*, núm. 17, 2020, pp. 171 y ss. Anteriormente, Madriñán Vázquez, M.: "Crisis de pareja y pensión de alimentos en relación con los hijos comunes mayores de edad", *Relaciones paterno-filiales. Congreso IDADFE 2011*, C. Lasarte Álvarez (Dir.), volumen II, Tecnos, Madrid, 2014, pp. 251 a 271. También, Martínez Rodríguez, N.: "Legitimación para reclamar alimentos en favor de hijos mayores", *Actualidad Civil*, núm. 5, 2008, pp. 590 y ss.

22 Madriñán Vázquez, M.: "Principales controversias en…", cit., p. 177: "(…) la realidad social nos demuestra que cada vez es más común que, llegado el momento, los jóvenes no abandonen el domicilio familiar por el mero hecho de haber alcanzado la mayoría de edad. Ello obedece a importantes problemas de desempleo y a la necesidad de completar su formación para poder aspirar a unas condiciones laborales considerables, que les obligan a convivir con sus padres hasta edades considerables. La situación descrita en el párrafo anterior provoca en ocasiones la denominada «lucha generacional», en la que el deber de respeto a los padres dentro del entorno familiar y a las normas de vida establecidas por estos, deben ser tenidos muy en cuenta a la hora de encontrar el punto de equilibrio entre la independencia y libertad personal del hijo, y las obligaciones que la convivencia familiar impone".

23 De Verda, J. R. y Bueno Biot, A.: "Los alimentos debidos…", cit. pp. 470-472; Arenas Abad, E.: "Reclamación de alimentos en favor de los hijos mayores de edad y emancipados. Revisión de su régimen jurídico. requisitos y extinción de la obligación legal", *Revista de Derecho de la UNED*, núm. 12, 2013, pp. 17 y ss. También, Madriñán Vázquez, M.: "Principales controversias en…", cit., p. 173.

Cuando la prueba es suficientemente solvente para acreditar que las necesidades del alimentista (hijo o hija mayor de edad) y la capacidad del alimentante (progenitor no conviviente) continúan intactas, la ingeniería jurídica se pone en marcha al servicio de las pretensiones del alimentante para conseguir la extinción de la pensión que sigue abonando. Como ocurre, en numerosas ocasiones, con la práctica de la propia custodia compartida -buscada, ya, como vía jurídica apta para no tener que abonar pensión alimenticia alguna al progenitor que, de otra forma, sería 'custodio' por los hijos o hijas comunes, cuando la capacidad económica de ambos progenitores y el reparto del tiempo son equitativos-[24], las defensas jurídicas de los progenitores no convivientes y alimentantes, generalmente varones, han ideado otras vías para obtener la extinción de la pensión alimenticia que continúan pagando en favor de sus hijos mayores de edad. Ciertamente, la reciente actividad judicial constata una nueva argumentación, alegada por los progenitores no convivientes y alimentantes, al solicitar la modificación de las medidas definitivas contenidas en la sentencia de separación o divorcio, reclamando la extinción de la pensión alimenticia en favor de los hijos mayores de edad: la ausencia de relación con los hijos. Al objeto de extinguir la obligación de alimentos que pesa sobre ellos, los progenitores que no conviven con los hijos mayores de edad aducen la falta de relación entre ellos (progenitor alimentante e hijos o hijas alimentistas) como un supuesto de maltrato psicológico (de los hijos contra los progenitores alimentantes); encuadrable, cual causa de desheredación, en el art. 853.2 CC. Y, por tanto, considerado causa de extinción de la obligación de alimentos en virtud del art. 152.4º CC.

En efecto, esta nueva línea argumental empleada por los progenitores no convivientes y alimentantes aprovecha el rumbo que el propio Tribunal Supremo dio al "maltrato de obra" contenido, como causa de desheredación de descendientes, en el art. 853.2 CC. Como es sabido, la Sentencia del Alto Tribunal de 3 de junio de 2014, pese a confirmar que las causas de desheredación son, única y exclusivamente, las tasadas en el precepto, invoca la viabilidad y oportunidad de efectuar una interpretación sociológica -y, en este caso, extensiva- de las mismas, para adecuarlas a la "realidad social, al signo cultural y a los valores que se imponen en el momento en que se producen". Al amparo de esta labor interpretativa, el Tribunal Supremo concluye, dotando a la causa prefijada de una mayor flexibilidad, que el maltrato psicológico es una forma de acometer el maltrato de obra al que se refiere, literalmente, el art. 853.2 CC[25]. Esta nueva

24 https://www.eldiario.es/opinion/zona-critica/custodia-compartida-barbijaputa_129_3318526.html.

25 Precisamente, entiende el Tribunal Supremo que el maltrato psicológico, "como acción que determina un menoscabo o lesión de la salud mental de la víctima, debe considerarse comprendido en la expresión o dinamismo conceptual que encierra el maltrato de obra". De esta manera, el nuevo criterio jurisprudencial incluye, en la causa de desheredación del maltrato de obra, aquellos daños no físicos provocados por el abandono emocional, siempre que estos puedan considerarse, o tengan cabida, dentro del maltrato psicológico. Así lo explica, Atxutegi Gutierrez, J.: *Apartamiento y desheredación en el Derecho Civil Vasco* (Tesis Doctoral en vías de publicación), defendida en Donostia-San Sebastián, el 18 de febrero de 2022, pp.

pauta interpretativa se asienta en la posterior Sentencia del Tribunal Supremo 30 de enero 2015: constata el Tribunal un trato desconsiderado hacia la causante, un engaño con inevitable menoscabo y deterioro de la salud psicológica de ésta. Y es, precisamente, el menoscabo en la salud mental del causante (alimentante) lo que diferencia el maltrato psicológico (maltrato de obra) del abandono asistencial o emocional, reprochable moralmente, pero no incluido, vía interpretación, entre las causas de desheredación. El mero transcurso del tiempo sin mantener contacto, no es suficiente para apreciar la causa: se precisa, además, intención. La conducta del descendiente (alimentista) tiene que estar causal y dolosamente dirigida a ocasionar el daño (SAP Albacete 14 de julio 2016[26]; SAP Valencia 1 de enero 2017[27]; SAP Las Palmas 4 de abril 2018[28]; y SAP Bizkaia 9 de enero 2020[29]). Además de la conducta (el cese de las relaciones) deberá, por tanto, probarse, la existencia de la lesión[30].

El legislador catalán da un paso más. Incluye en el art. 451-17.e del Código Civil de Cataluña, entre las causas de desheredación (comunes a todos los sucesores forzosos), la siguiente: "La ausencia manifiesta y continuada de relación familiar entre el causante y el legitimario, si es por causa exclusivamente imputable al legitimario". En efecto, por primera vez se incluye, en una norma, una causa de desheredación en la que prima la relación de afectividad entre causante y sucesor forzoso, y que, por lo tanto, permite desheredar a cualquier legitimario atendida la ausencia, manifiesta y continuada, de relación entre ellos. La previsión legal, además, permite constatar que en el ordenamiento catalán el cese de las relaciones familiares se desvincula de la causa de desheredación que tiene su origen en el maltrato grave. Esta última causa se prevé en el apartado c) del art. 451-17 CC catalán ("maltrato grave al testador, a su cónyuge o conviviente en pareja estable, o a los ascendientes o descendientes del testador"). La apreciación de la falta de

328 y ss. Cita el autor, como posición contraria al nuevo criterio jurisprudencial, la de Carrau Carbonell, J. M.: "La desheredación por maltrato psicológico y su dificultad de aplicación práctica", *Revista de Derecho Civil*, volumen II, núm. 2, 2015, p. 252. Alerta, con razón, este último: "(…) podría suponerse entonces que el Tribunal Supremo ha incluido, como maltrato de obra, el maltrato psicológico por menosprecio y abandono familiar; pero no la simple ruptura de vínculos y abandono emocional. Ésta diferenciación se antoja harto complicada. Podría entenderse que si los hijos o descendientes del testador, simplemente, no le llaman con frecuencia o no le visitan habitualmente, ello no es una justa causa para desheredarlos; y sólo lo será cuando efectivamente se haya producido una ruptura absoluta de comunicación, extendida en el tiempo, que haya provocado un verdadero padecimiento en el testador, hasta el punto de suponer un incumplimiento al deber de respeto que, conforme al adverbio 'siempre' del artículo 154.2 del Código Civil, es vitalicio".

26 SAP Albacete 14 de julio 2016 (JUR 2016, 200963).

27 SAP Valencia 1 de enero 2017 (AC 2018, 1285).

28 SAP Las Palmas 4 de abril 2018 (JUR 2018, 203599).

29 SAP Bizkaia 9 de enero 2020 (AC 2020, 1201).

30 Pérez Conesa, C.: "El maltrato psicológico como justa causa de desheredación de hijos y descendientes. Interpretación del art. 853.2 CC por la doctrina jurisprudencial reciente", *Aranzadi civil-mercantil. Revista doctrinal*, núm. 3, 2015, p. 121; Algaba Ros, S.: "Maltrato de obra y abandono emocional como causa de desheredación", *Indret*, núm. 2, 2015, p. 11; Ribera Blanes, B.: "La falta de…", cit., pp. 484-487 y 502-506; Rincón Andreu, G.: "Extinción de la pensión, cit., p. 3, o Cabezuelo Arenas, A. L.: "La supresión de…", cit. pp. 4 y ss.

relaciones familiares que sea imputable al alimentista está desprovista de cualquier valoración subjetiva sobre si la conducta del alimentista ha provocado o no un daño al alimentante[31]. En Cataluña, para que la obligación de alimentos pueda extinguirse por esta causa, es necesario que se cumplan los siguientes requisitos: a) ausencia de relación manifiesta, continuada y constante; y b) ausencia imputable exclusivamente al alimentista[32].

Sin embargo, la norma catalana no ofrece una explicación de lo que debe entenderse por "falta de relación familiar"; aunque cabe interpretar, según se ha dicho, que hace referencia a la ausencia de relación afectiva entre el causante y el sucesor forzoso[33]. Esta falta de concreción provoca, justamente, que el distanciamiento deba probarse, caso por caso[34]. De todas formas, el legislador catalán sí se encarga, con la exigencia de una exclusiva imputabilidad al legitimario, de que la desheredación únicamente opere en los casos más graves de abandono hacia el causante[35]. Los tribunales, por su parte, estipulan un mínimo de 10 años para entender que la ausencia de relación familiar es, ciertamente, prolongada en el tiempo, en cumplimiento de lo exigido por el art. 451-17.e del Código Civil de Cataluña[36].

31 Ribera Blanes, B.: "La falta de…", cit., p. 494.

32 Entre otras: SAP Barcelona 21 de febrero 2020 (ROJ 1103, 2020).

33 Atxutegi Gutierrez, J.: *Apartamiento y desheredación*…, cit., p. 334.

34 Cita, Atxutegi, en este contexto, a Vaquer Aloy, A.: "Acerca del fundamento de la legítima", *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, núm. 4, 2017, p. 12: "(…) a causa de desheredación del art. 451.17.e CCCat exige que la falta de relación familiar sea manifiesta y continuada por una causa exclusivamente imputable al legitimario. La doctrina ha señalado con unanimidad que esta causal obliga al juez a indagar en las intimidades de la familia, cuestión nada fácil por las dificultades probatorias, y que supone un margen de arbitrio judicial que puede conducir a un aumento de la litigiosidad. Lo cierto es que la exigencia de la imputación exclusiva de la falta de relación familiar al legitimario diluye notablemente la solidaridad intergeneracional. La desheredación sólo prospera ante los casos más graves de abandono o de ejercicio de algún tipo de violencia sobre el causante. La jurisprudencia es reveladora en este sentido: en la SAP Barcelona, Secc. 17.ª, 4 de febrero de 2013, se estima probado que el hijo desheredado y su esposa echaron al padre de su vivienda en pijama, además de insultarlo y maltratarlo; en la SAP Barcelona, Secc. 14.ª, 30 de abril de 2014, se constató que la falta de relación se prolongó por más de diez años y que el hijo no asistió al funeral de su padre causante; y en la SAP Lleida 7 de mayo de 2015, además de los años de falta de contacto personal, hay acusaciones de envenenamiento y la inasistencia del legitimario al funeral del marido de su madre".

35 Remarca Atxutegi Gutierrez, J.: *Apartamiento y desheredación*…, cit., p. 336: "(…) resulta evidente que cerciorar la concurrencia de este requisito es prácticamente insoluble, pues el elemento probatorio debe adentrarse en la intimidad de la persona y en la valoración subjetiva de unos hechos que rayan en exceso con el poso moral de las personas. La ruptura de cualquier tipo de relación, no solo en el ámbito familiar, suele corresponder, normalmente, a actitudes y comportamiento de ambas partes: no contestar una llamada, no permitir una visita… Supuestos, todos ellos, en los que ligar a un único sujeto la responsabilidad de la ruptura es enormemente difícil". En este sentido, cita el autor, la SAP Tarragona 18 de diciembre 2014 (JUR 2014/21780); o la SAP Barcelona 13 de febrero 2014 (JUR 2014/85318), FJ segundo, en el que se hace constar que es "muy difícil valorar (...) circunstancias que queden dentro de la intimidad familiar, como podían ser las diferencias ideológicas, de carácter, o de cualquier otra índole, que provoque la distancia entre los legitimarios y el causante".

36 Así, la SAP Barcelona 4 de mayo 2006 (JUR 2006/272116), y la SAP Girona 18 de octubre 2004 (JUR 2004/310006), estipulan el tiempo en once y diez años respectivamente.

IV. LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 19 DE FEBRERO DE 2019: UN BRUSCO GIRO AL AMPARO DE LA INTERPRETACIÓN SOCIOLÓGICA.

¿Con relación a la extinción de la pensión alimenticia, puede considerarse "maltrato psicológico" (ejercido por los hijos mayores de edad contra el progenitor no conviviente) la mera ausencia de relación entre ellos?

Esta importante sentencia pone fin a un procedimiento judicial iniciado por un padre (progenitor no custodio y, después, no conviviente), para solicitar la extinción de la obligación de alimentos, fijada a su cargo en la sentencia de divorcio, a favor de sus hijos (ahora) mayores de edad. Ante una pretendida "alteración sustancial de las circunstancias", reclama el padre, *ex* art. 91 CC, la modificación de las medidas definitivas acogidas en la resolución y, por consiguiente, la extinción de la obligación de alimentos que viene cumpliendo. El demandante solicita dicha extinción en base a tres argumentos, enunciados de manera correlativa: (1) Disminución de su capacidad económica; (2) Falta de aplicación y aprovechamiento de los hijos mayores de edad en sus estudios; (3) Nula relación personal entre ellos, padre e hijos (FD Primero 1). Quedan descartadas las dos primeras líneas de argumentación, por no haberse probado en primera instancia ninguna de las dos circunstancias: ni la disminución de la capacidad económica del padre ni la falta de aprovechamiento en los estudios por parte de los hijos (FD Primero 2). Es la tercera vía la que prospera y llega a tratarse, a fondo, en casación, tras dos sentencias (instancia y apelación) estimatorias de la pretensión del padre. El Tribunal Supremo admite el recurso por constatarse infracción de la doctrina jurisprudencial sobre la cesación de la pensión de alimentos en favor de los hijos mayores de edad y por existir, a la fecha, contradicción entre sentencias de audiencias provinciales en torno a la cuestión planteada (se citan, en la resolución, las sentencias de las Audiencias Provinciales de Barcelona, Tarragona, Málaga y Tenerife).

Las sentencias de instancia y apelación[37] consideran que son los hijos mayores de edad los que han decidido, libre y voluntariamente, no tener ninguna relación con su padre. Así lo declaran ambos al ser preguntados por ello en el desarrollo del procedimiento de instancia. Sin relación alguna entre alimentante y alimentista, entienden los juzgadores de ambas instancias que se llega a producir un "enriquecimiento injusto" por parte de los hijos: le han alejado al padre de sus vidas, pero siguen recibiendo la pensión alimenticia fijada en la sentencia de divorcio. El alejamiento es manifiesto y continuado y ha tenido lugar con posterioridad a la adopción de medidas que el padre no conviviente solicita modificar (FD Primero 3). Hay que tener en cuenta, que, al igual que la del propio Tribunal Supremo,

37 Juzgado de Primera Instancia 23 Madrid (Sentencia de 25 de noviembre de 2016) y Audiencia Provincial de Madrid, Sección 24 (Sentencia de 23 de enero de 2018).

ninguna de las dos resoluciones anteriores alude al cese de las relaciones familiares como causa que origina un daño para la salud mental del alimentante. La causa de extinción se centra, exclusivamente, en la ausencia de relaciones; olvidándose de que no se trata de aplicar analógicamente el art. 451-17. e) del Código Civil catalán (por razones obvias), sino de analizar si la ausencia de relaciones iniciada por los hijos puede o no ser considerada como daño psicológico y, por tanto, maltrato incardinable en la cerrada lista de causas de desheredación (SSTS de 3 de junio de 2014 y 30 de enero de 2015).

Por considerarlo "irrelevante", no entran la primera y segunda instancia a valorar las causas del cese de la relación afectiva entre padre e hijos[38]: de alguna manera, aunque aluden a la posible "falta de habilidades" del padre a la hora de relacionarse con sus hijos, parece que vuelcan la responsabilidad de la 'ruptura' sobre éstos[39]. Entre ambas resoluciones, la de primera instancia y la de apelación, encuentra, no obstante, el Tribunal Supremo, una diferencia relevante: a juicio del Alto Tribunal, mientras que la sentencia de primera instancia no ofrece un encaje normativo a la extinción de la pensión alimenticia que acuerda, la audiencia sí recurre, a tal efecto, al art. 152.4º CC[40].

38 Sobre el razonamiento de la sentencia de primera instancia, el FD Primero 3: "(…) Abstracción hecha de si la reiterada e ininterrumpida carencia de relaciones afectivas y de comunicación es achacable al padre o a los hijos, aspecto éste que es irrelevante en este momento dada la mayoría de edad de éstos, ha de tenerse presente que aunque los padres tienen una obligación moral con sus hijos para ayudarles a lo largo de su vida como estimen conveniente, dicho deber queda constreñido al ámbito de la conciencia y la ética de cada persona, siendo, en todo caso, recíproca para los ascendientes y descendientes la obligación de darse alimentos en toda la extensión si se impusiera judicialmente al amparo de lo previsto en el art. 143 del Código Civil. Por ello, siendo la negativa a relacionarse con el padre una decisión libre que parte de los hijos mayores de edad y habiéndose consolidado tal situación de hecho en virtud de la cual el padre ha de asumir el pago de unos alimentos sin frecuentar el trato con los beneficiarios ni conocer la evolución de sus estudios, se considera impropio que subsista la pensión a favor de los alimentistas por cuanto que se estaría propiciando una suerte de enriquecimiento injusto a costa de un padre al que han alejado de sus vidas. En definitiva, la mayoría de edad de los hijos y su manifiesto y continuado rechazo a su padre puede y debe calificarse como una alteración de las circunstancias de verdadera transcendencia por sus repercusiones en el ámbito personal de los implicados, siendo además una situación duradera y no coyuntural o transitoria, que puede ser imputable a los alimentistas, sin que ello reste responsabilidades al padre por su falta de habilidades y que ha acaecido con posterioridad al momento en que se adoptó la medida cuya modificación se pretende".

39 Curiosamente, tal y como señala Cabezuelo Arenas, A. L.: "La supresión de…", cit., p. 28, la alusión a la "falta de habilidades" para hacer frente a las desavenencias familiares y, por consiguiente, argumentar así la imposibilidad de imputar la causa de extinción de manera exclusiva al alimentista, "corre el riesgo de convertirse en una cláusula de estilo para frustrar cualquier intento en este sentido".

40 La razón estriba en que el Juzgado de Primera Instancia únicamente alude a la "alteración sustancial de las circunstancias" (art. 91 CC), sin referirse a la relación que éstas deben guardar con la causa de extinción que se basa en el daño psicológico que, en su caso, pueda causar el cese imputable de las relaciones familiares. La Audiencia Provincial, por el contrario, atina más en su fundamentación, al referirse al art. 152.4º CC, como base legal en la que apoyar la extinción de la pensión. Lo cual no obsta para que, como se ha explicado con anterioridad, la modificación o extinción de los efectos fijados en un proceso de separación y divorcio (como es el caso), haya de probarse la alteración sustancial de las circunstancias (art. 91 CC). La pensión de alimentos que se pretende extinguir es la misma que en su día se estableció en el proceso de divorcio con relación a estos mismos hijos menores de edad (art. 93. 1 CC). Lo que varía, en la actualidad, es el régimen aplicable a dicha pensión, que, desprovista de requisitos de existencia o exigibilidad mientras dure la minoría de edad, ha pasado a regirse por las condiciones y extinciones previstas para la obligación de alimentos (arts. 142 a 153 CC), al haber alcanzado los hijos la mayoría de edad.

Como se recordará, el art. 152.4º CC dispone que la obligación legal de alimentos cesará "cuando el alimentista, sea o no heredero forzoso, hubiese cometido alguna falta de las que da lugar a desheredación". Necesariamente, esta causa de extinción de la obligación alimenticia ha de ponerse en relación con lo dispuesto en el art. 853.2 CC, que prevé que serán también causas justas de desheredación, además de las señaladas en el art. 756 con los números 2º, 3º, 5º y 6º, las siguientes: (…) "2ª. Haberle maltratado de obra o injuriado gravemente de palabra". Partiendo, pues, de la interpretación extensiva que la STS de 3 de junio de 2014 efectuó, en su momento, sobre el maltrato de obra -incluyendo bajo esta expresión, también el maltrato psicológico infligido por el sucesor forzoso al causante-, la Audiencia Provincial de Madrid considera, en este procedimiento, que la ausencia de relación entre padre e hijos puede y debe considerarse maltrato psicológico como tal; y, por tanto, causa de desheredación del 853.2 CC y, en consecuencia, también causa de extinción de la obligación legal de alimentos *ex* art. 152.4º CC.

Consideramos que el brusco giro al que hacemos referencia en el título de este apartado, se produce, justamente, en este punto. La Audiencia Provincial de Madrid equipara ausencia de relación con maltrato psicológico, sin entrar a indagar en la intimidad familiar y, con ello, en las causas reales que han propiciado la ruptura de la relación entre el padre y los hijos, y sin entrar a valorar si dicha conducta menoscaba o no la salud del alimentante[41].

El hecho de considerar "irrelevantes" las causas que originan la realidad actual de las relaciones familiares entre los hijos y su progenitor contraría de lleno las exigencias legales y jurisprudenciales que enmarcan la concurrencia de esta causa de extinción. Por un lado, como ya hemos explicado, el art. 91 CC exige que se constate la "alteración sustancial de las circunstancias" que fundamenten la modificación o extinción de los efectos acordados en el procedimiento de separación o divorcio. Es cierto que el estado y calidad de las relaciones familiares no son tenidas en cuenta a la hora de fijar la obligación de alimentos con respecto a los hijos menores; también lo es que el proceso de separación o divorcio en el que se determine la custodia a favor de uno de los progenitores, correspondiendo

41 Al parecer de Ribera Blanes, B.: "La falta de…", cit., pp. 512-513, "el TS se decanta hace un lado inesperado. Si lo que pretendía el TS era incluir esta situación de falta de relación familiar entre padre e hijo en la causa segunda del art. 853 CC, lo lógico hubiera sido que el TS hubiera defendido que, por regla general, la falta de relación familiar puede generar sufrimiento y dolor a ambas partes, pero en caso de probarse que la falta de relación fuera continuada e imputable exclusivamente al hijo y que, además, había generado daño emocional en el padre, entonces podría argumentarse que esa actitud injustificada del hijo podría valorarse como una suerte de maltrato injustificado hacia el padre que le había generado un menoscabo o lesión en la salud mental de éste y, de ese modo, encontrar encuadre en el art. 853. 2 CC. […] Pero el TS no lo argumenta así, sino que hace abstracción total del maltrato en general y del maltrato psicológico en particular, y se decanta por hacer una interpretación flexible del art. 853. 2 CC en base al fundamento del derecho de alimentos, que como hemos argumentado en líneas más arriba, se basa en el principio de solidaridad familiar y debe ponerse en relación con la actitud personal de quien se considera necesitado (el hijo mayor de edad)".

al otro un derecho de comunicación y visitas, puede suponer un "obstáculo añadido" para el mantenimiento y la continuidad de las relaciones entre parientes no convivientes. No obstante, si lo que se pretende es probar que las actuales relaciones familiares son distintas a aquellas que concurrían al momento de fijarse la pensión -o, incluso, al momento de alcanzar la mayoría de edad, a partir del cual se podría haber solicitado la extinción de la pensión-, necesariamente, aquellas circunstancias deberán ser tenidas en cuenta en la valoración de la causa.

Si, además, como hemos dicho, la ausencia de relaciones familiares sólo es causa de extinción de los alimentos en la medida en que se pruebe la concurrencia del maltrato psicológico, está claro que la conducta mantenida por el alimentista es otro dato imprescindible para valorar si ésta ha sido intencionada y ha causado el daño exigible. Incurrir en una causa de desheredación supone mantener una conducta reprochable a la que el legislador vincula una determinada sanción civil; en este caso, la extinción de la pensión de alimentos. La imputabilidad de los hechos, juega así, un papel determinante para la adopción de la sanción; tal y como pone de relieve el propio Tribunal Supremo al exigir que la causa sea imputable de forma "principal y relevante" al alimentista. Lo cual, obligatoriamente, nos lleva a plantearnos los motivos, las circunstancias, los acontecimientos causantes de la situación actual, para poder determinar si son o no imputables al alimentista. ¿Acaso no es posible que la conducta del padre haya sido la causa de este manifiesto y continuado rechazo? ¿Si así fuera, tendría dicha conducta alguna relevancia a la hora de pronunciarse el juzgador sobre la extinción de la obligación de alimentos? ¿Si la respuesta a la anterior pregunta es afirmativa (como entendemos que debe ser), por qué decide el juzgador no indagar en la intimidad familiar para conocer, a ciencia cierta, cuál ha sido el motivo por el que los hijos han decidido 'romper' la relación con el padre? ¿Es esta decisión de los hijos la causa o la consecuencia de la falta de relación con su padre?

Otro dato más parece escaparse a los ojos de los juzgadores de las distintas instancias en relación con la causación intencionada del daño y la imputabilidad de la conducta: la edad del alimentista. Tanto la doctrina como la jurisprudencia menor están de acuerdo en afirmar que, para que la conducta sea imputable al sujeto (alimentista), es necesaria cierta capacidad para entender y asumir las consecuencias de los actos llevados a cabo. En este sentido, mientras los hijos son menores de edad carecen de la madurez física y mental suficiente para entender y pretender el cese de las relaciones familiares (SAP Toledo 21 de enero 2014[42]; SAP Barcelona 22 de abril 2014[43]; SAP Castellón 14 de enero 2015[44]; SAP Asturias

42 SAP Toledo 21 de enero 2014 (AC 2014, 596)

43 SAP Barcelona 22 de abril 2014 (JUR 2014, 85318).

44 SAP Castellón 14 de enero 2015 (JUR 2015, 99660).

1 de febrero 2016[45]; SAP Barcelona 13 de abril 2016[46]). En la mayoría de los casos, al igual que ocurre en la sentencia que ahora se comenta, la pensión de alimentos y las circunstancias que determinan el cese de la convivencia tienen su origen durante la minoría de edad del alimentista, y con anterioridad o posterioridad al cese de la convivencia de los progenitores. Únicamente cuando la solicitud de la extinción de los alimentos tenga su causa en hechos acaecidos con posterioridad a la mayoría de edad, incluso aunque el alimentista no conviva con uno de los progenitores y la necesidad surja después de haber alcanzado la independencia económica, podrá tenerse en cuenta la conducta mantenida por los hijos o hijas que, habiendo roto los lazos con su familia, pretenden que sus parientes (progenitores) paguen la pensión de alimentos[47]. En cualquier caso, mientras no se proceda a modificar (por el legislador) las causas que legalmente determinan la desheredación (o la propia obligación alimenticia), el alimentante deberá probar no sólo que la situación actual es imputable de manera principal y relevante a quien pretende ser alimentista, sino que, además, deberá constatarse el daño que la situación provoca al alimentante. Pues, *a priori*, nada invita a presumir que la ausencia de relaciones es exclusivamente imputable a uno de ellos, y únicamente dolorosa para el otro[48].

Sin duda, la dificultad para probar la concurrencia de los requisitos ahora enumerados es lo que ha llevado a que, en la práctica judicial, rara vez se llegue a admitir la extinción de la obligación alimenticia con fundamento en el cese de las relaciones familiares que causa daño psicológico (art. 152.4º CC), o como causa autónoma e independiente (art. 451-17. e)[49]. Las circunstancias que, como se verá en el próximo apartado, dan lugar al cese actual de las relaciones familiares tienen su origen en conductas anteriores mantenidas por ambos progenitores, uno de ellos y el alimentista. Rara vez es apreciable la imputabilidad exclusiva a uno de ellos, resultando determinantes para su no apreciación factores tan dispersos

45 SAP Asturias 1 de febrero 2016 (JUR 2016, 35787).

46 SAP Barcelona 13 de abril 2016 (JUR 2016, 132615).

47 Al parecer de Cabezuelo Arenas, A. L.: "La supresión de…", cit., pp.18-29, no debería aplicarse el mismo criterio cuando se trate de los que denomina "grandes mayores", esto es, "adolescentes de dieciséis o diecisiete años, que se haya a las puertas de la emancipación".

48 Consultar al respecto: Cabezuelo Arenas, A. L.: "La supresión de…", cit., pp. 3-17; Madriñán Vázquez, M.: "Principales controversias en…", cit., pp. 185-189; Algaba Ros, S.: "Maltrato de obra…", cit., pp. 17-20; Ribera Blanes, B.: "La falta de…", cit., pp. 515-525, o, Rincón Anreu, G.: "Extinción de la…", cit., pp. 7 y 8.

49 Al parecer de Cabezuelo Arenas, A. L.: "La supresión de…", cit., p. 4: "como demostraré, son varios los escollos que dificultan el éxito de esta pretensión. El primero: la exigencia que medie prueba sobre la exclusiva imputabilidad del alimentista en ese corte afectivo, en el que se centra concretamente la STS de 19 de febrero de 2019 (RJ 2019, 497). Extremo dificultado, de un lado, por el triunfo de la negativa a implicar a menores de edad, sea cual fuere su grado de madurez, en la que hemos de centrarnos después. Y, por otro, por la dinámica de los conflictos familiares, en los que se intercambian reproches por reacciones poco edificantes de ambas partes. El segundo viene impuesto por la configuración en nuestro Código Civil de estas patologías como una modalidad de maltrato (art. 853. 2 CC) y no como causa desheredatoria específica, desligada de aquél. Lo que impedirá, de no alcanzar la magnitud para ser catalogado como tal, que un simple corte de relaciones o desafecto prolongado entre los implicados reciba esta sanción, al reputarse entonces un mero abandono sentimental intranscendente en el ámbito jurídico".

como: que ambos sujetos tengan fijados en territorios distintos sus residencias habituales; las malas relaciones entre los progenitores; haber formado una nueva familia, o, la anteriormente aludida "falta de habilidad" para reconducir la situación frente a la conducta mantenida por los hijos o hijas menores de edad, entre otros.

Parece que las sentencias de instancia protegen la posición jurídica del progenitor no conviviente a la hora de solicitar la extinción de la relación obligatoria. Y lo hacen, aunque no haya quedado acreditada ni la disminución de la capacidad económica del padre ni la falta de aplicación de los hijos en los estudios. Decretan la extinción, en realidad, contraviniendo la doctrina anterior de la Sala Primera del Alto Tribunal sobre la obligación de alimentos en favor de los hijos mayores de edad, ya que éstos siguen conviviendo con la madre y, además, no tienen recursos suficientes para valerse por sí mismos en el plano económico; se aplican, asimismo, en sus estudios y el alimentante no ha visto mermada su solvencia económica por una nueva circunstancia a tener en cuenta. Como andamiaje de dicha argumentación jurídica, el Tribunal Supremo pone la atención en los 'roces' que han contribuido a generar las "modernas estructuras familiares"[50]. La amplitud que caracteriza, en la actualidad, a la familia, es considerada, en la Sentencia del TS de 2019, como fuente de nuevas tensiones. ¿Acaso no es posible mantener una relación humana saludable tras situaciones de crisis y reconstrucción (con personas distintas) de las relaciones de pareja de los progenitores implicados? ¿Garantiza la convivencia de padres e hijos bajo el mismo techo, por sí sola, la buena calidad de sus relaciones? ¿De qué factores depende, entonces, la consecución de ese equilibrio? ¿Es momento para interpretaciones sociológicas-flexibles-extensivas generalizadoras? ¿A quiénes benefician?

Según el Tribunal, sí es momento de articular esa laxitud interpretativa. Deben adecuarse, a su juicio, las causas de desheredación contenidas en el art. 853 CC a las situaciones que se viven en la actual realidad social; y, por remisión, también han de acomodarse las causas de extinción de las obligaciones alimenticias que dependen de las de desheredación. Mientras el legislador español no lleve a cabo la tan ansiada y esperada -por urgente- reforma de la legítima en el Código Civil, el Tribunal Supremo asume -actuando, *de facto*, como fuente de Derecho (*cfr.* art. 1.6 CC)- la función de operar dicha actualización. Y la lleva a cabo realizando, según explica, una interpretación sociológica -en este caso, extensiva- de la expresión "maltrato de obra" consignada en el art. 853.2 CC, una vez admitida, por la propia Sala, en Sentencia de 3 de junio de 2014, que el "maltrato psicológico" es una forma

50 FD Tercero 4: "Entre las iniciativas que propugnan la revisión de la legítima, una de ellas es la tendente a que se extiendan y modernicen los casos legales de desheredación de los legitimarios; pues las modernas estructuras familiares propician e incluso no hacen extrañas situaciones en las que los progenitores han perdido contacto con alguno o todos de sus hijos. Otras veces, ya no es tanto la pérdida de contacto, sino relaciones entre progenitor e hijo francamente malas. Estas tensiones no son nuevas, pero hoy día pueden haberse incrementado, pues, con frecuencia, existen sucesivos matrimonios, que conlleva sucesivos núcleos familiares, con hijos de un vínculo anterior y otros del posterior, con intereses no siempre uniformes".

de maltrato de obra. En la resolución que aquí se analiza, el Tribunal Supremo va un paso más allá: considera que la ausencia de relación, imputable a los hijos del progenitor no conviviente y alimentante, es, también, maltrato psicológico. Alude, como referente normativo de esta 'actualización', al art. 451-17.e del Código Civil de Cataluña[51] que, como se recordará, considera causa de desheredación de los sucesores forzosos "la ausencia manifiesta y continuada de relación familiar entre el causante y el legitimario, si es por una causa exclusivamente imputable al legitimario". En realidad, hay una diferencia muy importante entre el brusco giro que pretende operar la STS y la norma catalana: ésta sitúa el maltrato, como causa de desheredación, en la letra c) del art. 451-17 ("El maltrato grave al testador, a su cónyuge o conviviente en pareja estable, o a los ascendientes o descendientes del testador"), incluido el psicológico. Pero no tilda de maltrato la ausencia de relación entre el sucesor forzoso y el testador (en nuestro caso, entre el hijo mayor edad y el progenitor no conviviente-alimentante). Además, únicamente hace viable la ausencia de relación, como causa de desheredación, cuando resulta imputable, con carácter exclusivo, al legitimario (en nuestro caso, los hijos mayores de edad alimentistas).

En la 'actualización' que pretende articular la Sentencia que aquí se analiza, al amparo de la interpretación sociológica consignada en el art. 3.1 CC, ninguna causa nueva de desheredación añade el Alto Tribunal a la lista del art. 853 CC, ni resta causa alguna a las que el precepto contiene. Esa labor, reconoce, compete únicamente al legislador. Pero, en este punto, la Sentencia de casación distingue dos planos (FD Tercero 5):

1º) Admite, por un lado, la viabilidad y oportunidad de aplicar una interpretación extensiva y flexible del contenido de las causas de desheredación consignadas en el art. 853 CC (subsumiendo distintos supuestos de hecho en su letra, aunque no aparezcan nombrados), conforme a la "realidad social, al signo cultural y a los valores del momento en que se producen", a la espera de que el legislador aborde la reforma legislativa para su positivación.

2º) Apuesta, sin embargo, por hacer una interpretación restrictiva y rígida a la hora de valorar la concurrencia de tales causas en un caso concreto, en atención al espíritu sancionador que las informa. A saber, dice literalmente el Tribunal, "si

51 Art. 451-17 CCCat: "1. El causante puede privar a los legitimarios de su derecho de legítima si en la sucesión concurre alguna causa de desheredación. 2. Son causas de desheredación: a) Las causas de indignidad establecidas por el artículo 412-3. b) La denegación de alimentos al testador o a su cónyuge o conviviente en pareja estable, o a los ascendientes o descendientes del testador, en los casos en que existe la obligación legal de prestárselos. c) El maltrato grave al testador, a su cónyuge o conviviente en pareja estable, o a los ascendientes o descendientes del testador. d) La suspensión o la privación de la potestad que correspondía al progenitor legitimario sobre el hijo causante o de la que correspondía al hijo legitimario sobre un nieto del causante, en ambos casos por causa imputable a la persona suspendida o privada de la potestad. e) La ausencia manifiesta y continuada de relación familiar entre el causante y el legitimario, si es por una causa exclusivamente imputable al legitimario".

tomásemos como referencia el artículo 451-17.e del Código Civil de Cataluña, a la hora de valorar si es por una causa exclusivamente imputable al legitimario". Esta valoración, sí ha de hacerse de forma restrictiva".

Mostrándonos conformes con que el maltrato psicológico es una forma de maltrato de obra, sintonizamos, plenamente, con la actualización que operó, en su día, la STS 3 de junio 2014, sobre la expresión del art. 853.2 CC. También consideramos, en la línea del Código Civil de Cataluña, art. 451-17.e, que "la ausencia manifiesta y continuada de relación familiar entre el causante y el legitimario" debe ser considerada causa de desheredación; cuando resulte imputable, exclusivamente, al sucesor forzoso. Pero que la ausencia de relación familiar entre causante y legitimario (en nuestro caso, progenitor no conviviente-alimentante e hijos alimentistas mayores de edad) pueda operar como causa de desheredación, no significa que deba equipararse a un supuesto de maltrato psicológico, sobre todo, si no se articula, al mismo tiempo, para tal caso, una exclusiva imputabilidad al sucesor. Insistimos:

1º) El maltrato psicológico es una forma de maltrato de obra. Conformes con la actualización que opera la STS 3 de junio 2014 sobre la expresión maltrato de obra contenida en el art. 853.2 CC, como causa de desheredación.

2º) La ausencia de relación familiar entre causante y sucesor forzoso no es, por sí sola, sinónimo de maltrato psicológico; y, no resulta, por tanto, encuadrable, de forma automática, en la expresión maltrato de obra. La ausencia de relación familiar debe engrosar una causa propia e independiente de desheredación, como ocurre en el Derecho catalán. El Tribunal Supremo fusiona ambas causas y la equiparación se extralimita.

3º) Para que la ausencia de relación familiar entre causante y legitimario sea viable cara a la desheredación (o a la extinción de la obligación de alimentos), deberá poder imputársele al sucesor forzoso de manera exclusiva. De otro modo, si la responsabilidad de la ruptura es compartida con (o se debe en gran medida a) el causante, no podrá ser alegada por éste como causa de desheredación del legitimario (o como causa de extinción de la pensión alimenticia).

Este último extremo es el que, no obstante, el Tribunal Supremo 'relaja'. Se separa de la norma catalana para concluir que, si la falta de relación entre el progenitor no conviviente y sus hijos mayores de edad es imputable de forma "principal y relevante" a éstos (FD Tercero 9), podrá alegarse el art. 152.4º CC, con relación al 853.2, para entenderla como maltrato de obra y, por ende, como

causa de desheredación y de extinción de la obligación alimenticia[52]. Así, entiende el Tribunal Supremo que, de probarse en instancia que la falta de relación entre el padre y los hijos mayores de edad es imputable, de forma principal y relevante, a los hijos, el principio de solidaridad familiar desaparece ante una conducta del alimentista reprobable y prevista en la Ley. No resultaría equitativo, se explica, "que quien renuncia a las relaciones familiares y al respaldo y ayuda de todo tipo que éstas comportan, pueda verse beneficiado después por una situación jurídica que encuentra su fundamento, precisamente, en los vínculos parentales" (FD Tercero 8). La cuestión es que, como bien sabe el Tribunal, esta ausencia de relación entre padre e hijos alimentistas no está prevista en el art. 853.2 CC como causa autónoma de desheredación; mucho menos, como maltrato psicológico o de obra. Es el propio Tribunal el que, a falta de previsión legal, crea Derecho, haciendo desaparecer, en tal caso, la presencia del principio de solidaridad familiar, ante una conducta 'reprobable' de los hijos, imputable de forma "principal y relevante" a ellos mismos. Todo se reduce, por tanto, a una cuestión probatoria. Habrá de indagarse, para ello, en la intimidad familiar; y en los motivos reales que llevan a los hijos a rechazar tener relación alguna con su padre durante tantos años.

En este punto, pues, se separan las audiencias provinciales en las resoluciones posteriores a la analizada STS de 19 de febrero de 2019. Algunas aplican, porque así les corresponde, el art. 451-17. e del Código Civil de Cataluña, admitiendo, únicamente, la exclusiva imputabilidad al sucesor forzosos para la viabilidad de la ausencia de relación familiar como causa de desheredación. Otras, sin embargo, siguen la senda marcada por el Tribunal Supremo en esta resolución, y exigen una imputabilidad en grado "principal y relevante" de la conducta a los sucesores forzosos (en nuestro caso, alimentistas). Al análisis de esta jurisprudencia menor se dedica el siguiente apartado.

V. LA DISPAR DOCTRINA DE LAS AUDIENCIAS PROVINCIALES TRAS LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 19 DE FEBRERO DE 2019.

Desde que en 2019 el Tribunal Supremo delimitase sustancialmente la posibilidad de extinguir la obligación de alimentos con base en la falta de relaciones familiares que -de forma principal y relevante- sea imputable al alimentista, han sido numerosas las modificaciones de medidas solicitadas en este sentido. En la gran mayoría de las resoluciones aquí examinadas, la solicitud de modificación de medidas se enmarca en el procedimiento de divorcio de los progenitores, en el cual se otorga la custodia de los hijos menores a la madre y se fija una pensión de alimentos a cargo del padre. Solamente en una de las sentencias analizadas

52 Tal y como señala Cabezuelo Arenas, L., "La supresión de…", cit., p. 4, si se tiene en cuenta la escasa repercusión que en la práctica judicial ha tenido la aplicación del art. 451-17. 6, o, la del propio art. 152.4° CC, no se alcanza a comprender el porqué de una decisión como ésta. Frente a lo cual nos preguntamos si, al rebajar el criterio de imputabilidad, no está queriendo favorecer su aplicación.

se decreta la custodia en favor del padre y se estipula el pago de la pensión alimenticia a cargo de la madre. En la mayoría de los casos, por tanto, al momento de fijarse la pensión de alimentos los hijos son menores de edad y son los padres -progenitores varones- quienes solicitan la extinción de la pensión alimenticia fijada en la sentencia de divorcio una vez aquellos han alcanzado ya la mayoría de edad.

Tal y como se ha explicado con anterioridad, la pensión de alimentos subsiste, a cargo del progenitor varón obligado, pese a la mayoría de edad del hijo alimentista, aunque sea su fundamento y régimen lo que se modifique (pasa del art. 154 al 142 y ss. CC). Y es, precisamente, al cambiar este régimen, cuando los progenitores varones ven la posibilidad de apoyarse en el art. 152.4º CC para solicitar la extinción de la pensión con fundamento en esta causa. En prácticamente todas las sentencias examinadas, posteriores a 2019, ya se constata un cese de relaciones, tras el divorcio de los progenitores, entre los hijos menores y el progenitor varón. Hasta la mayoría de edad de los hijos alimentistas, ni la pensión de alimentos está sometida a condición o presupuesto de extinción alguno, ni es posible que prospere la causa, al considerarse que el menor no tiene capacidad suficiente para poder asimilar las consecuencias de su conducta y, por consiguiente, no serle imputable, (de forma relevante o exclusiva) tal ausencia de relación. La cuestión reside, entonces, en determinar qué debe hacerse cuando, al alcanzar la mayoría de edad, el cese de las relaciones familiares continúa, en muchos casos por expresa voluntad manifiesta del alimentista.

En principio, y siguiendo la doctrina del Tribunal Supremo, así como la normativa catalana (art. 451-17. e CCCat), el cese afectivo y material de las relaciones familiares no es causa suficiente para extinguir la pensión fijada a favor de los hijos, menores o mayores de edad. Junto con éste requisito material previo (ausencia de relación), además, deberá concurrir, inexcusablemente, el presupuesto de la imputabilidad. Esto es, que tal situación de falta de relación entre los hijos mayores de edad y el progenitor varón se derive de una causa que de forma "exclusiva" (art. 451-17. e CCCat), o "principal y relevante" (STS 19 de febrero 2019) sea imputable al alimentista.

Ya hemos avanzado que, tanto el Tribunal Supremo como los distintos tribunales catalanes, coinciden en remarcar la importancia que tiene la valoración de las pruebas presentadas para acreditar dicha imputabilidad. Pruebas que no deberán basarse, únicamente, en las circunstancias, hechos o acontecimientos que definen la situación familiar actual, sino que deberán, igualmente, centrarse en analizar el origen de esta situación; máxime cuando lo que, efectivamente, queda probado es que las malas o inexistentes relaciones comenzaron en una fase anterior, cuando el alimentista aún era menor de edad. No es inusual, tampoco, que los tribunales nos recuerden la particularidad que reviste la obligación de

alimentos entre ascendientes y descendientes de primer grado, cuando el alimentante (progenitor) debe cumplir con la obligación de procurar el desarrollo integral del alimentista (hijo o hija) mayor de edad, como parte de los deberes que le incumben como progenitor. La causa del art. 152.4º CC puede alegarse por cualquier pariente que, reclamado para el pago de una pensión, pretenda su no nacimiento o extinción al no existir relaciones familiares por causas imputables a quien pretende ser alimentado. Entre progenitores y descendientes, en cambio, la obligación hay que enmarcarla en el plano de las relaciones paterno-filiales y eso supone un plus, sin duda, respecto de las obligaciones alimenticias a cargo de cualesquiera otros parientes. Tal y como se establece en la tantas veces citada STSJ de Cataluña 2 de marzo 2017, en relación al deber de abonar la pensión de alimentos: "(…) no se trata sólo de un derecho- obligación de reflejo familiar y de un sentido de justicia, sino de un derecho básico contemplado expresamente en el artículo 236-17.1 CCCat, al señalar que los progenitores, en virtud de sus responsabilidades parentales deben cuidar a los hijos, prestarles alimentos en el sentido más amplio, convivir, educarlos y proporcionarles una formación integral".

Precisamente, la consideración de la forma de relacionarse con el progenitor durante la minoría de edad -mantenida una vez alcanzada la mayoría de edad-, junto con la falta de habilidades mostradas por el alimentante para superar los problemas familiares acaecidos como consecuencia del divorcio y del cese de la convivencia y propiciar el mantenimiento de las relaciones con sus descendientes, forman parte de la argumentación jurídica empleada por los jueces para, en la mayoría de los casos, rechazar la causa de extinción; al considerar que la situación actual es el efecto de una previa falta de relaciones familiares, de ningún modo imputable de manera "exclusiva, principal o relevante" al alimentista. Junto con lo anterior, además, es habitual que se incida, como argumento para desestimar la solicitud de extinción, en que, pese a la nula existencia de relaciones entre el progenitor y su descendiente, el alimentista no muestra un rechazo absoluto hacia la figura del progenitor. *Sensu contrario*, para que se estime la falta de relaciones como causa de extinción de la pensión de alimentos, se precisa que: a) quede probado el total y absoluto cese de las relaciones familiares; b) el cese tenga su causa en la mera voluntad no justificada del alimentista, pese a los esfuerzos probados por el progenitor para superar las desavenencias y problemas de convivencia, de comunicación y de relaciones habidos en un pasado, y c) el alimentista muestre un rechazo absoluto hacia la figura del progenitor, de forma que quede clara su voluntad de desvincularse.

A continuación, se procede a desgranar, con mayor detalle, el examen jurisprudencial que se ha acometido. En concreto, se han seleccionado 26 sentencias de audiencias provinciales, todas ellas de 2020, 2021 y 2022, porque vierten la dosis suficiente de argumentación jurídica para la extracción de conclusiones que

muestran una línea no uniforme en la materia que nos ocupa. Se dividirá, la referida selección de resoluciones, en dos subgrupos: (1) Resoluciones que desestiman la solicitud de extinción de la pensión; (2) Resoluciones que estiman la solicitud de extinción de la pensión. De las 26 resoluciones examinadas, son 19 las que desestiman la solicitud de extinción[53] y 6, por el contrario, las que la estiman.

1. Resoluciones que desestiman la solicitud de extinción de la pensión.

Del texto de las resoluciones que desestiman la solicitud del alimentante para que se extinga la obligación de pago de la pensión alimenticia en pro de sus hijos o hijas mayores de edad, cabe extraer el siguiente conjunto argumentos jurídicos:

1º) *Falta de habilidades del alimentante para superar los problemas familiares y propiciar el mantenimiento de relaciones con sus hijos e hijas:*

"(…) De lo que deduce que es clara la nula implicación del demandado en la educación y cuidados de su hijo menor, cuya patria potestad conservaba pese a haberse atribuido su custodia a los abuelos maternos. Desde que se atribuyó su custodia a estos el menor no contó con el cariño, afectos y cuidado de su progenitor. El padre tenía unos deberes familiares personales y patrimoniales hacia su hijo que, desde luego, no pueden entenderse satisfechos con unos mensajes que, salvo en una ocasión, ni siquiera constan llegaran a su destinatario y que, por lo que hace a los últimos, hubo de ser compelido judicialmente para su cumplimiento. Tal situación se prolongó una vez obtuvo el hijo la mayoría de edad" (FD 4º, SAP León 6 de julio 2020)[54].

"(…) manifestaron que desde que su padre se fue de casa, no habían tenido ninguna relación con él, que le pidieron un tiempo, pero que su padre tampoco ha hecho nada por relacionarse con ellas, y que un futuro si quieren saber de él, encontrándose padre e hijas, incursos en todo el proceso que conlleva una ruptura matrimonial, en la que afloran sentimientos encontrados, reproches, mal entendidos, que pueden tensar las relaciones, pero que una vez superada la etapa inicial, con buena disposición de las partes interesadas, teniendo además en cuenta la edad de las hijas, lo usual es que se pueda llegar a una relación normalizada con su progenitor, con el que por otra parte, han convivido antes de la ruptura del matrimonio de sus padres, durante muchos años, por lo que no se aprecia, que por el momento concurra la causa invocada, como determinante para no fijar los

53 SAP Alicante 2 de febrero 2021 (ROJ 186, 2021); SAP Valladolid 22 de diciembre 2020 (ROJ 1721, 2020); SAP Burgos 17 de septiembre 2021 (ROJ 839, 2021); SAP Pontevedra 8 de noviembre 2021 (ROJ 2601, 2021); SAP Madrid 22 de noviembre 2021 (ROJ 1509, 2021); SAP Ciudad Real 17 de diciembre 2021 (ROJ1532, 2021); SAP Burgos 22 de febrero 2022 (ROJ 110, 2022),SAP Oviedo 22 de febrero 2022 (ROJ 477, 2022); SAP Madrid 28 de febrero 2022 (ROJ 3559, 2022); SAP Santander 1 de marzo 2022 (ROJ 308, 2022); SAP Pontevedra 3 de marzo 2022 (ROJ 586, 2022) o, SAP Madrid 16 de marzo 2022 (ROJ 3543, 2022).

54 SAP León 6 de julio 2020 (JUR 2020, 252308).

alimentos que son debidos, conforme a los artículos 142 y ss. del Código Civil" (FD 2º, SAP León 29 junio 2020)[55].

2º) *Cese total de las relaciones entre el progenitor varón y los hijos o hijas mayores de edad y rechazo absoluto hacia la figura paterna:*

"(…) ahora bien, lo que no se puede es imputar la responsabilidad de dicha situación exclusivamente al hijo, máxime cuando este cuenta con quince años cuando sus padres se separan, y resulta evidente que la ruptura de sus padres y la actitud del apelante con su madre le afecta emocionalmente. Pero tampoco, ni tan siquiera ahora que ya es mayor de edad, cabe atribuirle dicha responsabilidad en exclusiva, puesto entre padre e hijo, al margen de los contactos personales que pudieran haber existido, ha existido una cierta comunicación entre ellos, y lo que no se aprecia, y esto es lo relevante, es un rechazo absoluto del hijo de la figura de su padre, ni un deseo de desvincularse de la figura paterna, y ello por mucho que el padre padezca un trastorno depresivo que atribuye a las dificultades de su relación partenofilial" (FD 3º, SAP Gijón 7 de octubre 2020)[56].

"(…) por lo que no puede considerarse que la pérdida de afección obedezca a una decisión consciente, voluntaria e injustificada de dos alimentistas, hoy mayores de edad, consistente en dejar de mantener relación con éste de forma injustificada. (…). Lo cierto es que la problemática familiar no puede responsabilizar a los hijos mayores exclusivamente de la ausencia paternofilial cuando se parte se parte de una situación previa negativa, mantenida en el tiempo e iniciada cuando los hijos eran menores de edad, lo que hacía a los progenitores, en este caso también al padre responsables del cumplimiento del régimen de visitas establecido y de la recomposición de la relación tan deteriorada que tenía con los hijos" (FD 3º, SAP Málaga 30 de junio 2021)[57].

"(…) Sea como fuere, la mera desaparición de los vínculos afectivos entre parientes próximos, incluso manifestada en forma de ausencia notoria y continuada de relación familiar, no es justa causa para la extinción de la obligación de alimentos" (FD 1º, SAP Tarragona 2 de marzo 2022).

3º) *Carácter continuado y prolongado del cese de relaciones. Se muestran claros, los tribunales, a la hora de precisar que, para el cómputo de la duración del cese de relaciones, no se debe tener en cuenta el periodo anterior a alcanzar los hijos la mayoría de edad:*

55 SAP León 29 de junio 2020 (ROJ 919, 2020).

56 SAP Gijón 7 de octubre 2020 (ROJ 4076, 2020).

57 SAP Málaga 30 de junio 2021 (ROJ 2310, 2021).

"(…) y en esa época los dos hijos mayores de edad aún eran menores por lo que esta Sala en atención a la interpretación rigurosa y restrictiva que ha de hacerse de la causa de extinción no estima que concurra el requisito de la continuidad en la ausencia de relación, de indudable trascendencia, más aún en el tránsito entre la minoría y la mayoría de edad, pues no se puede tenerse en cuenta para valorar la continuidad el tiempo de ausencia de relación entre el hijo y el padre durante la menor edad del hijo. (…) La duración de la ausencia de relación desde el momento en que los hijos alcanzaron la mayoría de edad es aproximadamente dos años, no considerando la Sala que ello sea tiempo suficiente, en atención a la gravedad de la consecuencia, como para considerar que tal ausencia de relación pueda calificarse de forma "notable y relevante", en especial cuando esa situación procede de una situación condicionada por un proceso matrimonial en el que las posiciones del padre y la madre estaban altamente enfrentadas, razones que conllevan la desestimación del motivo recurrente" (FD 3º, SAP Málaga 30 de junio 2021).

4º) Falta de imputabilidad exclusiva (o principal) del cese de relaciones a los hijos o hijas alimentistas:

"(…) pues si bien es cierto que el régimen de visitas no se ha llevado a cabo desde que la menor cumplió los 12 años porque ella no quería relacionarse con su padre, y que una vez cumplida la mayoría de edad, tampoco ha mantenido ninguna relación con su padre, sin embargo no hay ninguna constancia de que por parte del padre se haya intentado restablecer con mayor o menor insistencia la comunicación con su hija, al margen de la llamada que realiza en julio de 2019 para que le facilitara documentación referente a sus estudios universitarios, cuya aportación se requería desde Suiza, pues incluso cuando la encuentra por la calle, según declara una de las testigos que intervino en la vista del juicio la vuelve la cara, por lo que esa falta de relación manifiesta entre padre e hija, no puede considerarse que sea imputable con carácter principal y relevante a la hija, y por tal motivo para que sea causa para dejar sin efecto el pago de la pensión de alimentos" (FD 1º, SAP León 21 de febrero 2022)[58].

"(…) Es cierto que la hija mayor Sabina no mantiene desde algo más de tres años relación con su padre (y familia paterna), también que el padre lo ha intentado de diversas maneras (mensajes, pareja, mediación), pero esa falta de relación, que no puede considerarse como episódica, no sería imputable en exclusiva a la hija, sino que eclosiona a raíz de las estancias de la hija con el progenitor después de la ruptura matrimonial" (FD 1º, SAP Tarragona, 2 de marzo 2022)[59].

58 SAP León 21 de febrero 2022 (ROJ 213, 2022).

59 SAP Tarragona 2 de marzo 2022 (ROJ 403, 2022).

2. Resoluciones que estiman la solicitud de extinción de la pensión.

Si bien es verdad que en la mayoría de las sentencias analizadas la causa de extinción *ex* art. 152.4º CC es desestimada, no es menos cierto que la tendencia favorable a su estimación por parte de los tribunales españoles ha aumentado, considerablemente, desde que el Tribunal Supremo fijó su doctrina en la sentencia de 19 de febrero de 2019. Las seis resoluciones que se alinean con la estimación tienen en común las siguientes particularidades: a) una vez alcanzada la mayoría de edad, el cese de las relaciones familiares se mantiene de manera voluntaria y prolongada; b) se manifiesta un rechazo absoluto hacia la figura paterna y hacia el hecho de seguir manteniendo relaciones paterno-filiales; c) por parte del progenitor varón se prueban los esfuerzos realizados por recuperar las relaciones, pese a los conflictos o problemas del pasado. Conflictos, estos, que, pese a ser alegados por el alimentista para justificar el porqué de la ausencia de relación con su padre, no quedan debidamente probados o no se consideran de entidad suficiente. Concurriendo todas estas circunstancias, los tribunales consideran que la solidaridad intergeneracional que sustenta la obligación de alimentos entre parientes se quiebra de manera efectiva e imputable al alimentista.

Los argumentos ahora recogidos constituyen la base de las siguientes sentencias:

1º) Cese total, voluntario, manifiesto y prolongado de las relaciones paterno-filiales entre el alimentante y sus hijos o hijas mayores de edad:

"(…) Consta en las actuaciones, que la hija común de los litigantes lleva más de 16 años sin tener contacto alguno con su padre ni personalmente ni por ninguna vía de comunicación. La hija reside en Francia con su madre desde poco después de recaer la sentencia de divorcio, habiendo adquirido la nacionalidad francesa en el año 2.009, mostrando desde hace muchos años un rechazo absoluto a mantener contacto alguno con el Sr. Genaro, lo que ha imposibilitado el que pudiera llevarse a la práctica contacto alguno entre el progenitor y su padre, lo que motivó en su momento el que se dejara sin efecto régimen de relaciones personales entre la menor y su progenitor. (…) Una vez adquirida la mayoría de edad por parte de la hija común de los ahora litigantes en fecha 24 de noviembre de 2.017, la hija en cuestión, de una u otra forma, ha seguido negándose a mantener relación alguna con su progenitor. (…) ya que no encuentra justificación alguna el rechazo absoluto de la figura paterna a la vez que se le reclama el cumplimiento de una pensión alimenticia, y más en el presente supuesto en el que el padre lleva un periodo de tiempo dilatadísimo sin poder tener relación alguna con su hija, más de 16 años" (FD 3º, SAP Barcelona 23 de enero 2020)[60].

60 SAP Barcelona 23 de enero 2020 (ROJ 615, 2020).

"(…) así como en lo declarado por ella durante el acto de la vista donde de manera clara, firme y taxativa expuso no querer tener relación ni trato con su padre, con quien la única relación que quiere es que le pague la pensión" (FD 2º, SAP Pamplona 27 de octubre 2020).

2º) Rechazo absoluto de la figura paterna:

"(…) La actuación de la hija común al negar, de modo público, el vínculo de filiación que legitima la subsistencia de la pensión alimenticia excede del pretendido "abandono emocional", que como expresión de la libre ruptura de un vínculo afectivo o sentimental ha sido analizado, a los fines ahora discutidos, por reiterada jurisprudencia, por toda Sentencia del Alto Tribunal nº 258/2014, de 3 de junio de 2014" (FD 2º, SAP Madrid 9 de septiembre 2020)[61].

"(…) ya que no encuentra justificación alguna el rechazo absoluto de la figura paterna a la vez que se le reclama el cumplimiento de una pensión alimenticia, y más en el presente supuesto en el que el padre lleva un periodo de tiempo dilatadísimo sin poder tener relación alguna con su hija, más de 16 años" (FD 3º, SAP Barcelona 23 de enero 2020).

3º) *Falta de necesidad del alimentista y falta de capacidad económica del alimentante:*

"(…) a la vez que la madre cuenta con una situación económica holgada que le permite atender a las necesidades personales y de su hija, mientras que el padre ahora recurrente mantiene una precaria situación económica y ha tenido tres nuevos hijos del matrimonio contraído posteriormente" (FD 3º, SAP Barcelona 23 de enero 2020).

"(…) vamos a acordar la extinción de pensión de alimentos a favor de las dos hijas Paula y Tomasa, de 28 y 23 años de edad, habiendo Paula ya acabado su formación académica de farmacia tras realizar la carrera universitaria en ocho años, mientras que Tomasa también ha finalizado su formación profesional de técnico de laboratorio, pudiendo ya incorporarse al mercado laboral, máxime cuando el padre Sr. Avelino está en inactividad laboral, habiéndolo sido revocado el derecho a percibir pensión de incapacidad" (FD 2º, SAP Bizkaia 2 de julio 2021).

4º) *Falta de pruebas de las circunstancias alegadas por el alimentista para fundamentar la falta de relación con el progenitor alimentante*:

"(…) y si a ello se añade la falta de prueba acerca de las amenazas, chantaje emocional, gritos y malas palabras a las que Nuria se refirió, la única conclusión

61 SAP Madrid 1 de septiembre 2020 (ROJ 10322, 2020).

posible, a nuestro juicio, es entender, con arreglo a lo que deriva de la prueba practicada, que aun cuando en el año 2014 los problemas acerca del pago de la pensión hubieran podido dar lugar al enfriamiento de la relación entre Nuria y su padre, a partir de la adquisición de la mayoría de edad por parte de Nuria la decisión de no tener relación alguna con su padre es debida, según lo probado, a su exclusiva voluntad, hasta el punto de haber manifestado que no quiere relación con su padre, pero sí quiere que le siga pagando la pensión" (FD 2º, SAP Pamplona, 27 de octubre 2020).

"(…) es imputable de modo relevante a la voluntad de la hija. Las manifestaciones de Dª Cecilia en su interrogatorio, y las de la hija común en su declaración, sobre determinado incidente ocurrido cuando la descendiente contaba con 11 años de edad no aparecen respaldadas por la documental que aporta la representación procesal de la ahora apelada" (FD 3º, SAP Madrid 9 de septiembre 2020).

VI. CONCLUSIONES.

1º) El art. 152 CC no establece que el cese de relaciones entre el progenitor alimentante y los hijos o hijas alimentistas mayores de edad sea causa de extinción de la obligación de alimentos. El Tribunal Supremo, ante la ausencia de iniciativa del legislador estatal, para crear una nueva causa en tal sentido, actúa (sin serlo) como fuente de Derecho en la sentencia 19 de febrero 2019, con los riesgos y fisuras que este tipo de (recurrentes) actuaciones conlleva.

2º) En ausencia de previsión normativa al respecto en el art. 152 CC (a diferencia del Derecho catalán, *ex* art. 451-17.e CCCat), el Tribunal Supremo crea Derecho a través de una alambicada y excesiva equiparación entre el cese de relaciones paterno-filiales y el maltrato de obra recogido en el art. 853.2 CC, como causa de desheredación de legitimarios descendientes (comprensivo del maltrato psicológico, tras la STS 3 de junio 2014). El cese de relaciones no es, por sí mismo, maltrato psicológico. La equiparación es, de todo punto, desmesurada.

3º) Este brusco giro del Tribunal Supremo ha ocasionado que, en la praxis judicial, las resoluciones de las audiencias provinciales hayan optado por aplicar el cese de relaciones paterno-filiales como causa autónoma de extinción de la obligación de alimentos, ya que no entran a valorar (como deberían de hacer, dada la equiparación operada por el Alto Tribunal) que exista, de facto, ningún menoscabo en la salud mental o emocional del alimentante.

4º) Actualmente la mayoría de las resoluciones de las audiencias provinciales desestiman la solicitud de extinción, pero debe subrayarse que, desde 2020, van aumentando las sentencias estimatorias. Coinciden estas resoluciones estimatorias en que la causa procede aplicarse cuando el cese de relaciones paterno-filiales

entre alimentante y alimentista (mayor de edad) es imputable de forma principal y relevante a este último. De ahí que, con la mera declaración expresa del alimentista rechazando, de manera clara, el vínculo que le une a su progenitor no conviviente, estas audiencias procedan a estimar la solicitud de extinción. Alegan estas resoluciones la falta de pruebas en torno a las razones por las que el hijo o hija alimentista rechaza relacionarse con su padre, como si las conductas que degradan las relaciones humanas entre progenitores e hijos pudieran ser probadas de la manera que se solicita. Se percibe una clara inversión en la argumentación: lo que, en las primeras resoluciones, tras la STS de 2019, suponía "falta de habilidades" del alimentante para relacionarse con sus hijos o hijas (posibilitando la imputabilidad compartida) en las resoluciones estimatorias se torna "falta de pruebas" de las motivaciones alegadas por el alimentista.

5º) No puede olvidarse que todos los solicitantes son varones. En todos los supuestos hay falta de relación con los hijos o hijas mayores de edad. En lugar de incidirse en las causas que provocan, en los hijos alimentistas, el rechazo respecto del padre, el mero cese de relaciones valida la extinción de la obligación de alimentos. A mayor abundamiento: el cese de relaciones paterno-filiales se ha convertido, ya, en causa de no nacimiento de la obligación de alimentos.

BIBLIOGRAFÍA

Aguilar Ruiz, L.: "El derecho a recibir alimentos de los hijos mayores de edad que voluntariamente abandonan el hogar familiar: Comentario a la STS de 23 febrero 2000 (RJ 2000/1169)", *Revista de Derecho Privado*, núm. 6, 2001.

Algaba Ros, S.: "Maltrato de obra y abandono emocional como causa de desheredación", *Indret*, núm. 2, 2015.

Arenas Abad, E.: "Reclamación de alimentos en favor de los hijos mayores de edad y emancipados. Revisión de su régimen jurídico. requisitos y extinción de la obligación legal", *Revista de Derecho de la UNED*, núm. 12, 2013.

Atxutegi Gutierrez, J.: *Apartamiento y desheredación en el Derecho Civil Vasco* (Tesis Doctoral en vías de publicación), defendida en Donostia-San Sebastián, el 18 de febrero de 2022.

Beltrán De Heredia y Onís, F.: "Comentario al artículo 142", *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, tomo II, volumen 2º, Edersa, Madrid (https://app.vlex.com/#vid/articulo-142-230464).

Berrocal Lanzarot, A. I.: "Los alimentos de los hijos mayores de edad y emancipados. A propósito del artículo 93. 2 CC", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 731, 2012.

Cabezuelo Crenas, A. L.: "La supresión de las pensiones alimenticias de los hijos por negarse a tratar al progenitor pagador. Relación entre el derecho de comunicación del progenitor no conviviente y la relevación de pago de los alimentos", *Revista de Derecho patrimonial*, núm. 49, 2019.

Carrau Carbonell, J. M.: "La desheredación por maltrato psicológico y su dificultad de aplicación práctica", *Revista de Derecho Civil*, volumen II, núm. 2, 2015.

De Verda y Beamonte, J. R. y Bueno Biot, Á.: "Los alimentos debidos a los hijos menores de edad: un estudio jurisprudencial", *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 13, agosto 2020.

Díaz Martínez, A.: "Comentario al artículo 93", *Comentarios al Código Civil*, tomo I, dirigidos por R. Bercovitz Rodríguez-Cano, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.

Escriche, J.: *Diccionario razonado de Legislación y de Jurisprudencia*, tomo I, Imprenta Eduardo Cuesta, Madrid, 1874.

Gallardo Rodríguez, A.: "Límite temporal y causas de extinción de la pensión de alimentos a los hijos mayores de edad en las crisis matrimoniales", *La Ley Derecho de Familia*, núm. 24, 2019, https:www.laleydigital.laleynext.es.

García Goyena, F.: *Concordancias, Motivos y Comentarios del Código Civil Español*, tomo I, Madrid, 1852; edición facsímil, Barcelona, 1973.

Gitrama González, M.: *Familia, alimentos civiles y Seguridad Social*, Valencia, 1965.

Madriñán Vázquez, M.: "Principales controversias en torno a la pensión de alimentos de los hijos mayores de edad desde el punto de vista sustantivo", *REDS*, núm. 17, 2020.

Marín García De Leonardo, M.ª T.: *Régimen jurídico de alimentos de hijos mayores de edad*, Tirant lo Blanch y Universidad de Valencia, Valencia, 1999.

Martínez Rodríguez, N.:

- "Legitimación para reclamar alimentos en favor de hijos mayores", *Actualidad Civil*, núm. 5, 2008.

- "Comentarios a los artículos 142 a 153", *Comentarios al Código Civil*, dirigidos por A. Rodríguez Luelmo, 2010, Lex Nova, Valladolid, 2010.

Moreno Flórez, R. Mª: *Alteración de las circunstancias en Derecho de Familia. Instituciones viejas para tiempos nuevos*, Madrid, Dykinson, 2018.

Moreno Velasco, V.: "Los alimentos de los hijos mayores de edad en los procedimientos de separación, nulidad y divorcio", *Diario La Ley*, junio, 2010.

Ordás Alonso, M.: *La cuantificación de las prestaciones económicas en las rupturas de pareja alimentos, pensión compensatoria, compensación por trabajo doméstico, ruptura de las parejas de hecho*, Bosch, Barcelona, 2017.

Pérez Conesa, C.: "El maltrato psicológico como justa causa de desheredación de hijos y descendientes. Interpretación del art. 853.2 CC por la doctrina jurisprudencial reciente", *Aranzadi civil-mercantil. Revista doctrinal*, núm. 3, 2015.

Real Pérez, A.: "Comentarios a los artículos 142 a 153", *Comentarios al Código Civil*, tomo II, volumen 2º (coord. por J. Rams Albesa y R. Mª. Moreno Flórez), Bosch, Barcelona, 2000.

Ribera Blanes, B.: "La falta de relación afectiva entre padres e hijos mayores de edad como causa de extinción de la pensión de alimentos", *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 13, agosto 2020.

Ribot Igualada, J.:

- "El fundamento de la obligación legal de alimentos entre parientes", *Anuario de Derecho Civil*, fascículo 3, 1998.

- *Alimentos entre parientes y subsidiariedad de la protección social*, Valencia, 1999.

Rincón Andreu, G.: "Extinción de la pensión de alimentos a hijos mayores de edad", *Diario La Ley*, núm. 9156, 12 de marzo de 2018.

Rubio Torrano, E.: "Los alimentos para el hijo mayor, del artículo 93.2 CC", *Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 17, 2000.

Vaquer Aloy, antoni: "Acerca del fundamento de la legítima", *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, núm. 4, 2017.

EL DERECHO DE LOS MENORES DE EDAD A RELACIONARSE CON SUS HERMANOS Y HERMANASTROS

THE RIGHT OF MINORS TO INTERACT WITH THEIR SIBLINGS AND STEP-SIBLINGS

Rev. Boliv. de Derecho Nº 34, julio 2022, ISSN: 2070-8157, pp. 156-167

Borja DEL CAMPO ÁLVAREZ

ARTÍCULO RECIBIDO: 31 de mayo de 2022
ARTÍCULO APROBADO: 15 de junio de 2022

RESUMEN: Los menores de edad tienen derecho a relacionarse con sus hermanastros tras la crisis familiar. Con independencia de la relación que exista entre los miembros de la extinta familia y el posible conflicto entre ellos, los menores tienen derecho a disfrutar de la compañía de sus hermanos y hermanastros sin que la presencia de aquellos adultos que puedan interferir en su estabilidad psicológica, sentimental y emocional. En este sentido y como ejemplo, la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 15 de julio de 2021, una de las más recientes sobre la materia, sostiene esta tesis y establece un régimen de visitas ajeno al domicilio paterno a efectos de evitar los perjuicios provocados por la presencia de la madre de la hermana del menor.

PALABRAS CLAVE: Menores; hermanastros; crisis familiar; Derecho de Familia.

ABSTRACT: *Minors have the right to interact with their stepsiblings after the family crisis. Regardless of the relationship that exists between the members of the extinct family and the possible conflict between them, minors have the right to enjoy the company of their siblings and stepsiblings without the presence of those adults who may interfere with their psychological stability, sentimental and emotional. In this sense and as example, the judgment of the Provincial Court of Barcelona of July 15, 2021 supports this thesis and establishes a system of visits outside the parental home in order to avoid the damage caused by the presence of the mother of the minor's sister.*

KEY WORDS: *Minors; stepsiblings; family crisis; Family Law.*

SUMARIO.- I. LAS CRISIS FAMILIARES Y EL NUEVO DERECHO DE FAMILIA.- II. EL ART. 236-4 DEL CÓDIGO CIVIL CATALÁN. EL ESPÍRITU DE LA LEY 25/2010.- III. EL DERECHO DE RELACIÓN DE LOS MENORES CON SUS HERMANOS.- 1. El concepto de bienestar o estabilidad del menor.- 2. Un régimen de visitas adaptado. Los problemas relacionales entre menores y adultos.

I. LAS CRISIS FAMILIARES Y EL NUEVO DERECHO DE FAMILIA.

El Derecho de Familia es, con casi toda seguridad, uno de los segmentos del ordenamiento jurídico que más cambios legislativos y jurisprudenciales ha padecido en los últimos tiempos. Los nuevos paradigmas culturales y modelos de conducta sociales han impuesto figuras, categorías y realidades de las que el Derecho Civil, una de las ramas jurídicas más cotidianas, no ha podido abstraerse. Todo ello ha provocado que nuestra normativa más básica en la materia sea totalmente diferente y sujeta, casi permanentemente, a continuas modificaciones. Realidad de la que el resto de los Derechos Forales, con regulación en materia persona y familia, tampoco han estado al exentos como se expondrá y así sucede, por ejemplo, en el caso de Cataluña[1].

Como de forma reiterada se ha puesto de manifiesto, constituye una parcela jurídica que en nuestro ordenamiento se encuentra, fruto de la confluencia de múltiples factores, en constante transformación. El matrimonio, en otro tiempo indisoluble, está abierto hoy a su fin y ello ha provocado consecuencias jurídicas no vistas hasta la consolidación de la posibilidad de disolución matrimonial. La doctrina emplea el término de crisis familiares con el objetivo de agrupar los escenarios que la ruptura permanente e irreversible del matrimonio -nulidad o divorcio-, o bien una interrupción temporal -separación matrimonial-[2].

1 *Cfr.* Follia i Camps, R.: "El nuevo Derecho de Familia en Cataluña: Análisis del Libro II de su Código Civil", *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, Tomo 51, 2011, pp. 65-105; Rivero Hernández, F.: "La reforma del Derecho de familia en el Código Civil de Cataluña", en AA.VV.: El nuevo derecho de la persona y de la familia. Libro segundo del Código Civil de Cataluña (coord. por R. Barrada Orellana, M. Garrido Melero y S. Nasarre Aznar), Bosch, Barcelona, 2011, pp. 35-74; Martinell Gispert-Sáuch, J.M.: "Matrimonio y derecho de familia en Cataluña", en AAVV.: Persona y familia: estudios de derecho civil catalán (coord. por A. Hernández Moreno, J. M. Martinell Gispert-Sáuch y M.C. Quesada González), Global Economist & Jurist, Barcelona, 2014, pp. 57-75.

2 "Podría reflexionarse si desde el punto de visto técnico, el término crisis es el más conveniente. El diccionario de la Real Academia Española (RAE), en su primera acepción define este concepto como un cambio profundo y de consecuencias importantes en un proceso o una situación, o en la manera en que estos son apreciados. En efecto, una crisis familiar parece encajar la definición pues, con independencia de su origen o manifestaciones, implica un cambio profundo y de consecuencias importantes de diversa índole, aunque en el caso que nos atañe, se pondrá especial énfasis en aquellas de estricta naturaleza jurídica". Cfr. Del Campo Álvarez, B.: "Crédito hipotecario y liquidación contenciosa de los gananciales", en AA.VV.: Cuestiones relevantes de la economía conyugal (dir. por R. Durán Rivacoba), Thomson Reuters Aranzadi, 2021, pp. 315-333.

• Borja del Campo Álvarez
Profesor Sustituto de Derecho Civil de la Universidad de Oviedo.

Esas crisis familiares desembocan, de forma casi inevitable, en un difícil proceso para los antiguos cónyuges y no exento, salvo puntuales excepciones, de controversias, conflictos y mutuos reproches, como la práctica jurídica así nos acredita. Al desgaste emocional sufrido, debe añadírsele el desembolso económico que este tipo de procedimientos suele, salvo acuerdo poco frecuente, acarrear.

Más allá de las cuestiones netamente patrimoniales, aunque no inapreciables, sobre las que procede dirimir cuando se produce una crisis familiar, cabe plantearse otros inconvenientes de tinte más humano. A otras cuestiones de importancia como lo relativo al uso y disfrute de la vivienda familiar[3] o a la tenencia de la mascota[4], procede adicionar todo lo vinculado a la situación jurídica de los hijos del extinto matrimonio. La situación es especialmente complicada, y en demasiadas ocasiones dolorosa, si los hijos son menores de edad por motivos fácilmente entendibles, tanto jurídicos como sentimentales, que huelga señalar[5]. Contexto al que se le puede añadir, desgraciadamente, otras circunstancias determinantes[6].

Las crisis familiares suponen, como es evidente, un importante cambio tanto desde una perspectiva jurídica como social, emocional y económica. En este sentido, hay que tener en cuanto la situación de los menores y preservar su bienestar, estabilidad y protección, dada su vulnerabilidad por razones de edad y desarrollo. A lo largo de las próximas líneas se procede a abordar un tema problemático y actual, origen de conflictos interpersonales y controversias litigiosas, como es el derecho a relacionarse con sus hermanos y hermanastros tras el estallido de la crisis familiar.

3 *Cfr.* Chaparro Matamoros, P.: "La atribución del uso de la vivienda familiar en España", *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial*, núm. 50, 2019; Cuena Casas, M.: "Vivienda y crisis familiar. Novedades legislativas no siempre afortunadas", *El notario del siglo XXI: Revista del Colegio Notarial de Madrid*, núm. 101, 2022, pp. 48-51; García Mayo, M.: "El uso de la vivienda familiar a la luz del art. 96 CC", *Revista de Derecho Civil*, vol. 8, núm. 3, 2021, pp. 187-221; Palacios González, D.: "La vivienda familiar en las crisis de pareja", en AA.VV.: Cuestiones jurídicas relevantes sobre la economía conyugal (dir. por R. Durán Rivacoba), Aranzadi, Cizur Menor, 2021, pp. 173-196.

4 *Cfr.* Cerdeira Bravo de Mansilla, G.: "Crisis de familia y animales domésticos, en caso de desacuerdo: ¿una pertenencia a la vivienda familiar?", en AA.VV.: La *vivienda en las crisis familiares* (coord. por P. Chaparro Matamoros), Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, pp. 255-282; Nevado Montero, J. J.: "Familia y crisis de pareja: el acuerdo sobre la tenencia de mascotas o animales de compañía", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 783, 2021, pp. 524-535.

5 *Cfr.* Nevado Montero, J. J.: "La crisis de pareja en caso de hijos o progenitores con discapacidad", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 786, 2021, pp. 2443-2467.

6 *Cfr.* Gómez Bengoechea, B.: "Menores y familias en crisis", en AA.VV.: Infancia en España: nuevos desafíos sociales, nuevas respuestas jurídicas (coord. por S. Adroher Biosca y F. Vidal Fernández), Universidad Pontificia de Comillas, Madrid 2009, pp. 443-458; Pérez Martín, A.J.: "Reparto de la convivencia de los hijos menores con sus progenitores (II)", en AA.VV.: Los hijos menores de edad en situación de crisis familiar, Dykinson, Madrid, 2002, pp. 87-114.

II. EL ART. 236-4 DEL CÓDIGO CIVIL CATALÁN. EL ESPÍRITU DE LA LEY 25/2010.

El art. 236-4 del Código Civil catalán[7], regulador de las relaciones personales, dispone que "los hijos y los progenitores, aunque estos no tengan el ejercicio de la potestad, tienen derecho a relacionarse personalmente, salvo que los primeros hayan sido adoptados o que la ley o una resolución judicial o administrativa, en el caso de los menores desamparados, dispongan otra cosa. 2. Los hijos tienen derecho a relacionarse con los abuelos, hermanos y demás personas próximas, y todos estos tienen también el derecho de relacionarse con los hijos. Los progenitores deben facilitar estas relaciones y solo pueden impedirlas si existe una justa causa. 3. La pretensión para hacer efectivos los derechos a que se refiere el presente artículo debe sustanciarse, siempre y cuando no proceda hacerlo en un procedimiento matrimonial, por los trámites del procedimiento especial sobre guarda de menores. La autoridad judicial puede adoptar, en todo caso, las medidas necesarias para garantizar la efectividad de estas relaciones personales"[8].

El art. 236-4 del libro segundo del Código Civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia, fue fruto de la promulgación de la Ley 25/2010. En el preámbulo del texto normativo, sin carácter vinculante pero muy interesante a efectos de conocer el sentido que el legislador quiere darle a la reforma legislativa, se señala muy elocuentemente que "el presente libro recoge y refuerza el principio del interés superior del menor en relación con el conjunto de instituciones y ámbitos en que su persona o su patrimonio pueden verse afectados por decisiones que otros toman en su nombre. La nueva normativa proporciona, además, criterios con los que puede perfilarse mejor este interés en relación con las circunstancias del caso concreto, especialmente cuando es preciso establecer cómo se ejercen las responsabilidades parentales sobre los hijos menores después de la ruptura matrimonial o de la convivencia estable en pareja, pero también en el desarrollo de la potestad parental o de la tutela".

7 El art. 236-4 del libro segundo del Código Civil de Cataluña encuentra su precepto espejo en el art. 160.2 del Código Civil. En esta norma se dispone que "no podrán impedirse sin justa causa las relaciones personales del menor con sus hermanos, abuelos y otros parientes y allegados. En caso de oposición, el Juez, a petición del menor, hermanos, abuelos, parientes o allegados, resolverá atendidas las circunstancias. Especialmente deberá asegurar que las medidas que se puedan fijar para favorecer las relaciones entre hermanos, y entre abuelos y nietos, no faculten la infracción de las resoluciones judiciales que restrinjan o suspendan las relaciones de los menores con alguno de sus progenitores". Para mayor abundamiento *cfr.* Carbajo González, J. "El derecho de relación con parientes y allegados del art. 160 del Código Civil", *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, núm. 4, 2000, pp. 1502-1512.

8 *Cfr.* Verdera Izquierdo, B.: "Guarda de los hijos y relaciones personales en los supuestos de ruptura de la pareja estable", en AA.VV.: El nuevo derecho de la persona y de la familia (coord. por R. Barrada Orellana, M. Garrido Melero y S. Nasarre Aznar), Bosch, Barcelona, 2011, pp. 747-764; Torrelles Torrea, E.: "Derecho a las relaciones personales: el supuesto en el que se impide la relación con el progenitor de edad avanzada con discapacidad", *Revista Catalana de Dret Privat*, vol. 25, 2021, pp. 11-47.

A los efectos que nos atañe, debe tenerse presente también lo dispuesto en el párrafo siguiente. Así, se recoge que "(...) las transformaciones sociales han hecho que hoy la familia se entienda más bien como un ámbito en que la comunicación y el respeto a los deseos y aspiraciones individuales de los miembros que la componen ocupan un lugar importante en la definición del proyecto de vida en común. Es por ello que se pone énfasis en el desarrollo individual, en la libertad y autonomía del individuo, pero también en su responsabilidad. Esta concepción de la familia también inspira todo el derecho del menor y la regulación de las relaciones entre los progenitores y los hijos en potestad".

En este sentido puede llegarse a la conclusión de que la voluntad del legislador catalán pasa por una protección integral del menor y su interés superior, concepto muy arraigado y a ultranza defendido en Derecho de Familia[9]. Asimismo, tal y como queda reflejado en el propio preámbulo, El presente libro recoge y refuerza el principio del interés superior del menor en relación con el conjunto de instituciones y ámbitos en que su persona o su patrimonio pueden verse afectados por decisiones que otros toman en su nombre. La nueva normativa proporciona, además, criterios con los que puede perfilarse mejor este interés en relación con las circunstancias del caso concreto, especialmente cuando es preciso establecer cómo se ejercen las responsabilidades parentales sobre los hijos menores después de la ruptura matrimonial o de la convivencia estable en pareja, pero también en el desarrollo de la potestad parental o de la tutela.

Por tanto, se trata de conjugar, a iniciativa del legislador, el interés superior del menor como las responsabilidades de los progenitores tras la crisis matrimonial. Se busca pues que el menor pueda seguir manteniendo relación con el resto de los miembros de la familia, sin que la ruptura matrimonial o de pareja pueda interferir en su desarrollo y estabilidad socioemocional. Como es lógico, estas máximas, a priori casi idílicas, están sometidas a múltiples matices y a un sinfín de casuísticas. En todo caso, es una cuestión de sumo interés pues, en efecto, la tendencia de los últimos años se traduce en un mayor índice de divorcios y separaciones. Ello implica, postreramente, que debamos plantearnos los diferentes escenarios jurídicos que pueden surgir, con la especial y debida sensibilidad cuando existen hijos menores.

9 *Cfr.* Blandino Garrido, Mª. A.: "La protección del interés superior del menor en las situaciones de crisis matrimonial", en AA.VV.: *Justicia y personas vulnerables en Iberoamérica y en la Unión Europea* (coord. por A. Álvarez Alarcón), Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, pp. 261-288; Cueto Santa Eugenia, E.: "Superior interés del menor y juicio jurisdiccional", *Anuario de justicia de menores*, núm. 20, 2020, pp. 241-258; Seijas Quintana, J.A.: "Un niño y un juez: el interés superior del menor", en AA.VV.: Lo que he aprendido de las niñas y los niños (coord. por X. Abel Lluch y F. Fariña Rivera), Andavira, Santiago de Compostela, 2020, pp. 189-198.

III. EL DERECHO DE RELACIÓN DE LOS MENORES CON SUS HERMANOS Y HERMANASTROS.

1. El concepto de bienestar o estabilidad del menor.

El derecho de relación de los menores con sus hermanos tras una crisis familiar entronca directamente con el concepto de bienestar o estabilidad del menor, término acuñado abundantemente por la jurisprudencia y sinónimo, o altamente aparejado, al de interés superior del menor. Parece razonable pensar que, con independencia de la relación entre progenitores, un menor pueda -e incluso deba y sea conveniente- estar en contacto con sus hermanos o hermanastros.

Sin embargo, la cuestión no es tan sencilla como puede parecer. Así, hay otros factores a tener en cuenta a efectos de determinar qué es lo más conveniente para el menor. No solo debe considerarse la relación que exista entre los progenitores, sino también entre los progenitores y los menores, entre estos y las parejas de los progenitores -si es que las hubiere- y, finalmente y sin ánimo de agotar todos los supuestos posibles, entre los propios menores.

El bienestar o estabilidad del menor es relativo, mutable y contingente y depende, en buena medida, del entorno afectivo, familiar y social en el que se encuentre incardinado. Aunque establecer reglas generales a este respecto puede resultar del todo estéril, sí que es posible, amén de útil, conocer cuáles pueden ser algunos principios básicos en las relaciones interpersonales tras las crisis familiares.

Por todos es sabido que, en virtud del art. 1º.6 del Código Civil, se establece que "la jurisprudencia complementará el ordenamiento jurídico con la doctrina que, de modo reiterado, establezca el Tribunal Supremo al interpretar y aplicar la ley, la costumbre y los principios generales del derecho"[10]. Consecuentemente, las resoluciones judiciales de la conocida como jurisprudencia menor, es decir, la de Audiencias Provinciales y Juzgados de Primera Instancia, tienen un impacto más limitado.

Pese a ello, las decisiones de las Audiencias Provinciales y Juzgados de Primera Instancia no pueden, ni mucho menos, despreciarse, pues su interés jurídico es notorio, su valor formativo es elevado y, además, permite conocer cuáles son los casos más actuales en la práctica jurídica ordinaria. Sobre el derecho de los menores a relacionarse con sus hermanos y hermanastros resulta muy instructiva la reciente sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, de fecha de 21 de julio de 2021. Es uno de los pronunciamientos más actuales sobre la materia.

10 *Cfr.* Fairén Guillén, V.: "Notas sobre el valor de la jurisprudencia", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 509, 1975, pp. 797-874; García Pérez, O.: "El principio de legalidad y el valor de la jurisprudencia", *Indret: Revista para el análisis del Derecho*, núm. 4, 2018.

En esta sentencia, los magistrados entienden que el bienestar o estabilidad del menor pasa por el hecho de pasar tiempo y tener relación con sus hermanos sin la presencia de aquellos mayores que puedan causarle algún tipo de distorsión. Es buena muestra de la idea, que anteriormente se exponía, de que este concepto, el de bienestar o estabilidad, tiene muchísimas vertientes prácticas lo que imposibilita, por consiguiente, dar una definición cerrada. El bienestar del menor es, en definitiva, una situación social, afectiva y familiar de desarrollo, estabilidad y confianza.

2. Un régimen de visitas adaptado. Los problemas relacionales entre menores y adultos.

Tal y como se manifestaba en el epígrafe anterior, los problemas relacionales tras una crisis familiar no son patrimonio exclusivo de los antiguos cónyuges o miembros de la pareja. Cabe recordar que pueden surgir desavenencias o dificultades de entendimiento entre menores y progenitores o sus nuevos compañeros sentimentales y también, por supuesto, entre los propios menores.

Siguiendo con hilo conductor con la sentencia previamente citada de la Audiencia Provincial de Barcelona, cabe señalar algunas cuestiones fácticas del caso. Según consta en la fundamentación jurídica de la propia sentencia, el menor de edad dejó de relacionarse con su hermana, que vivía con el padre común de ambos. Queda acreditado, conforme a lo señalado en el informe psicosocial, que la pareja de su padre y madre de su hermana, también menor, ejercía una influencia negativa debido a las críticas que, junto con su padre, vertían sobre su madre. Esto, a criterio de los psicólogos, repercutía negativamente en la evolución emocional del niño.

Como se recoge en el fundamento jurídico tercero, "(...) del examen de los datos obrantes en las actuaciones, vemos por un lado que el menor expresó claramente las razones por las que no quería relacionarse con la madre de su hermana. (...) El menor se sentía inseguro con el padre y su pareja, ya que criticaban a la madre del menor, lo cual repercutía negativamente en su evolución emocional (...). Estaba angustiado por la presión que recibía por parte de su padre y de su pareja cuando estaban juntos, le insistían en que a ésta la llamara mamá, etc.".

Llama especialmente la atención la crítica que hace el tribunal respecto de la actitud del padre del menor, el cual contaba con un régimen de visitas generoso que, en principio, podría favorecer la relación paternofilial. Así, la Audiencia afirma que "(...) el padre, pese a tener un régimen de visitas muy amplio con el menor, no ha hecho nada porque se cumpla desde septiembre de 2018, lo que denota falta de interés, cuanto no desidia por relacionarse con su hijo a pesar a pesar de los esfuerzos del menor de ver a su hermana, (...), pues le decían que solo podían

realizarse en presencia de la madre de la misma a sabiendas del malestar del menor (...)".

Como solución a la controversia, en aras a salvaguardar el bienestar del menor, la Audiencia Provincial de Barcelona falla la confirmación de la sentencia de instancia en la que se establece un régimen de visitas especial y adaptado a las circunstancias del caso. Así, este consiste en dos sábados al mes desde las 10 a las 19h, fuera del domicilio paterno y sin la presencia de la madre de su hermana. se establece que se podrá realizar una comunicación entre los dos hermanos por vía telefónica o vídeo llamada tres veces a la semana entre la hora de salida del colegio y las 21 horas[11].

Se observa pues, y a modo de conclusión, como una de las posibles soluciones prácticas a los problemas relacionales tras una crisis familiar es la adaptación del régimen de visitas del menor[12]. Parece, de entre todas las potenciales salidas, la más razonable y también la que mejor puede garantizar el derecho de los menores a relacionarse con el resto de los miembros de la familia tras la ruptura del matrimonio o pareja. En definitiva, cualquiera que sea la medida adoptada, debe ir siempre encaminada a la protección del menor y su bienestar, adaptándose a las circunstancias concreta de cada y con independencia de otros condicionantes. Debe tenerse por seguro que, dado el actual contexto jurídico y cultural, este tema presentará una incidencia en tendencia ascendente durante los próximos años.

11 Junto con esta medida, también se contemplan puntos de encuentra y que se pueda establecer una comunicación entre los dos hermanos menores por vía telefónica o vídeollamada tres veces a la semana después del periodo escolar y las 21 horas.

12 *Cfr.* Arnau Moya, F.: "La oposición sin causa de los menores al régimen de visitas", *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 13, 2020, pp. 410-443; González del Pozo, J. P.: "Relevancia de la voluntad de los menores adolescentes para el establecimiento y ejecución del régimen de visitas y estancias", *Familia y sucesiones: cuaderno jurídico*, núm. 93, 2010, pp. 14-25.

BIBLIOGRAFÍA

Arnau Moya, F.: "La oposición sin causa de los menores al régimen de visitas", *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 13, 2020.

Blandino Garrido, Mª. A.: "La protección del interés superior del menor en las situaciones de crisis matrimonial", en AA.VV.: Justicia y personas vulnerables en Iberoamérica y en la Unión Europea (coord. por A. Álvarez Alarcón), Tirant lo Blanch, Valencia, 2021.

Carbajo González, J. "El derecho de relación con parientes y allegados del artículo 160 del Código Civil", *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, núm. 4, 2000.

Cerdeira Bravo de Mansilla, G.: "Crisis de familia y animales domésticos, en caso de desacuerdo: ¿una pertenencia a la vivienda familiar?", en AA.VV.: *La vivienda en las crisis familiares* (coord. por P. Chaparro Matamoros), Tirant lo Blanch, Valencia, 2022.

Chaparro Matamoros, P.: "La atribución del uso de la vivienda familiar en España", *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial*, núm. 50, 2019.

Cuena Casas, M.: "Vivienda y crisis familiar. Novedades legislativas no siempre afortunadas", *El notario del siglo XXI: Revista del Colegio Notarial de Madrid*, núm. 101, 2022.

Cueto Santa Eugenia, E.: "Superior interés del menor y juicio jurisdiccional", *Anuario de justicia de menores*, núm. 20, 2020.

Del Campo Álvarez, B.: "Crédito hipotecario y liquidación contenciosa de los gananciales", en AA.VV.: Cuestiones relevantes de la economía conyugal (dir. por R. Durán Rivacoba), Thomson Reuters Aranzadi, 2021.

Fairén Guillén, V.: "Notas sobre el valor de la jurisprudencia", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 509, 1975.

Follia i Camps, R.: "El nuevo Derecho de Familia en Cataluña: Análisis del Libro II de su Código Civil", *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, Tomo 51, 2011.

García Mayo, M.: "El uso de la vivienda familiar a la luz del art. 96 CC", *Revista de Derecho Civil*, vol. 8, núm. 3, 2021.

García Pérez, O.: "El principio de legalidad y el valor de la jurisprudencia", *Indret: Revista para el análisis del Derecho*, núm. 4, 2018.

Gómez Bengoechea, B.: "Menores y familias en crisis", en AA.VV.: Infancia en España: nuevos desafíos sociales, nuevas respuestas jurídicas (coord. por S. Adroher Biosca y F. Vidal Fernández), Universidad Pontificia de Comillas, Madrid 2009.

González del Pozo, J. P.: "Relevancia de la voluntad de los menores adolescentes para el establecimiento y ejecución del régimen de visitas y estancias", *Familia y sucesiones: cuaderno jurídico*, núm. 93, 2010.

Martinell Gispert-Sáuch, J.M.: "Matrimonio y derecho de familia en Cataluña", en AAVV.: Persona y familia: estudios de derecho civil catalán (coord. por A. Hernández Moreno, J.M. Martinell Gispert-Sáuch y M.C. Quesada González), Global Economist & Jurist, Barcelona, 2014.

Nevado Montero, J. J.:

- "Familia y crisis de pareja: el acuerdo sobre la tenencia de mascotas o animales de compañía", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 783, 2021.

- "La crisis de pareja en caso de hijos o progenitores con discapacidad", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 786, 2021.

Palacios González, D.: "La vivienda familiar en las crisis de pareja", en AA.VV.: Cuestiones jurídicas relevantes sobre la economía conyugal (dir. por R. Durán Rivacoba), Aranzadi, Cizur Menor, 2021.

Pérez Martín, A. J.: "Reparto de la convivencia de los hijos menores con sus progenitores (II)", en AA.VV.: Los hijos menores de edad en situación de crisis familiar, Dykinson, Madrid, 2002.

Rivero Hernández, F.: "La reforma del Derecho de familia en el Código Civil de Cataluña", en AA.VV.: El nuevo derecho de la persona y de la familia. Libro segundo del Código Civil de Cataluña (coord. por R. Barrada Orellana, M. Garrido Melero y S. Nasarre Aznar), Bosch, Barcelona, 2011.

Seijas Quintana, J. A.: "Un niño y un juez: el interés superior del menor", en AA.VV.: Lo que he aprendido de las niñas y los niños (coord. por X. Abel Lluch y F. Fariña Rivera), Andavira, Santiago de Compostela, 2020.

Torrelles Torrea, E.: "Derecho a las relaciones personales: el supuesto en el que se impide la relación con el progenitor de edad avanzada con discapacidad", *Revista Catalana de Dret Privat*, vol. 25, 2021.

Verdera Izquierdo, B.: "Guarda de los hijos y relaciones personales en los supuestos de ruptura de la pareja estable", en AA.VV.: El nuevo derecho de la persona y de la familia (coord. por R. Barrada Orellana, M. Garrido Melero y S. Nasarre Aznar), Bosch, Barcelona, 2011.

EL CONTROL DE VIABILIDAD PREVIO DE LAS DEMANDAS DE FILIACIÓN: NECESARIA MODIFICACIÓN DEL ARTÍCULO 767.1 DE LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL

THE PRIOR VIABILITY CONTROL OF FILIATION CLAIMS: NECESSARY MODIFICATION OF ARTICLE 767.1 OF THE LAW OF CIVIL PROCEDURE

Rev. Boliv. de Derecho Nº 34, julio 2022, ISSN: 2070-8157, pp. 168-197

Laura
FERNÁNDEZ
ECHEGARAY

ARTÍCULO RECIBIDO: 10 de mayo de 2022
ARTÍCULO APROBADO: 15 de junio de 2022

RESUMEN: Teniendo en cuenta que actualmente contamos en nuestro sistema jurídico con la existencia de la prueba biológica de ADN como un medio avanzado de acreditación de la verdad, no solo genética, sino jurídica, creemos que ha llegado el momento de suprimir la tradicional exigencia normativa que obliga al demandante a aportar junto con la demanda de filiación un principio de prueba indiciaría de paternidad, como requisito ineludible para su admisión a trámite.

PALABRAS CLAVE: Filiación; demanda; control; viabilidad; prueba.

ABSTRACT: *Taking into account that we currently have in our legal system the existence of DNA biological testing as an advanced means of accrediting the truth, not only genetic, but also legal, we believe that the time has come to suppress the traditional regulatory requirement that obliges the plaintiff to provide, together with the filiation claim, a principle of proof of paternity as an unavoidable requirement for its admission to processing.*

KEY WORDS: *Affiliation; demand; control; viability; proof.*

SUMARIO.- I. LA FILIACIÓN NATURAL BIOLÓGICA Y SU INVESTIGACIÓN.- II. LAS ACCIONES DE FILIACIÓN.- 1. La acción de reclamación de filiación.- 2. La acción de impugnación de filiación.- III. EL VALOR DE LA PRUEBA BIOLÓGICA EN LOS PROCESOS DE FILIACIÓN.- 1. Concepto y contenido.- 2. Los efetos de la prueba biológica positiva.- IV. EL PRINCIPIO DE CONTROL PREVIO DE VIABILIDAD DE LAS DEMANDAS DE FILIACIÓN. V. CONCLUSIONES.

I. LA FILIACIÓN NATURAL BIOLÓGICA Y SU INVESTIGACIÓN.

Podemos definir la filiación como la relación o vínculo que une a una persona con sus dos progenitores o, al menos, con uno de ellos[1]. La naturaleza básica u originaria implica que la relación de filiación deriva del nacimiento de un hijo a través de una relación sexual y, en consecuencia, parte de un puro hecho biológico. En base a esa procreación sexual el ordenamiento jurídico español regula los derechos y obligaciones existentes entre progenitores y procreados. En base a lo anterior, la determinación de una relación jurídica de filiación no trae aparejada grandes complicaciones a la hora de reflejarla de forma oficial en el Registro Civil. Ahora bien, en otras ocasiones, esa determinación puede traer conflictos cuando se trata de establecer quién es el padre o madre del filiado.

Tradicionalmente, para el tratamiento de la filiación, hasta que surgieron las técnicas de reproducción[2] de asistida en la década de los setenta, se tomaba como

1 Díez Picazo, L. y Gulllón Ballesteros, A.: *Sistema de Derecho Civil. Derecho de Familia y Derecho de Sucesiones*, Tecnos, vol. IV, 10ª ed., 2006, p. 223.

2 El panorama reproductivo actual ha dado el pistoletazo de salida a otra de las grandes revoluciones en materia de filiación y, por tanto, en Derecho de familia. La ciencia y los constantes avances en biomédica van más rápido que el Derecho. Gracias a estos avances médicos han nacido hasta la fecha millones de niños en todo el mundo. A través de la pionera Ley 35/1988, de 22 de noviembre, sobre Técnicas de Reproducción Asistida (BOE núm. 282, de 24 de noviembre de 1988) y la posterior y actual Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida (BOE núm. 126, de 27 de mayo de 2006), España ha sido un país progresista en materia de reproducción artificial. López Gálvez y Moreno García recogen de forma detallada la evolución progresiva de las distintas prácticas reproductivas que han permitido que, hasta el año 2012, gracias a la FIV, se hayan logrado cuatro millones de nacimientos. Así lo describen literalmente en López Gálvez, J.J. y Moreno García, J.M.: "¿Industria de la fertilidad" o respuesta a la búsqueda del hijo biológico?, en *Treinta años de reproducción asistida en España: una mirada interdisciplinaria*

• Laura Fernández Echegaray
Profesora Ayudante Doctora de Derecho Civil de la Universidad de Cantabria (acreditada a Profesora Contratada Doctora). Postgrados en Derecho de Familia y en Derecho de Sucesiones en la Universidad Complutense de Madrid. Coordinadora del Máster en Derecho de Familia y Menores y Coordinadora Académica del Máster Universitario de Acceso a la Profesión de Abogado de la Universidad de Cantabria. Sus principales líneas de investigación se centran en cuestiones de Derecho de familia, menores, reproducción humana asistida y en las relaciones de filiación. Ha publicado numerosos artículos de revista, así como capítulos de libros colectivos, destacando la monografía La reproducción humana asistida en España y la gestación por sustitución: ¿Incoherencia normativa o legislación garantista? (Aranzadi, 2019). Correo electrónico: laura.fernandez@unican.es.

punto de partida únicamente el hecho biológico derivado de un acto sexual[3]. A raíz de una relación sexual entre dos personas el nacido era determinado legalmente en base a esa filiación biológica en la que, como decimos, mayoritariamente, podían derivarse problemas a la hora de constatar si había existido realmente esa relación sexual o, si fruto de esa situación afectiva se había verdaderamente procreado a ese hijo. De ello podían desprenderse los conflictos dirigidos a acreditar o buscar los pertinentes medios probatorios que pudieran constatar lo anterior. No hay duda de que, de antaño, la dificultad probatoria evidentemente descansaba en la intimidad que preside las relaciones sexuales. En el pasado, la parte que pretendía la determinación judicial de una filiación podía valerse únicamente de prueba indiciaria basada en documentos o testimonios de terceros que revelaban información o datos relativos a la existencia de esa posible relación afectiva entre los involucrados (aportación de fotografías, facturas de hotel, pasajes de viajes o prueba testifical).

Atendiendo a lo anterior, el establecimiento tradicional de la filiación partía de dos singulares premisas:

La primera, estaba basada en el hecho de que la maternidad siempre era posible determinarla, atendiendo al hecho del parto (*"mater semper certa est"*). Lógicamente, en tiempos pasados, la mujer que daba a luz a un hijo era indiscutiblemente su única madre. De ahí que esta máxima de derecho romano no admitiera prueba en contrario. Sin embargo, con el surgimiento de las técnicas de reproducción asistida heterólogas[4] este principio entró en una profunda crisis.

---

a un fenómeno global y actual, Boletín del Ministerio de Justicia, Monográfico, Año LXIX, núm. 2179, junio 2015, p. 245:
1978: Nacimiento de Louise Brown. (Reino Unido).
1983: Nace el primer niño procedente de un embrión congelado (Australia).
1984: Nace el primer niño procedente de una donación de óvulos (Australia).
1985: Primer parto gemelar tras congelación embrionaria (Australia).
1986: Primer embarazo tras TESA (Australia).
1988: Primeras referencias de embarazos tras GIFT (USA).
1990: Primer embarazo tras DGP (Reino Unido)
1992: Primer embarazo tras ICSI (Bélgica)
1992: Parto de una mujer de sesenta y dos años por TRA (Italia)
1997: Nacimiento por clonación de la oveja Dolly (Reino Unido)
2012: Se llega a los cuatro millones de nacimientos a través de FIV/ICSI).

3 En opinión de Tamayo Haya, la facultad de acudir a las vías legales de determinación de la filiación ha traído un cambio en relación con los presupuestos sobre los que tradicionalmente vino conceptuándose la filiación. La autora entiende que la distinción entre "*engendramiento*", como dato natural, y "*filiación*", como institución jurídica, arroja que el elemento necesario para determinar la filiación va a variar desde el momento en que será posible determinarla a través de un puro acto de voluntad, alejado ya de la necesidad de relación sexual o vínculo biológico: Tamayo Haya, S.: "Reproducción Asistida, doble maternidad legal y novedades jurisprudenciales en la determinación de la filiación", en *La maternidad y la paternidad en el siglo XXI*, Comares, 2015, p. 60.

4 La opinión mayoritaria considera que la utilización de este tipo de técnicas ha supuesto la crisis del actual sistema basado en dos tipos de filiación: la natural y la adoptiva. Es por ello por lo que muchos creemos que ha llegado el momento de añadir una nueva forma de filiación basada en la llamada voluntad procreacional, es decir, en una filiación que descanse realmente en la emisión de un consentimiento voluntario para convertirse en padres o madres. Así lo afirman, entre otros, González Pérez de Castro, M: *La verdad biológica en la determinación de la filiación*, Dykinson, Madrid, 2013, p. 251; Kemelmajer de Carlucci, A.,

Hoy en día no existe duda al respecto: gracias a la tecnología una mujer pueda gestar y alumbrar un hijo partiendo de la previa implantación en su útero de un óvulo aportado por otra mujer donante. Esto explica el decaimiento de este aforismo. La ruptura del nexo entre lo biológico y lo genético ha supuesto que los roles de madre biológica y madre genética puedan atribuirse a mujeres distintas.

La segunda premisa consistía en la determinación de la paternidad. Esta venía siendo jurídicamente atribuida al varón que había mantenido una relación sexual con la madre a través de un acto procreador en el momento aproximado a la concepción natural del nacido. De lo anterior es evidente que resultaban situaciones en las que, realmente, siempre quedaba asentado un velo de misterio[5] respecto a la paternidad, puesto que la certeza no estaba asegurada científicamente, sino indiciariamente. De ahí que el legislador partiera de la valoración de lo razonable a la hora de fijar sus reglas de filiación. Nos referimos a la apreciación estadística basada en que lo habitual en la vida común es que el esposo sea el padre biológico de los hijos de su esposa. Con ello se estableció la regla de *pater vero is est quem nuptiae demostrant* y, en definitiva, la actual presunción de paternidad del marido recogida en el art. 116 del Código Civil (CC)[6].

Lo cierto es que hoy en día, atendiendo al asombroso avance de la ciencia y la tecnología, tanto el hecho de la maternidad como de la paternidad pueden quedar directamente acreditados a través de la realización de una sencilla prueba denominada prueba biológica, que despeja absolutamente la incógnita. La fiabilidad de esta práctica, consistente en el contraste de las muestras del material genético del progenitor y el hijo, arroja un resultado prácticamente certero[7]. Hablamos de la denominada prueba de ADN[8]. El ácido desoxirribonucleico es el tipo de molécula más complejo que se conoce y es donde reside la información genética[9].

Herrera, M. y Lamm, E.: "Ampliando el campo del derecho filial en el derecho argentino. Texto y contexto de las técnicas de reproducción humana asistida", *Revista de Derecho Privado*, Argentina, núm. 1, 2012, p. 5.; Roca Trías, E.: "Filiación asistida y protección de derechos fundamentales", *Revista Derecho y Salud*, núm. 7, 1999, p. 3; o Tamayo Haya, S.: "Reproducción Asistida", cit., p. 60.

5 Díez Picazo, L. y Gullón Ballesteros, A.: *Sistema de Derecho Civil,* cit., p. 223.

6 El art. 116, establece que "Se presumen hijos del marido los nacidos después de la celebración del matrimonio y antes de los trescientos días siguientes a su disolución o a la separación legal o de hecho de los cónyuges". A pesar de lo anterior, el art. 117 CC permite destruir esa paternidad en los supuestos en que el hijo ha nacido dentro de los ciento ochenta días siguientes a la celebración del matrimonio. Para ello, el esposo deberá realizar una declaración auténtica en contrario, formalizada dentro de los seis meses siguientes al conocimiento del parto. Respecto a esto, se exceptúa que el esposo hubiera reconocido la paternidad, expresa o tácitamente, o hubiese conocido el embarazo de la mujer con anterioridad a la celebración del matrimonio, salvo que, en este último supuesto, la declaración auténtica se hubiera formalizado con consentimiento de ambos, antes del matrimonio o después del mismo, dentro de los seis meses siguientes al nacimiento.

7 La prueba genética juega un papel fundamental en los procesos civiles de filiación puesto que los avances científicos han conseguido que estas pruebas arrojen resultados certeros. Lorente López, M. C.: "La prueba genética y los derechos fundamentales de la persona en los procesos civiles de filiación, paternidad y maternidad", *Revista Doctrinal Aranzadi*, 2015, p. 4.

8 Ácido Desoxirribonucleico.

9 Quesada González, M. C.: "La prueba de ADN en los procesos de filiación", *Anuario de Derecho Civil*, II, 2005, p. 1.

Este material genético se transmite de padres a hijos y tiene una estructura en la que se encuentran las instrucciones necesarias para que un organismo nazca y se desarrolle a partir de la primera célula, organizándose en unidades más pequeñas llamadas genes[10].

En tiempos pasados, además de no contar con medios tan avanzados como el señalado, nuestro sistema jurídico permitía una discriminatoria tradición que distinguía a los hijos, dependiendo de la situación civil en la se producía su nacimiento. No se otorgaba el mismo trato jurídico al hijo que nacía dentro del matrimonio de sus padres que al que nacía fuera de él. En consecuencia, al primero se le consideraba "legitimo" y al segundo "ilegítimo". Es precisamente de ese dato de donde partía la distinción de la llamada "filiación legítima" o "filiación ilegítima". La ilegitimidad llevaba aparejada una connotación peyorativa que imputaba a los hijos un origen procreativo "pecador", imputable a sus propios progenitores[11]. En realidad, la peor consecuencia que esto llevaba aparejada era la diferencia de derechos y medidas de protección que se concedía a uno u otro dentro de la institución familiar. A mayor abundamiento, dentro de la filiación ilegítima podíamos encontrar subgrupos en los que, aparte de estar reprochados de inicio, era importante atender al motivo por el que sus progenitores habían procreado fuera del matrimonio. Esto agravaba la situación: si esa unión no se había podido celebrar por prohibiciones o impedimentos matrimoniales, el reproche a los hijos era aún mayor. Nos referimos a hijos del adulterio o del incesto[12]. La tradición jurídica española denominaba "hijos naturales" a los que habían nacido de padres habilitados para el matrimonio, entre los que no mediaban impedimentos legales, y "no naturales" a los que provenían de unos progenitores entre los que sí existían esos impedimentos. La discriminación de derechos entre los subgrupos era considerable.

Dejando atrás esta antigua concepción de la filiación en aras de la importante evolución social acaecida en nuestro país, se consiguió implantar un nuevo modelo en el que se olvidó ese habitual y peyorativo vocablo de hijos "bastardos". En definitiva, nuestro actual sistema de filiación se implanta sobre la base de dos principios básicos imperativos:

10 En 1953 Francis Crick y James Watson descubrieron la estructura en doble hélice en la que aparece el ADN. A partir de ese momento el trabajo constante de los científicos ha permitido obtener resultados de enorme valor para la sociedad. http://www.andaluciainvestiga.com/espanol/cienciaAnimada/sites/dna/dna.swf

11 Díez Picazo, L. y Gullón Ballesteros, A.: *Sistema de Derecho Civil,* cit., p. 223.

12 En opinión de Durán Rivacoba, ante un incesto o situación por la que se contemplaba una negligencia del padre se ofrecían soluciones basadas en el "*favor fili*", que aminoraban un fundamentalismo fisiológico, a veces más lesivo que beneficioso. Consistía en reconocer como padre a quien se hacía cargo de esa familia. Esto significa que, en la órbita jurídica, en realidad no es necesario reputar siempre como progenitor al ascendiente carnal. En palabras del autor "la verdad biológica sirve como premisa básica, pero no absoluta o excluyente". Durán Rivacoba, R.: "El anonimato del progenitor", *Revista Doctrinal Aranzadi*, Civil-Mercantil, núm. 3, Parte Estudio, Pamplona, 2004, pp. 1 y 2.

1) La regla básica de igualdad entre todos seres humanos y, en consecuencia, la inadmisibilidad de cualquier tipo de discriminación basada en el origen familiar de la persona. Así se constató en nuestra Constitución de 1978 (CE) donde, a través del art. 14, se consagró el principio de igualdad en base al cual nadie puede ser discriminado por razón de nacimiento. Con independencia de esto, destaca que, actualmente, nuestro Código Civil mantiene la distinción entre filiación matrimonial y no matrimonial, aunque únicamente con efectos funcionales, puesto que ya no afecta a los derechos o efectos para con los hijos. En realidad, únicamente se conserva en relación con el procedimiento de acceso de cada forma de filiación al Registro Civil. Así, el art. 108 CC establece que la filiación puede tener lugar por naturaleza y por adopción, indicando que la filiación por naturaleza, con independencia de su procedencia matrimonial[13] o no matrimonial[14], produce los mismos efectos para los hijos.

2) La inclusión del art. 39 CE que establece que los poderes públicos asegurarán la protección integral de los hijos, iguales estos ante la ley, con independencia de la filiación, así como el de las madres cualquiera que sea su estado civil. Una novedad importantísima e indiscutible en esta materia fue la inclusión del apartado segundo por el que se instauró el principio constitucional de investigación de la paternidad ("La ley posibilitará la investigación de la paternidad"). Con esto se introducía en nuestro sistema jurídico la posibilidad de indagar e investigar la filiación y, en consecuencia, la opción de desvelar y legalizar cualquier tipo de filiaciones. Hasta ese momento, en España se impedía la búsqueda de paternidades en defensa de los padres. Se entendía que si se permitían las investigaciones judiciales de paternidad se corría el riego de ver interpuestas numerosas demandas de filiación de carácter injusto que podían tachar el buen nombre de muchos ciudadanos[15]. Se

13 La filiación matrimonial queda determinada por la inscripción en el Registro Civil del nacimiento del niño, junto la certificación del matrimonio de los padres (queda a salvo el acceso a través de una sentencia firme para los casos en que previamente se haya instado la acción de reclamación matrimonial de paternidad y así lo haya determinado un juez)

14 La tradicional determinación de la filiación no matrimonial quedaba contemplada en la anterior redacción del art. 120 CC, que establecía que aquella podía realizarse vía reconocimiento, realizado en documento público, en testamento, o ante el Encargado del Registro Civil, o a través de la tramitación de un expediente iniciado en el Registro Civil. De igual forma, deja abierta la vía de que se determine con ocasión de una sentencia judicial dictada en un procedimiento de reclamación de paternidad extramatrimonial. Con ocasión de la entrada en vigor de la Ley 19/2015, de 13 de julio, de Medidas de Reforma Administrativa en el ámbito de la Administración de Justicia y del Registro Civil (BOE núm. 167, de 14 de julio de 2015), este precepto fue reformado, añadiéndose que también podrá determinarse la filiación no matrimonial "en el momento de la inscripción del nacimiento, por declaración conforme realizada por el padre en el correspondiente formulario oficial a que se refiere la legislación del Registro Civil". De igual forma, el art. 119 CC relativo a nacimientos acaecidos con anterioridad al momento de la celebración del matrimonio, otorga la posibilidad de que la filiación adquiera el carácter de matrimonial desde la fecha del matrimonio de los progenitores, siempre que el hecho de la filiación quede legalmente determinado.

15 Como explica Durán Rivacoba, como consecuencia de la conducta de los progenitores los perjuicios recaían en la descendencia. No había en esa época un margen legal para imponer a esos progenitores sus obligaciones y responsabilidades respecto de los hijos que sufrían desagravios como víctimas inocentes, triunfando un axioma de poca seriedad en una cultura moderna y avanzada. Durán Rivacoba, R.: "El anonimato", cit., p. 1. En este sentido, al establecer el legislador el requisito de control de viabilidad previo de la demanda de filiación, lo que implica es la aportación de un mínimo indicio de prueba sobre la relación sexual. Así, Lorente López entiende que el legislador ha querido desincentivar a personas poco

ensalzaba por tanto la protección de la suprema paz familiar y, en consecuencia, del valor de la familia matrimonial.

Como es lógico, la introducción en la CE de los citados arts. 14 y 39.2 hizo necesaria la implantación de un nuevo sistema de filiación y, en definitiva, de una profunda y rigurosa revisión del Derecho de familia. Esta se llevó a cabo a través de la Ley 11/1981, de 13 de mayo[16], por la que se reformó el Código Civil, no sólo en materia de filiación sino también en patria potestad y régimen económico matrimonial. Fruto de lo anterior, actualmente, nuestro ordenamiento jurídico reconoce expresamente el derecho de las personas a investigar sus orígenes biológicos y para ello se contemplan una serie de acciones procesales: acción de reclamación, acción de impugnación y acción mixta. Hay que tener en cuenta que será necesario distinguir entre si la filiación que se reclama es de tipo matrimonial o no matrimonial, y si está presente, o no, la denominada posesión de estado[17] entre el progenitor y el hijo.

Esto ha derivado en que en nuestro país ya esté consagrada la protección del derecho a conocer los orígenes biológicos, no solo en lo que se refiere a los supuestos de filiación biológica, sino también en los relativos a una filiación adoptiva[18]. A pesar de ello, en nuestra opinión, debemos de tener en cuenta que este derecho no se ha instaurado de una forma plena y rotunda. No olvidemos que aún existen situaciones concretas en las que este derecho está expresamente descartado. Nos referimos a los nacimientos habidos a través de técnicas de reproducción humana asistida de tipo heterólogo (con material genético aportado por donante de esperma o de óvulos)[19], en las que la defensa del anonimato

escrupulosas que interpongan acciones de filiación con el objeto de conseguir otros intereses distintos que no descansen en la búsqueda de la verdad biológica: Lorente López, M. C.: "La prueba genética", cit., p. 2.

16 BOE núm. 119, de 19 de mayo.

17 A pesar de que la reforma de 1981 aludía varias veces a este concepto, y así se cita en varios preceptos en nuestro ordenamiento jurídico (art. 113 CC, 767.3 LEC), no se determina lo que por tal debe entenderse. Tanto la jurisprudencia como la doctrina ha reflejado que la posesión de estado viene a consistir en una apariencia social de relación parental o maternal con el individuo. Para reconocerse tradicionalmente se ha exigido la presencia de "*nomen, fama y tractatus*", así como la convivencia continuada e ininterrumpida. La idea de posesión enfocada a los estados civiles y a la filiación, tal y como establecen Díez-Picazo y Gullón Ballesteros, alude a una situación de apariencia que a través de actos concluyentes crea una apariencia jurídica que sirve para declarar, por lo menos inicial o provisionalmente, la realidad de la que es reflejo. Diez Picazo, L. y Gullón Ballesteros, A.: "Sistema de Derecho Civil", cit., p. 227.

18 El derecho a conocer los orígenes biológicos también está permitido en materia de adopción. Con ocasión de la entrada en vigor de la Ley 54/2007, de 28 de diciembre de Adopción Internacional (BOE núm. 312, de 29 de diciembre), a través de su art. 12, se produjo la reforma del art. 180 CC en el que se añadió un quinto párrafo que recogió de forma legal y expresa el derecho de los hijos adoptados a poder conocer la identidad de sus padres biológicos. Este derecho fue potenciado con ocasión de la Ley 26/2015, de 28 de julio, de Modificación del Sistema de Protección a la Infancia y a la Adolescencia (que incluye un nuevo 6° párrafo extensivo del derecho) (BOE núm. 180, de 29 de julio).
Lorente López, M. C.: "La prueba genética", cit., pp. 2, 3 y 5.

19 El art. 5.5 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, de Técnicas de Reproducción Humana Asistida establece que "La donación será anónima y deberá garantizarse la confidencialidad de los datos de identidad de los donantes por los bancos de gametos, así como, en su caso, por los registros de donantes y de actividad de los centros que se constituyan. Los hijos nacidos tienen derecho por sí o por sus representantes legales a obtener información general de los donantes que no incluya su identidad. Igual derecho corresponde

del donante de gametos prevalece frente al derecho de hijo a saber sobre sus orígenes genéticos[20].

Independientemente de lo anterior, en lo que se refiere a la investigación de la paternidad o maternidad biológica natural, algunas cuestiones plasmadas en la normativa ya reflejan por sí solas que ese derecho no puede entenderse como absoluto. Las acciones de filiación que contempla nuestro sistema jurídico atienden a una serie de controles y premisas que podrían calificarse de limitativos de ese derecho. Además de los problemas que acarrea en el proceso la negativa del demandado a someterse a la prueba de ADN, o la extensa legitimación prevista para estas acciones[21], encontramos una extrema limitación que bloquea en ocasiones el acceso al procedimiento de filiación. A diferencia de lo que ocurre con el resto de las demandas en el orden jurisdiccional civil, para la admisión a trámite de una demanda de filiación se exige el llamado control de viabilidad previo.

Antes de entrar a detenernos en el objeto principal de este estudio, vamos a hacer referencia a las distintas acciones acción de filiación que se contemplan en nuestro ordenamiento jurídico.

II. LAS ACCIONES DE FILIACIÓN.

Debemos indicar que en torno a las acciones de filiación descansan razones de interés general, así como de orden imperativo. También hay que resaltar la indisponibilidad de la materia para las partes procesales que quedará siempre sujeta a controles públicos. Téngase en cuenta que, según deriva del art. 751.1 LEC, en los procesos de filiación no produce efectos el allanamiento del demandado, ni la renuncia a la acción, o la transacción de las partes, por lo que pudiera ser discutible que se pudiera otorgar a actos anteriores de carácter extraprocesal el valor de conducta jurídicamente vinculante[22]. En este aspecto la STS, 12 enero 2015[23] da

a las receptoras de los gametos y de los preembriones. Sólo excepcionalmente, en circunstancias extraordinarias que comporten un peligro cierto para la vida o salud de los hijos, o cuando proceda a las Leyes procesales penales, podrá revelarse la identidad de los donantes, siempre que dicha revelación sea indispensable para evitar el peligro o para conseguir el fin legal propuesto. Dicha revelación tendrá carácter restringido y no implicará en ningún caso publicidad de la identidad de los donantes". A su vez, el art. 8.3 de citada Ley recoge que "La revelación de la identidad del donante en los supuestos en que proceda con arreglo al art. 5.5 de esta Ley, no implica, en ningún caso, determinación legal de la filiación". De todo lo anterior se desprende que, en virtud de la aplicación de citada norma, en España, las donaciones de material genético reproductor son indudablemente anónimas.

20 Para más información véase de mi propia autoría: Fernández Echegaray, L.: "La progresiva y necesaria evolución del derecho a la identidad y del derecho a conocer los orígenes genéticos", *Revista de Derecho de Familia, Aranzadi*, núm. 87, 2020, pp. 61-100; o "Nuevos factores jurídicos para la reforma del anonimato del donante de gametos en el Siglo XXI", *Diario La Ley*, núm. 9548, 2020.

21 Lorente López, M. C.: "La prueba genética", cit., pp. 2, 3 y 5.

22 Díaz Martínez, A.: "Buena fe, retraso desleal y actos propios en el ejercicio de las acciones de filiación", *Aranzadi, Civil- Mercantil*, núm. 4/2015, Parte Comentario, 2015, p. 1.

23 (RJ 2015, 610).

por hecho lo anterior al afirmar que los actos propios de las partes no pueden transcender con la eficacia pretendida a la acción de filiación al ser indisponible.

Insistimos en que el modelo de filiación que se incorporó con ocasión de la Ley 11/1981, de 13 de mayo, supuso una rotunda oposición al régimen anterior que protegía de una forma desmesurada a la familia matrimonial, calificándose la no matrimonial de "ilegítima"[24]. La desigualdad y las restricciones legislativas eran los puntos protagonistas de la filiación de la codificación. Lo cierto es que, como vemos, durante décadas esa normativa no fue reflejo de la realidad de la sociedad española que afortunadamente iba evolucionando. Así, en las sucesivas reformas, el sistema jurídico fue encaminándose a mitigar esos intolerables efectos a la par que esa sociedad experimentaba una gran reforma acorde a grandes experiencias sociales y políticas. A partir de la década de los ochenta se implantaba un sistema constitucional basado, entre otros, en el respeto, no solo al principio de igualdad, sino también en la dignidad de la persona, la protección concreta del menor, la tutela de la familia con independencia de su origen y, tal y como hemos señalado, en la posibilidad de investigación de la paternidad. En este nuevo horizonte el interés del hijo se vio protegido en varias dimensiones dirigidas a asegurar no solo su protección, sino su estabilidad social. Esto comprendía que en ocasiones el sacrificio de la verdad biológica debía computarse en aras de conceder un diligente cuidado. Un claro ejemplo de lo anterior se comprueba con la expresa aceptación de los reconocimientos complacencia que se introdujeron a la hora de implantar las distintas acciones de filiación[25].

Atendiendo a lo anterior tenemos que hacer referencia a una de las cuestiones más polémicas de nuestro sistema de acciones de filiación. La "titularidad" del derecho a conocer el propio origen creaba la duda de si debía pertenecer solo a los hijos o de igual forma también a los progenitores.

1. Acción de reclamación de filiación.

Tratando la cuestión relativa a la acción de reclamación de filiación debemos señalar que en nuestro ordenamiento jurídico no se otorga en términos absolutos. De lo contrario, carecería de sentido[26] el establecimiento de plazos de caducidad en su ejercicio, así como en las restricciones a la legitimación activa. Ambas cuestiones están claramente respaldadas por el Tribunal Constitucional. Junto al invocado principio de la verdad biológica, el legislador, a la hora de normar en materia de filiación, ha valorado de igual forma principios de seguridad

24 García Vicente, J. R: "Los principios de las acciones de filiación", *Aranzadi,* 2004, p. 2.

25 No hay duda de que estos reconocimientos de complacencia pueden servir como mecanismo para que muchas personas huyan de la necesidad de pasar por un proceso de adopción, simplificando los trámites de la determinación legal de la filiación. Ibidem, p. 7.

26 Díaz Martínez, A.: "Buena fe", cit., p. 1.

jurídica como son el mantenimiento de la paz familiar, el interés del menor o la necesidad de un principio de prueba junto a la demanda de filiación. Como expresa Quicios Molina, "verdad biológica sí, pero siempre que detrás haya un interés digno de protección, no verdad biológica porque sí"[27]. De esta forma, el art. 131 CC establece que "Cualquier persona con interés legítimo tiene acción para que se declare la filiación manifestada por la constante posesión de estado. Se exceptúa el supuesto de que la filiación que se reclama contradiga otra legalmente determinada". Con estas acciones, en realidad, lo que se pretende es obtener un pronunciamiento judicial que determine la filiación de una persona, bien porque anteriormente no tenía ninguna, o porque se pretende una rectificación registral de la ya determinada (acción de impugnación previa).

Como vemos, la legitimación activa de estas acciones depende de la posesión de estado[28] en referencia a una determinada situación de apariencia. A través de una serie de actos concluyentes se crea entre padre e hijo una apariencia jurídica que sirve para declarar la realidad que refleja. La jurisprudencia ha hecho referencia a estos actos de apariencia exigiendo una serie de requisitos: el *nomen*, consistente en el hecho de llevar el apellido de otra persona, el *tractatus,* que implica observar la forma en que una persona otorga a otra y que coincide con lo usual de las relaciones entre padres e hijos y, por último, la "fama", entendida ésta como la opinión general que reconoce a una persona como hijo de un determinado padre.

La reforma del año 1981 exigió que, para alegar esa posesión de estado como fondo de una acción de reclamación de filiación, esa situación debía ser continuada y no interrumpida. Podemos observar que en el señalado art. 131 CC se contempla una amplísima legitimación para interponer la acción, no matizando qué se entiende por interés legítimo. Es evidente que este interrogante deberá ser interpretado por el tribunal correspondiente. Al tiempo, hay que mencionar que el art. 132 CC relativo a la filiación matrimonial sin posesión de estado indica que, "cuando falte la correspondiente posesión de estado, la acción de reclamación de filiación matrimonial, que es imprescriptible, corresponde al padre, a la madre o al hijo".

Más polémico fue el contenido plasmado en la antigua redacción del art. 133 CC que se limitaba únicamente a recoger que la acción de filiación no matrimonial, sin posesión de estado, correspondía al hijo durante toda la vida. Respecto a esto, fueron muchas las voces que se alzaron en contra de su discriminatorio contenido en relación con la figura del progenitor. El peso de esas críticas descansaba en insistir en que no hay razón justificada[29] para atribuir legitimación al progenitor si la

27 Quicios Molina, S.: "Determinación e impugnación de la filiación", *Cuadernos Aranzadi Civil- Mercantil,* 2014, p. 33.

28 Diez-Picazo, L, Gullón Ballesteros, A.: *Sistema de Derecho Civil,* cit., p. 227.

29 García Vicente, J. R.: "Los principios", cit., p. 13.

filiación era matrimonial, y restringirla en el caso de la extramatrimonial. Es evidente que aquella situación quebrantaba profundamente el principio de igualdad. En respuesta a lo anterior, el TC, a través de la STC 273/2005, 27 octubre[30], declaró inconstitucional esta situación. Este criterio jurisprudencial alcanzó, como no podía ser de otra manera, rango de ley con ocasión de la entrada en vigor de la Ley 26/2015, de 28 de julio, de Modificación del Sistema de Protección a la Infancia y a la Adolescencia[31]. Así, se introducía un segundo párrafo reconociéndose esta acción de filiación también a los progenitores. La diferencia actual esgrime en que, mientras al hijo se le concede toda su vida para accionar, al progenitor que quiera reclamar la filiación de un hijo, no matrimonial y sin posesión de estado, se le limita a un plazo de un año desde que hubiera tenido conocimiento de los hechos en que basa su pretensión. En este caso, el legislador también otorga legitimación a los herederos en el caso de que el hijo falleciera antes de transcurrir cuatro años desde que alcanzase la plena capacidad, o durante el año siguiente al descubrimiento de las pruebas en que haya de fundar su demanda[32].

Como vemos, el derecho de los hijos a conocer los orígenes biológicos en los casos de filiación natural está ampliamente protegido por la ley al otorgarle el derecho de por vida. Lo anterior ha sido refrendado por las SSTS, 11 y 12 abril 2012, y 3 diciembre 2014[33] en las que se indica que no puede apreciarse un abuso de derecho o fraude de ley cuando el hijo ejercite tardíamente la acción de reclamación de filiación, incluso aunque hayan pasado muchos años después de conocer su origen biológico, ni tampoco cuando es el progenitor quien lo ejercita, aun sabiendo de su condición mucho tiempo antes de la interposición de la demanda. Otra valoración resultaría contraria a principios protegidos en el ordenamiento jurídico que protege la dignidad de la persona[34]. Es más, por lo

30 BOE núm. 285, de 29 de noviembre de 2005.

31 El art. 133 CC, una vez modificado por la Ley 26/2015, quedó de la siguiente forma: "1. La acción de reclamación de filiación no matrimonial, cuando falte la respectiva posesión de estado, corresponderá al hijo durante toda su vida. Si el hijo falleciera antes de transcurrir cuatro años desde que alcanzare la mayoría de edad o recobrare la capacidad suficiente a tales efectos, o durante el año siguiente al descubrimiento de las pruebas en que se funde la demanda, su acción corresponderá a sus herederos por el tiempo que faltare para completar dichos plazos. 2. Igualmente podrán ejercitar la presente acción de filiación los progenitores en un plazo contado desde que hubieran tenido conocimiento de los hechos en que hayan de basar su reclamación. Esta acción no será transmisible a los herederos quiénes solo podrán continuar la acción que el progenitor hubiere iniciado en vida". Este precepto ha sido de nuevo reformado por la Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica (BOE núm. 132, de 3 de junio de 2021).

32 Como ya hemos indicado, con ocasión de la entrada en vigor de la Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de la capacidad jurídica, se modifica este precepto en el sentido de que, al igual que se otorga legitimación a los herederos en el caso de que el hijo falleciera antes de transcurrir cuatro años desde que alcanzase la plena capacidad, o durante el año siguiente al descubrimiento de las pruebas en que haya de fundar su demanda, también lo hace respecto a las personas con discapacidad desde que se eliminaren las medidas de apoyo que tuvieren previstas a estos efectos.

33 (RJ 2012, 5745), (RJ 2012, 5898), (RJ 2014, 6258).

34 A pesar de ello, en el caso de la STS, 11 abril 2012, el Tribunal deja abierta la posibilidad de apreciar fraude de ley en el ejercicio de la acción de reclamación de filiación si se identifica cumplidamente tanto la norma defraudada como el resultado contrario que se produciría en el ordenamiento jurídico.

que respecta a la interposición de la acción de reclamación por parte del hijo, el TS ha descartado la valoración de una posible vileza del móvil, generalmente económico, por el que el hijo decide accionar ante los tribunales. Así, en la STS, 12 enero 2015[35], el Tribunal consideró que ni siquiera el mantenimiento de un falso estado civil de forma intencionada por parte del hijo, quien conocía el dato de su verdadero progenitor desde años atrás, podía afectar a la interposición retardada con fines sucesorios de las acciones de impugnación y de reclamación de filiación.

Por otro lado, en el caso de que el ejercicio tardío de la acción de reclamación de filiación sea achacable al padre, aún sin negar que en virtud de lo anteriormente explicado la demanda haya de prosperar si se acredita la relación biológica, el TS ha aceptado limitar los efectos de la filiación, aunque evidentemente sea declarada. Así se refleja a través de la STS, 17 febrero 2015[36], en la que, en contra de la interpretación literal del art. 109 CC[37] que otorga al padre y a la madre la posibilidad de decidir de "común acuerdo" el orden de los apellidos de sus hijos, se resolvió protegiendo el interés superior del menor y su derecho al nombre y a su propia imagen. En este caso, el hijo ostentaría el apellido del "nuevo" padre en segundo lugar y continuaría usando el materno en primer caso, puesto que así venía haciéndolo desde su nacimiento. Esta decisión del Tribunal no puede entenderse como una sanción al padre que ejercita tardíamente la acción de reclamación de filiación, sino como una medida de protección al menor al ser conocido en sus círculos sociales con el primer apellido materno. Así lo constata también el TC[38] quien ha invocado de forma reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia Europeo (TJUE) y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH).

2) La acción de impugnación de filiación.

El art. 136 CC se encarga de las acciones de impugnación de filiaciones matrimoniales ya determinadas en el Registro Civil, y de la legitimación del marido de la madre del hijo correspondiente. De esta forma, al esposo se le otorga el plazo de un año desde la inscripción de la filiación en el Registro Civil. Ahora bien, el cómputo de ese año comenzará a contar cuando el marido conozca el nacimiento. A su vez, aunque el marido tuviera conocimiento del nacimiento, pero

35 (RJ 2015, 610).

36 En este supuesto, a pesar de resultar acreditado que la hija tenía un claro conocimiento de su verdadera filiación materna desde varios años antes del fallecimiento de su madre legal-registral, a la cual sucedió y en consecuencia heredó, y que su conducta parecía reflejar que aceptaba la situación jurídica establecida jurídicamente, el Tribunal entendió que tal conducta podría ser objeto de valoración y calificación en otros litigios que se pudieran plantear en materia sucesoria, pero no en el que versaba sobre su filiación. La aceptación de una situación jurídica familiar no afecta a la acción de filiación, la cual es indisponible. Utilizar los tiempos con fines sucesorios no basta para considerar de abusiva o desleal una acción de filiación, aisladamente considerada (PROV 2015, 70609).

37 Recordemos que el art. 109 CC establece que la filiación determina los apellidos y que, si ésta está determinada por ambas líneas, el padre y la madre de común acuerdo podrán decidir el orden de la transmisión de los apellidos a sus hijos

38 STC 167/2013, 7 octubre (RTC 2013, 167).

desconociera su falta de paternidad, el año comenzará a contar desde que tuviere conocimiento. Esta regulación fue introducida con ocasión de la Ley 26/2015, de 28 de julio, de Modificación del Sistema de Protección a la Infancia y a la Adolescencia puesto que, en la anterior redacción dada por la Ley de 13 de mayo de 1981, este artículo ya fue objeto de algunas modificaciones al establecer que el plazo de un año comenzaba a correr, aunque el marido, conociendo el nacimiento, ignorara su falta de paternidad. Este primer párrafo fue anulado a través de la STC 138/2005, 26 mayo[39].

Antes de esta reforma ya el TS aclaraba que el *dies a quo* viene dado por la existencia de un principio de prueba sobre la no paternidad biológica[40]. En este sentido, el TC, confirmó que la regla general es que el *dies a quo* de este plazo se sitúe en la fecha de inscripción del nacimiento[41]. En consecuencia, instó al legislador a admitir como excepción la posibilidad de que el marido impugnara en el momento en que extemporáneamente descubriera la falsedad y no hubiera ni negligencia ni conocimiento implícito previo. Se afirma entonces que el *dies a quo* del plazo debe cifrarse no tanto en el conocimiento de la falsedad como en la cognoscibilidad. De esta forma, se tendrá por caduca la acción si el marido se mantuvo pasivo ante signos claros, que no meras sospechas, de su falta de paternidad[42]. Lo anterior finalmente adquirió rango de ley con ocasión de la Ley 26/2015, de 28 de julio.

En cuanto al plazo de ejercicio del hijo para impugnar la filiación ya determinada se le otorga un año desde la inscripción de la filiación. Este año, en el caso de que el hijo sea menor de edad o discapacitado, comenzará a contar desde que alcance la mayoría de edad o la extinción de medidas de apoyo[43]. También se le otorga la anterior posibilidad a la madre, representante legal, curador o Ministerio Fiscal, durante la minoría de edad o estado de discapacidad. Independientemente de lo anterior, se contempla la posibilidad de que, ante todas esas situaciones, el hijo

39 BOE núm. 148, de 22 de junio. Posteriormente, la STC 156/2005, 9 junio (BOE núm. 162, de 8 de julio) estimó la cuestión de inconstitucionalidad 4203-2003, relativa a ese primer párrafo del art. 136 CC, remitiéndose a la sentencia 138/2005, 26 mayo.

40 STS, 20 febrero 2012 (RJ 2012, 4047).

41 SAP de Pontevedra, 8 noviembre 2013 (PROV 2013, 381110).

42 La sentencia del TS, 2 diciembre 2013, con ese planteamiento de fondo, declaró caduca la acción de impugnación de filiación interpuesta por el progenitor legal, aplicando el principio de buena en el ejercicio de estas acciones de impugnación de filiación matrimonial. En este supuesto, el esposo, quien pasaba por una profunda crisis matrimonial durante el periodo de gestación del hijo, teniendo sospechas de que ese hijo era de un tercero, fue advertido por el ginecólogo del cauce para solventar sus dudas sobre su paternidad. El TS consideró en este caso que dando entrada al principio de cognoscibilidad que exige una conducta activa y diligente por parte del marido, ante su impasividad, la acción debía considerarse extemporánea puesto que únicamente a él podía ser imputable. En definitiva, el cómputo para el ejercicio de la acción de impugnación matrimonial por parte del esposo no comienza desde que se tuvo prueba completa de la falta de paternidad biológica, sino desde que concurren indicios que no pueden ser ignorados sin incurrir en mala fe.

43 El art. 137, 1 y 2 CC ha sido reformado por la Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo de las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica.

no hubiera impugnado la paternidad por desconocerla. En este caso se permite que el año de ejercicio comience desde que éste tuviera conocimiento de la falta de paternidad. A juicio de Díaz Martínez, la acción impugnatoria del hijo debería quedar sometida a los mismos criterios de cómputo de plazo vistos para el caso del esposo. El art. 137 CC habrá de ser interpretado en el mismo sentido que el 136 CC, en cuanto al criterio de cognoscibilidad.

Lo cierto es que en la práctica judicial lo usual es la acumulación de esta acción de impugnación con la de reclamación de paternidad respecto del verdadero padre biológico. Esto diluye el tema de la caducidad de la acción, puesto que, como hemos visto, esa acción es imprescriptible para el hijo y la acción de impugnación se convierte en accesoria[44] de aquella. Además, como ya se ha señalado, en esta acción de reclamación de filiación no cabe el planteamiento del retraso desleal de la acción o el abuso del derecho por parte del hijo que reclama la filiación. Todo lo anterior se refiere a casos en los que medió posesión de estado entre progenitor e hijo. Para las situaciones en las que, a pesar de tratarse de filiación matrimonial, faltó esa posesión de estado, se les otorga tanto a padre como a hijo la posibilidad de interponer la demanda en cualquier tiempo.

El art. 140 CC, el cual también experimentó una modificación con ocasión de la Ley 26/2015, contempla que la filiación materna o paterna, no matrimonial, cuando falte la posesión de estado, podrá ser impugnada por quien le perjudique. En el caso de que sí exista posesión de estado, la acción podrá ser interpuesta por quien aparezca como hijo o progenitor en esa filiación, además de por las personas que puedan resultar afectados en su calidad de herederos forzosos. Se establece para ello un plazo de caducidad de cuatro años desde que el hijo goce de esa posesión de estado, una vez inscrita la filiación en el Registro Civil. En el caso de las acciones de impugnación, tal y como se ha expuesto, los plazos de interposición de las mimas se refieren a la posibilidad de rectificar la filiación que aparece en el Registro Civil al no entenderse verdadera. En el caso que nos afecta, que no es otro que la limitación de tiempo que le da al hijo, no entendemos que la legislación actual quebrante el derecho a conocer los orígenes biológicos, puesto que, aunque limite ese plazo a un año o cuatro, dependiendo del supuesto de hecho, el cómputo en todo caso podrá comenzar desde que el hijo, o su representante legal, conozca la ausencia de paternidad de la persona que figura como tal en el Registro Civil, o desde que comience la posesión de estado.

44 El TS establece que la acción de impugnación de filiación es accesoria a la de reclamación por ser ambas contradictorias y no poder subsistir conjuntamente. En modo alguno puede admitirse aplicar a la acción de reclamación, que es la principal, el plazo de caducidad que el art. 137 prevé para la de impugnación. SSTS, 17 junio 2004 (RJ 2004, 3618), y de 14 diciembre 2005 (RJ 2005, 10161).

III. EL VALOR DE LA PRUEBA BIOLÓGICA EN LOS PROCESOS DE FILIACIÓN.

1. Concepto y contenido.

Hoy en día la prueba genética de ADN juega un papel clave en cualquier procedimiento de filiación. Lo anterior se refiere tanto a la reclamación como a la impugnación de una paternidad o maternidad. Anteriormente los contrastes genéticos entre progenitor e hijo podían realizarse vaga y únicamente en relación con el grupo sanguíneo[45]. Es evidente que esta prueba no resultaba completamente eficaz. La prueba genética, gracias a los evidentes avances tecnológicos y científicos, ha logrado que sus resultados sean absolutamente reveladores. Tal es el grado de garantía que ofrecen que ya es una realidad que los tribunales de justicia identifican verdad biológica con verdad jurídica[46]. Con independencia de ello, no debemos olvidar que esta prueba no deja de ser una diligencia pericial[47] y, como tal, tiene la misma naturaleza que cualquier prueba de este tipo. Los arts. 348 y siguientes de la LEC, prevén su regulación. Al ser una pericial científica, es evidente que el juez debe contar con un dictamen facultativo que esclarezca los fines investigados. Esto significa que el juez podrá ajustarse, o no, a su conclusión. Ahora bien, para ello deberá motivar suficientemente su fallo puesto que no puede entenderse lo anterior bajo un puro poder arbitrario[48]. En este aspecto, la Audiencia Provincial de Vizcaya, a través de su SAP 55/2014, 6 marzo[49], señala que "(…) debe señalarse que no existiendo nomas legales sobre la sana crítica y por tanto hay que atender a criterios lógico-racionales, valorando el contenido del dictamen y no específica y únicamente su resultado en función de los demás medios de prueba o del objeto del proceso, a fin de dilucidar los hechos controvertidos"[50].

---

45 Lorente López, M. C.: "La prueba genética", cit., p. 4.

46 Ibídem.

47 Según observa Ordóñez Fernández hay que tener en cuenta que la última decisión la tendrá el Juez y no el perito. El informe pericial debe facilitar al Juez un medio objetivo para adoptar la decisión. El perito debe poner en conocimiento del Juez las conclusiones genéticas y estadísticas obtenidas, dejando que el Juez valore de forma global el informe con el resto de la prueba y determine su decisión final. Ordóñez Fernández, C.: "Pruebas biológicas de paternidad. Estudio crítico de la prueba pericial. Garantías de la prueba y su incidencia en la determinación de la decisión judicial", *Diario La Ley*, núm. 2, 1995, p. 995. Respecto a esta cuestión, se pronuncia García Poveda que dice literalmente que "la prueba pericial biológica en los procesos de filiación no se regirá por los principios de toda prueba pericial habida cuenta de que el Juez únicamente tendrá conocimiento sobre la admisión o no de la prueba una vez celebrada la vista prevista en este tipo de procedimientos, ya que, a la vista de la prueba practicada en la misma será el momento en que el Juez tendrá elementos de juicio para decidir sobre la admisión o no de las mismas". García Poveda, C.: *Las pruebas biológicas en los procesos de filiación. Cómo se soluciona la negativa del sujeto a la práctica de las pruebas de ADN,* NJ Bosch, 2003, p. 2.

48 Ruiz Moreno, J. M.: "El proceso especial de filiación, paternidad y maternidad", *Diario La Ley*, Madrid, 2000, p. 149.

49 (PROV 2014/ 184361).

50 De igual forma, esta sentencia recoge que "La valoración de la prueba pericial debe realizarse teniendo en cuenta los siguientes criterios: a) la prueba de peritos es de libre apreciación, no tasada, valorable por el juzgador según su prudente criterio, sin que existan reglas preestablecidas que rijan su estimación por lo que no puede invocarse en casación la infracción de precepto alguno en tal sentido. b) Las reglas de la sana crítica no están codificadas, han de ser entendidas como las más elementales directrices de la lógica

La prueba de ADN funciona con resultados de probabilidad. Su contenido está condicionado en orden a puros porcentajes. En este sentido el TS ha venido acogiendo los denominados "Predicados verbales de Hummel"[51]. Esto significa que, tal y como se recoge en la STS 855/2004, 1 septiembre[52], y STS 666/2011, 4 octubre[53], los porcentajes que arroja la prueba de ADN y su probabilidad son los siguientes:

Menor del 80%: no significativo.

Entre el 80 y el 89,9%: indicios.

Entre el 90 y el 94,9%: probable.

Entre el 95 y el 98,9%: muy probable.

Entre el 99,8 y el 99,9%: prácticamente probada.

En relación con estas probabilidades[54], en la SAP de Vizcaya 55/2014, 6 marzo, se refleja como un claro ejemplo de la realidad de muchos procedimientos de reclamación de paternidad en los que se valora la prueba biológica y se da credibilidad a la misma en defecto de prueba en contrario[55].

2. Los efetos de la prueba biológica positiva.

Ante un informe pericial, instado y practicado con ocasión de la interposición de una acción de filiación que arroje un resultado de alta probabilidad de paternidad, tras la realización de una correcta y garantista toma de muestra de ADN, la

humana y por ello es extraordinario que pueda revisarse la prueba pericial en casación, sólo impugnarse en el recurso extraordinario, la valoración realizada si la misma es contraria en sus conclusiones a la racionalidad o conculca las más elementales directrices de la lógica".

51 En 1981, K. Hummel describió estos "Predicados verbales" que conjugaban distintos intervalos de valores de "Probabilidad de Paternidad (W)", con sus respectivas interpretaciones, al objeto de hacer comprensibles los valores y armonizar esas interpretaciones. Consideró que un valor de W igual o superior a 99,73% ya era suficiente para considerar probado una paternidad desde un punto de vista práctico. Estas interpretaciones han sido aceptadas internacionalmente. De igual forma, nuestra jurisprudencia y nuestro TS (STS, 24 noviembre 1992), las admiten como fórmulas válidas. Consúltese: "Fundamentos técnicos de las pruebas de ADN". http://www.adftecnogen.es/informacion/fundamentos-tecnicos.

52 (RJ 2004, 5470).

53 (RJ 2011, 6699).

54 Con anterioridad a Hummel, ya Eric Essen-Móller, en 1938, describió una fórmula basándose en el "Teorema de Bayes". Esta fórmula servía para calcular la Probabilidad de la Paternidad (W). Consúltese "Fundamentos técnicos de las pruebas de ADN". http://www.adftecnogen.es/informacion/fundamentos-tecnicos.

55 Para comprender lo anterior ponemos un ejemplo: un índice de paternidad, valor que indica cuántas veces es mayor la probabilidad del presunto padre con respecto a un hombre tomado al azar de la población española, es de 235.516:1. El valor de Probabilidad de Paternidad obtenido en el presente caso se encuentra en el rango considera por Hummel como "paternidad prácticamente probada". El resultado de la prueba pericial será positivo cuando no ha sido desvirtuado por la prueba propuesta por la parte demandada, por ejemplo, en el caso de que no haya aportado informe pericial contradictorio, o ni siquiera haya solicitado la comparecencia de los autores del único dictamen obrante en autos.

demanda será normalmente estimada. Dictada la sentencia estimando la filiación pretendida en la que se declare la paternidad del demandado (en el caso de que el actor sea el hijo), o del demandante (en el caso de que el actor sea el padre), el efecto inmediato y principal es la rectificación del asiento de filiación que consta en el Registro Civil. La resolución tendrá que ser remitida de oficio por el tribunal de referencia al propio Registro Civil y, a partir de ese momento, se llevará a cabo la rectificación registral de la filiación en aras de adecuarse a la nueva situación. En este aspecto, el art. 112 CC establece que la filiación produce sus efectos desde que tiene lugar. Hay que señalar que estos efectos tienen carácter retroactivo siempre que sean compatibles. A su vez, el art. 113 CC, señala que la filiación se acredita por la inscripción en el Registro Civil, por el documento o sentencia que la determine legalmente, por la presunción de paternidad matrimonial y, a falta de los medios anteriores, por la posesión de estado. Por último, el art. 114 CC recoge que los asientos de la filiación podrán ser rectificados conforme a la Ley del Registro Civil. En conclusión, la nueva determinación legal de filiación que se origina como consecuencia de una sentencia judicial derivada del resultado de la prueba biológica de ADN, va a producir los efectos que afectan e integran el contenido básico de la filiación: derecho de apellidos[56], derecho de alimentos y derechos sucesorios.

Respecto a los apellidos, la regulación aplicable se encuentraba originariamente en la Ley, de 8 de junio, del Registro Civil de 1957[57] (LRC), que contemplaba la regulación relativa al nombre y a los apellidos de la persona en el Título V, Capítulo III, arts. 53 a 62. De igual forma, el Reglamento que la desarrolla, de 14 de noviembre de 1958[58], trata esta materia en el Título V, Sección V, arts. 192 a 219. Por su parte, el Código Civil dedica los arts. 109 y 111 CC y finalmente, la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil[59], regula la atribución del nombre y el derecho a cambio de apellidos en el Título VI, Capítulo I, Sección 2ª, arts. 49 a 57.

Además del anterior desarrollo normativo, es de destacar la redacción que en su día otorgó la Ley 40/1999, de 5 de noviembre a citado art. 109 del CC. Así, se permitió la facultad del hijo de solicitar la alteración de los apellidos materno y paterno[60], perdiéndose la histórica prevalencia del apellido paterno. En todo caso, como condición, se imponía la implantación del orden de los apellidos otorgados al mayor de los hermanos. A partir de la LRC de 2011, el art. 49 refuerza el acuerdo de los progenitores a la hora de decidir el orden de los apellidos del

56 Lorente López hace un estudio detallado de las consecuencias de la imposición de los apellidos del progenitor determinado por sentencia en contra de su voluntad: Lorente López, M. D.: "La prueba genética", cit., p. 8.

57 BOE núm. 151, de 10 de junio de 1957.

58 BOE núm. 296, de 11 de diciembre de 1958.

59 BOE núm. 175, de 22 de julio de 2011.

60 Linacero de la Fuente, M.: "Derecho a la identidad personal: el nombre y los apellidos", en *Derecho Civil IV. Introducción al Derecho Civil*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p. 439.

hijo. Se introduce el criterio dirimente, en los casos de desacuerdo o silencio de los progenitores, del Encargado del Registro Civil cuya decisión tendrá que velar siempre por el interés del menor.

Por ello, la nueva filiación que derive de una sentencia judicial de paternidad implica a priori un cambio de apellidos del hijo con el fin de adecuarlo a su nueva realidad. Ahora bien, entendiendo la complicación que esto puede originar con la identificación habitual y conocida de la persona afectada, ya el art. 59.3 LRC de 1957, y el art. 209.3 del RRC de 1958, concedían la posibilidad de renunciar a este cambio de apellidos, instando el expediente de conservación de los habituales ante el Registro Civil. El plazo para instar tal expediente quedaba fijado en los dos meses siguientes a la inscripción de la nueva filiación. La LRC de 2011 mantiene y simplifica este trámite, estableciendo que, en el mismo plazo de dos meses desde la inscripción, la solicitud de conservación de apellidos habituales se podrá realizar a través de declaración de voluntad del afectado. Así lo recoge en el art. 53.5. Esto, en realidad, debe entenderse como un derecho del hijo a renunciar a los apellidos de su ya declarado padre. En el Registro Civil constará determinada la filiación legal entre padre e hijo, pero ambos llevaran apellidos distintos.

En el caso de que se trate de un hijo menor de edad respecto al cual la maternidad ya estaba legalmente determinada y, en consecuencia, ya ostentaba con anterioridad los apellidos maternos, se aplicarán reglas generales del orden del apellido paterno y materno. En el caso de discrepancia entre los progenitores decidirá el Encargado del Registro Civil, siempre atendiendo al interés del menor. Ante el desacuerdo con su decisión la problemática podrá terminar en los tribunales de justicia. A modo de ejemplo, citamos la STS 76/2015, 17 febrero[61], por medio de la cual se resolvió esta cuestión en un caso relativo a la determinación de la filiación, guarda, custodia y alimentos de un menor, así como del orden de sus apellidos tras la sentencia que rectificaba su asiento registral[62]. Está claro que, tal

61 (RJ 2015, 924).

62 La Sala dejaba constancia en esta resolución de lo siguiente: "(…) existe un nacimiento de una sola filiación determinando ésta los apellidos, y a consecuencia de un reconocimiento tardío en el inicio del procedimiento judicial, al que se suma el de duración de éste, el cambio del orden de los apellidos alcanza al menor a una edad en que tanto la vida social como en la escolar es conocido por el primer apellido en su día determinado". La sentencia tiene en cuenta las siguientes circunstancias: 1) Debe subrayarse que las normas registrales del orden de apellidos están dirigidas al momento anterior a la inscripción registral de nacimiento, concediendo a los padres una opción que ha de ejercitarse "antes de la inscripción" y, de no realizarse, se aplica el orden supletorio establecido reglamentariamente. 2) En el caso de la determinación judicial de la paternidad, la filiación se establece de forma sobrevenida, con las consecuencias inherentes a los apellidos y entra en juego el derecho del menor a su nombre, puesto que en el periodo transcurrido entre el nacimiento y el momento en que se puso fin al proceso por sentencia firme había venido utilizando el primer apellido materno, siendo patente la relevancia individualizadora del primero de los apellidos de una persona. 3) El menor en el momento de iniciarse el proceso estaba escolarizado y había venido utilizando el primer apellido de su madre desde su nacimiento, sin que hubiera tenido relación personal estable con su padre. En estas circunstancias es identificable el interés del menor en seguir manteniendo su nombre y, en este caso, su primer apellido materno, al ser conocido por el mismo en los diferentes ámbitos familiar, social o escolar".

y como aplicó el TS en este supuesto, hay que tener siempre en cuenta el interés superior del menor, así como los elementos integradores de su personalidad.

Por lo que respecta al derecho de alimentos derivado de la determinación oficial de la filiación, el padre y la madre, aunque no ostenten la patria potestad, estarán obligados a velar por los hijos menores y a prestarles alimentos[63]. Así se recoge en el art. 110 CC. En relación con los procedimientos de filiación, cuando esta haya sido determinada a través de sentencia judicial contra la expresa oposición del progenitor, éste quedará excluido de la patria potestad en relación con las funciones tuitivas y no ostentará derechos por ministerio de la ley respecto al hijo, sus descendientes, así como a sus herencias. Independientemente de lo anterior, el progenitor determinado quedará obligado a prestarle alimentos en todo caso (art. 111 CC).

Por último, por lo que respecta al derecho sucesorio, en aplicación del citado art. 111 CC, el progenitor legalmente determinado contra su expresa oposición, no tendrá derechos respecto a la herencia del hijo. Esto se encuentra dentro de la llamada "pérdida de derechos sucesorios". A este respecto, el art. 807 CC, recoge que los hijos son herederos forzosos de sus padres en las sucesiones testadas y, de igual forma, serán los primeros llamados como herederos legales en el caso de que la sucesión sea "ab intestato", o legal, sin concurrencia de testamento. Respecto a lo anterior, el art. 931 CC, determina que lo anterior se impondrá sin distinción de sexo, edad o filiación. Esto significa que el padre quedará privado de los derechos de la herencia de su hijo, pero no a la inversa. Con todo, está previsto legalmente, que esa sanción pueda ser levantada por el representante legal del hijo, aprobada judicialmente, o por voluntad del propio hijo, una vez alcanzada la plena capacidad[64].

IV. EL PRINCIPIO DE CONTROL PREVIO DE VIABILIDAD DE LAS DEMANDAS DE FILIACIÓN.

Anteriormente hemos hecho referencia a que el Código Civil otorga regulación sustantiva a las correspondientes acciones de filiación a través de sus arts. 131 y siguientes. De igual forma, en relación con los procesos de paternidad y maternidad, la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil[65] (LEC), dedica a esta materia sus arts. 764 y siguientes. Hay de señalar que, primeramente, con ocasión de la entrada en vigor de la citada Ley 26/2015, de 28 de julio, de Modificación del

63 Durán Rivacoba opina que hay que tener en cuenta que el nacimiento de un hijo, independientemente del "común alborozo" que la nueva criatura provoca, produce también consecuencias que obedecen a la naturaleza de las cosas, una vertiente mínima que garantiza el Derecho, como es la provisión de alimentos necesarios para subsistir o que los derechos sucesorios eventuales no se vean omitidos. Durán Rivacoba, R.: "El anonimato", cit., p. 1.

64 Diez-Picazo, L, Gullón Ballesteros, A: *Sistema de Derecho Civil,* cit., p. 310.

65 BOE núm. 7, de 8 de enero de 2000.

Sistema de Protección a la Infancia y a la Adolescencia, y, seguidamente, con la Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica, se ha producido una reforma legislativa relativa a la filiación, quedando modificados varios preceptos del Código Civil[66].

Una vez analizada la situación en la que se encuentra en la actualidad el panorama nacional en materia de filiación, debemos platear una crítica ineludible respecto a una de las limitaciones más potentes habidas en los procedimientos de filiación. Nos referimos al requisito relativo al control de viabilidad previo de las demandas de filiación, exigido en el art. 767.1 de la LEC: "En ningún caso se admitirá la demanda sobre determinación o impugnación de la filiación si con ella no se presenta un principio de prueba de los hechos en que se funde". Hay que indicar que este artículo se limitó a reproducir el derogado contenido[67] del art. 127 CC que, con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 1/2000, ya establecía esta exigencia de forma expresa. Actualmente podemos decir que este principio de control previo de viabilidad a las demandas de filiación está absolutamente consagrado en nuestro sistema jurídico, a pesar de que, en nuestra más respetuosa opinión, su inutilidad es evidente si atendemos a la evolución científica de los tiempos y a la realidad social del momento en que vivimos.

Es cierto que, si atendemos a la época en la que se permitió por primera vez la investigación de la paternidad en España, año 1978, podemos comprender la inclusión de esta exigencia. Recordemos que en aquel momento se guardaba un respeto absoluto a la protección de la paz familiar, sacrificándose al tiempo el derecho a conocer los orígenes biológicos. En realidad, este principio fue implantado con el objeto de instaurar un sistema equilibrado[68] entre los intereses que se pretenden hacer valer en el procedimiento judicial. La valoración del principio de prueba tiene un inevitable componente subjetivo de apreciación que se encomienda al prudente arbitrio judicial, a través de un pronunciamiento razonado, que no arbitrario, que finalmente dará lugar a la admisión o inadmisión de la demanda[69].

66 Destacamos la reforma del art. 9, en sus apartados 4, 6 y 7. Estos preceptos, relativos a la ley aplicable en relación con la determinación y el carácter de la filiación por naturaleza o por adopción, así como en materia de protección de menores, se adecúan al contenido del Convenio de la Haya, de 19 de octubre de 1996, relativo a la competencia, ley aplicable, reconocimiento, ejecución y cooperación, en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños.
Consúltese en https://www.hcch.net/es/instruments/conventions/full-text/?cid=70

67 El art. 127 CC fue derogado con ocasión de la entrada en vigor de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, al traspasarse a esta nueva norma algunos artículos que se incluían en el Código Civil a pesar de tener un contenido puramente procesal y no sustancial.

68 Ruiz Moreno, J. M.: "El proceso especial de filiación, paternidad y maternidad", cit., p. 93.

69 Ibídem. p. 98.

Con este requisito el legislador pretendió claramente desalentar a posibles litigantes cuyos intereses reales no descansaban en la investigación de la verdad biológica, sino en otras intenciones dispares. No olvidemos que la búsqueda de la verdad biológica, y su consecuente reflejo oficial en el Registro Civil, es el legítimo y verdadero objetivo de estos procedimientos de filiación. Es evidente que, por el contrario, pueden darse situaciones en las que las intenciones de los litigantes descansen en ese otro tipo de anhelos. En este sentido, el TS, a través del Auto, 4 febrero 2015[70], acogió que el reconocimiento de la libre investigación de la paternidad genera el riesgo de la tramitación en procesos inspirados en propósitos no merecedores de protección jurídica. Con independencia de esto, entendemos que el control de viabilidad previo de la demanda de filiación no puede consistir, de ninguna manera, en una prueba absoluta que busque la plena convicción de juzgador sobre la petición instada en la demanda. Para lo anterior ya existen fases procedimentales concretas en la que se instaura el mecanismo contradictorio de la fase probatoria[71].

En base a ese requisito de admisión, y al objeto de darle cumplimiento como condición ineludible para obtener la admisión de una demanda sobre filiación, hay que destacar que durante las últimas décadas ha sido una práctica común aceptada acompañar a la demanda, en concepto de prueba documental, bien con fotografías[72], facturas de hotel, reservas de viajes o, sobre todo, el anuncio previo de la realización de prueba testifical en el plenario. En este aspecto, es usual que se anuncien los datos de identificación personal de los testigos propuestos sobre los que se interesa testimonio, siendo recomendable que se ofrezca información relativa a los hechos de los que pueden ser conocedores estos sujetos. Otra forma habitual de cumplir con ese anuncio de prueba testifical es a través de la aportación, junto a la demanda, de declaraciones notariales[73] realizadas por los testigos respecto a los cuales existe la intención de proponer en juicio. Básicamente consisten en recoger por escrito los hechos de los que son conocedores respecto a la posible paternidad del demandante o demandado (dependiendo de si el procedimiento que atañe es sobre reclamación o de impugnación de paternidad).

Con independencia de todo lo anterior, una de las opciones más demandadas en los últimos tiempos es la aportación de pruebas biológicas realizadas por laboratorios privados. Es evidente que estas serán admitidas con la demanda de filiación, aunque esto no impide a las partes y al propio juez encargado del asunto instar las correspondientes pruebas biológicas ante el Instituto de Medicina Legal, adscrito a los juzgados. El juez decidirá sobre la admisión de la demanda

70 (PROV 2015, 43487).

71 Arts. 281 y ss. de la LEC.

72 SAP de Málaga núm. 9/2014, de 3 de enero (PROV 2014/277887).

73 SAP de Asturias núm. 7/2015, de 20 de enero (PROV 2015, 69915).

si entiende que hay acreditado un principio mínimo de "posibilidad de prueba" de relación sexual entre los implicados en el momento de la concepción de la persona respecto a la que se insta la demanda.

Podemos comprobar que, en realidad, esta exigencia de aportación de prueba adelantada que se exige en los procedimientos sobre filiación dista mucho de lo que se solicita en cualquier otro procedimiento de carácter civil. Creemos que esta alteración del momento procesal oportuno puede perjudicar a la parte demandante, frente a la demandada, a la que se le da la oportunidad de descubrir diligencias probatorias con antelación. al momento procesal adecuado. En base a lo anterior lanzamos el siguiente interrogante: ¿Existe hoy en día alguna justificación jurídica de peso que exija que la admisión a trámite de este tipo de demandas sea más estricta que en cualquier otra en materia civil? Nuestra respuesta es negativa. Creemos que en la actualidad ya no existe un motivo jurídico justo para que este tipo de demandas civiles sean más rigurosas que las demás. Dejemos que la demanda siga su curso y, ya en la fase probatoria, la parte demandante pueda acreditar los hechos en los que funde su pretensión.

Independientemente de lo anterior, debemos reconocer que este control previo de viabilidad de la demanda, en la práctica real judicial, no es ya tan estricto ni inflexible como en décadas pasadas. A pesar de lo anterior, lo cierto es que sigue habiendo excepciones que hacen que, realidad, la justicia no sea igual para todos. Nos referimos a casos muy concretos, pero, desde el momento en que existen estas excepciones que hacen que la admisión de una demanda de filiación no sea igual para todos, entendemos que hay que tomar una decisión jurídica que lo palie. Hay que indicar que, actualmente, los tribunales atienden mayoritariamente a la aplicación de la jurisprudencia, en el cumplimiento de la función que le atribuye el art. 1 del Código Civil. Pues bien, en relación con este tipo de demandas de filiación, han entendido que la exigencia actualmente contenida en el art. 767.1 LEC, que impone un requisito de procedibilidad para la admisión a trámite de la demanda, ha de ser objeto de interpretación flexible. Acertadamente creen que no trata de condicionar la admisión de la demanda a una prueba anticipada de los hechos en los que la misma se funde, ni siquiera a la inicial demostración de su verosimilitud o apariencia de buen derecho como se exige para el otorgamiento de una medida cautelar, sino establece un instrumento, en forma de exigencia de principio de prueba, que está destinado a preservar la seriedad de este tipo de procesos y que, sin embargo, no se considera deficientemente utilizado por el hecho de que finalmente la demanda no resulte estimada. En conclusión, hoy en día está jurisprudencialmente asentado que para la admisión de la demanda de filiación bastará con el ofrecimiento de la realización de la prueba biológica

de ADN[74], dando así por cumplido el requisito de control de viabilidad previo. Esto ocurre en la mayoría de los juzgados españoles que conocen de este tipo de pleitos.

No olvidemos que, en realidad, el principio de prueba al que se refiere el art. 767.1, debe ser valorado por el juzgador de instancia que conozca del asunto. Pensemos, por ejemplo, en casos de personas adultas, de treinta o cuarenta años[75], que deciden ya en su madurez interponer la acción de reclamación de paternidad contra el que piensan, o intuyen, o saben, que es su padre. No olvidemos que esta acción, en esos casos, es imprescriptible por lo que podrá interponerse en cualquier momento de la vida de ese hijo. En este supuesto podrían existir dos cuestiones que, de no ser por la flexibilidad jurisprudencial otorgada a este principio de prueba, impediría a muchas personas acceder al procedimiento, perjudicándoles en su derecho constitucional a la tutela judicial efectiva. Pensemos en casos en que la madre de esta persona ya adulta ha fallecido, está ausente o sencillamente no comparte que su hijo interponga dicha acción judicial ¿Qué principio de prueba podría aportar ese hijo que refleje una posibilidad de relación sexual o efectiva llevada a cabo treinta años atrás? Sin duda la posibilidad probatoria sería excesivamente complicada.

Hoy en día la tecnología es imparable. La toma de fotografías es una práctica reiterada en nuestra sociedad. Fotografiar todos los momentos de nuestra vida es un hecho normal. Contamos con numerosos medios tecnológicos, telemáticos y de comunicación que hacen que la difusión de nuestras fotografías sea muy sencilla. Por el contrario, hace treinta o cuarenta años, esto era mucho más remoto en uso. Entendemos que sería una labor altamente complicada para estas personas, hacerse con pruebas sentimentales relativas a situaciones intimas vividas tantos años atrás. La solución a estos supuestos descansa precisamente en la posibilidad jurídica de que, en la demanda, se anuncie la solicitud de la prueba biológica, sin perjuicio de ratificar su petición en el momento procesal oportuno.

Cuando hablábamos anteriormente de que este requisito procesal, de no ser interpretado por el juez conocedor del caso de forma flexible, puede acarrear diferencias de trato jurídico entre los ciudadanos, nos referimos a un procedimiento judicial de gran repercusión mediática, oficial e incluso institucional[76], por razón de

74 Señala Ocaña Rodríguez que la prueba biológica, desde luego, nunca va a ser impertinente. No es inútil desde el momento en que puede lograr el resultado apetecido. Se refiere a los hechos alegados y controvertidos. Podrá en todo caso ser superflua o abundante, motivo nunca suficiente para excluirla. Ocaña Rodríguez, A.: "La sentencia del Tribunal Constitucional de 17 de enero de 1994 sobre filiación, desde una perspectiva procesal", *Poder Judicial*, núm. 36, 1994, p. 129.

75 Recordemos que la acción de reclamación de filiación, en el caso de ser extramatrimonial y sin posesión de estado, en el caso de ser interpuesta por el hijo, es imprescriptible (art. 133 CC).

76 Nos referimos a la interposición de una demanda de paternidad contra el Monarca, Juan Carlos I de Borbón, de parte de un ciudadano español. El TS, dictó Auto desestimando la admisión de la demanda alegando que no se acompañaba a la misma ningún principio de prueba. Lo anterior, fue acordado a pesar

la identidad de la persona demandada, llevado a cabo en la Sala Primera del TS y que finalmente falló a favor de la inadmisión de la demanda de paternidad, a pesar del ofrecimiento en la demanda de la realización de la prueba biológica. Con esto se entiende que aboguemos por elevar a rango de ley el criterio jurisprudencial asentado, aplicado por la mayoría de los juzgados y tribunales españoles, pero no todos. El hecho de que pueda interpretarse potestativamente ya indica que hay que constatarlo legalmente de forma expresa.

En definitiva, lo cierto es que sabemos que afortunadamente en la realidad práctica, este requisito de control de viabilidad previo de las demandas de filiación no es común que atente ni vulnere el ejercicio del derecho de los hijos a investigar la paternidad, ni a la tutela judicial efectiva. Por suerte, tal y como ya hemos señalado, nuestros tribunales, de forma lógica, suelen aceptar las demandas siendo suficiente con el ofrecimiento de realización de la prueba biológica. Ahora bien, con independencia de ello, no hay que olvidar que esa práctica no deja de ser puramente potestativa del tribunal y, en consecuencia, pueden seguir dándose casos como el destacado a nivel institucional antes referido, u otros similares, dependiendo del juez y del territorio donde se reciba la demanda. Es por ello por lo que entendemos que lo más sensato es que, aun a pesar de su consolidación jurisprudencial, este criterio se eleve definitivamente a rango de ley. Creemos que ha llegado el momento de que las demandas de filiación adquieran el carácter de admisión automática desde el momento en que la parte demandante anuncie la solicitud de dicha prueba biológica de ADN.

V. CONCLUSIONES.

Del presente trabajo se desprende que, dado el panorama actual existente en relación con las cuestiones de filiación, y el sistema de acciones judiciales que las presiden, encontramos una importante falta de garantía procesal para la parte demandante. En relación con la regulación relativa al derecho a conocer los orígenes biológicos y, en definitiva, al derecho a la libre investigación de la paternidad, creemos que ha llegado el momento de implantar en España una serie de reformas legislativas que refuercen el mismo al objeto de otorgar mayores garantías que potencien la seguridad jurídica. De esta forma, creemos necesario que, en relación con el criterio legislativo del control de viabilidad previo a la

de que se acompañaban una serie de cartas enviadas a la Casa Real, así como una prueba de ADN parcial, realizada por un perito criminalista. En este caso, a pesar de solicitarse la realización de la prueba biológica, el TS determinó la inadmisión de la demanda por no aportarse principio de prueba. Con posterioridad, se interpuso recurso de amparo ante el TC, que desestimó el mismo alegando que el recurrente no había agotado debidamente los medios de impugnación en la vía judicial, precisando que debía haber interpuesto antes el incidente de nulidad de actuaciones previsto en el art. 241. De la Ley del Poder Judicial. Además de lo anterior, se da un dato añadido; por la vecindad civil del demandante, era de aplicación el Código Civil Catalán, que no exige este control de viabilidad previo para la admisión de las demandas de filiación. El recurrente anunció su intención de acudir al TEDH. Europa Press: "*El Constitucional rechaza la demanda de paternidad de Solá contra el rey Juan Carlos*". Publicado el 15 de mayo de 2015. http://www.publico.es/politica/constitucional-rechaza-demanda-paternidad-sola. html.

admisión de las demandas de filiación, recogido en el art. 767.1 LEC, el legislador debe incluir expresamente en la norma que, para la admisión a trámite de cualquier demanda de paternidad, quede salvado ese control con una oferta de sometimiento a la prueba biológica de ADN por la parte demandante que accione el pleito. La anterior tesis se sostiene desde el momento en que, tal y como hemos analizado, nuestros tribunales, en la práctica judicial diaria, están aceptando de forma mayoritaria, que no unánime, la oferta de la prueba biológica como garante de posibilidad de concepción. Es por ello por lo que creemos firmemente que ha llegado el momento de que la demanda de filiación deba ser automáticamente admitida a trámite desde el momento en el que la prueba de ADN esté planteada en el proceso. No olvidemos que gracias a la evolución científica la verdad biológica es considerada como verdad jurídica. Por ello, en definitiva, abogamos porque se sustituyan otros mecanismos de prueba indiciarios y se admita a trámite la demanda de forma imperativa, dándole una oportunidad a la prueba biológica de ADN. Esto supone la necesidad de una modificación legislativa del art. 767.1 LEC, lo que, en realidad, no significa más que darle valor de rango de ley a un criterio jurisprudencial plenamente consolidado.

BIBLIOGRAFÍA

Bujosa Vadell, L.:" El alcance de la obligación de sometimiento a las pruebas biológicas en los procesos de filiación (en torno a la STC 7/1994, de 17 de enero)", *RGD*, 1996.

Carbajo González, J.: "Las acciones de impugnación de la filiación en la jurisprudencia (a propósito de la sentencia del TS de 5 de junio de 1997)", *Actualidad Civil*, Doctrina VIII, 2000.

Cordero Cutillas, I.: "La impugnación de la paternidad matrimonial", *Colección de Estudios Jurídicos de la Universidad Jaime I*, núm. 6, Castellón, 2001.

Díaz Martínez, A: "Buena fe, retraso desleal y actos propios en el ejercicio de las acciones de filiación", *Aranzadi, Civil- Mercantil*, núm. 4/2015, Parte Comentario, 2015.

Díez Picazo, L, Gulllón Ballesteros, A: *Sistema de Derecho Civil. Derecho de Familia y Derecho de Sucesiones*, Tecnos, vol. IV, 10ª ed., 2006.

Durán Rivacoba, R.: "El anonimato del progenitor", *Revista Doctrinal Aranzadi, Civil-Mercantil*, núm. 3, Parte Estudio, Pamplona, 2004.

Etxeberría Guridi, J. F.: "La negativa al sometimiento a las pruebas biológicas de filiación y la STC 95/1999, de 31 de mayo, ¿una renuncia a postulados anteriores?", *Actualidad Civil*, 2000.

Fernández Echegaray, L.:

- "La progresiva y necesaria evolución del derecho a la identidad y del derecho a conocer los orígenes genéticos", *Revista de Derecho de Familia, Aranzadi*, núm. 87, 2020.

- "Nuevos factores jurídicos para la reforma del anonimato del donante de gametos en el Siglo XXI", *Diario La Ley*, núm. 9548, 2020.

García Poveda, C.: "*Las pruebas biológicas en los procesos de filiación. Cómo se soluciona la negativa del sujeto a la práctica de las pruebas de ADN*", NJ Bosch, 2003.

García Vicente, J. R.: *Los principios de las acciones de filiación*", Aranzadi, Pamplona, 2004.

González Pérez De Castro, M.: *La verdad biológica en la determinación de la filiación*, Dykinson, Madrid, 2013.

Kemelmajer De Carlucci, A., Herrera, M., Lamm, E., en "Ampliando el campo del derecho filial en el derecho argentino. Texto y contexto de las técnicas de reproducción humana asistida", *Revista de Derecho Privado*, Argentina, núm. 1, 2012.

Linacero De La Fuente, M.: "Derecho a la identidad personal: el nombre y los apellidos", en *Derecho Civil IV. Introducción al Derecho Civil*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.

López Gálvez J. J. y Moreno García J. M.: "¿Industria de la fertilidad" o respuesta a la búsqueda del hijo biológico?, en *Treinta años de reproducción asistida en España: una mirada interdisciplinaria a un fenómeno global y actual*, Boletín del Ministerio de Justicia, Monográfico, Año LXIX, núm. 2179, junio 2015.

Lorente López, M, C.: "La prueba genética y los derechos fundamentales de la persona en los procesos civiles de filiación, paternidad y maternidad", *Revista Doctrinal Aranzadi,* 2015.

Mayor Del Hoyo, M. V: "Sobre la intervención del defensor judicial en los procesos de impugnación de la paternidad (comentario a la STS 481/1997, de 5 de junio)", *ADC,* 1998

Moreno Martínez, J. A.: "Comentario a la sentencia del TS de 5 de junio de 1997", *CCJC,* núm. 45, 1997.

Moro Almaraz, M. J:" Comentario a la sentencia del Tribunal Constitucional 7/1994, de 17 de enero", *CCJC*, núm. 34, 1994.

Ocaña Rodríguez, A. "La sentencia del Tribunal Constitucional de 17 de enero de 1994 sobre filiación, desde una perspectiva procesal", *Poder Judicial*, núm. 36, 1994.

Ordóñez Fernández, C.: "Pruebas biológicas de paternidad. Estudio crítico de la prueba pericial. Garantías de la prueba y su incidencia en la determinación de la decisión judicial", *Diario La Ley*, núm. 2, 1995.

Quesada González, M. C.: "La prueba de ADN en los procesos de filiación", *Anuario de Derecho Civil,* II, 2005.

Quicios Molina, S.: "Determinación e impugnación de la filiación", *Cuadernos Aranzadi Civil- Mercantil*, 2014.

Roca Trías, E.:" Filiación asistida y protección de derechos fundamentales", *Derecho y Salud*, núm. 7, 1999.

Rubido de la Torre, C.: "La investigación de la paternidad en el derecho vigente. La prueba biológica y las consecuencias de su negativa", *RGD*, 1995.

Ruiz Moreno, J. M.: "El proceso especial de filiación, paternidad y maternidad", *Diario La Ley*, Madrid, 2000.

Tamayo Haya, S.: "Reproducción Asistida, doble maternidad legal y novedades jurisprudenciales en la determinación de la filiación", en *La maternidad y la Paternidad en el siglo XXI*, Comares, 2015.

DEL SISTEMA PATERNALISTA DE LA PATRIA POTESTAD PRORROGADA Y REHABILITADA AL SISTEMA DE APOYO EN RELACIÓN AL HIJO MAYOR DE EDAD CON DISCAPACIDAD. DEBATE EN TORNO A LA SUBSUNCIÓN DEL CUIDADO EN LA ARQUITECTURA DE LA MEDIDAS DE APOYO: A PROPÓSITO DE LA SAP DE CANTABRIA DE 14 DE FEBRERO DE 2022 (JUR 2022, 88324)

FROM THE PATERNALISTIC SYSTEM OF EXTENDED AND REHABILITATED PARENTAL AUTHORITY TO THE SYSTEM OF SUPPORT FOR THE ADULT CHILD WITH A DISABILITY. DEBATE ON THE SUBSUMPTION OF CARE IN THE ARCHITECTURE OF SUPPORT MEASURES. REGARDING THE JUDGEMENT OF THE PROVINCIAL COURT OF CANTABRIA OF 14 FEBRUARY 2022 (JUR 2022, 88324)

Rev. Boliv. de Derecho Nº 34, julio 2022, ISSN: 2070-8157, pp. 198-251

Manuel Ángel
GÓMEZ
VALENZUELA

ARTÍCULO RECIBIDO: 28 de mayo de 2022
ARTÍCULO APROBADO: 15 de junio de 2022

RESUMEN: El presente trabajo tiene por objeto analizar algunas de las reformas producidas en Derecho de Familia por la Ley 8/2021, de 8 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica. Para alcanzar dicha empresa analizaremos las modificaciones producidas en los procesos de crisis matrimoniales cuando en el seno del matrimonio hay un hijo con discapacidad. Luego analizaremos las similitudes y diferencias entre conceptos como la guarda y custodia y la guarda de hecho cuando el objeto de tales instituciones es un hijo con discapacidad, planteando el debate en torno si el deber de cuidado entra dentro de la arquitectura de las medidas de apoyo. Finalmente, intentaremos aportar un criterio de resolución de aquellos conflictos que se producen cuando, habiendo alcanzado el hijo con discapacidad la mayoría de edad, ambos progenitores desean ejercer las medidas de apoyo en el ejercicio de su capacidad jurídica.

PALABRAS CLAVE: Discapacidad, apoyo, cuidados, guarda y custodia, medida de apoyo.

ABSTRACT: *The purpose of this paper is to analyse some of the reforms produced in Family Law by Law 8/2021, of 8 June, reforming civil and procedural legislation to support people with disabilities in the exercise of their legal capacity. In order to achieve this goal, we will analyse the modifications produced in marital crisis processes when there is a disabled child in the marriage. We will then analyse the similarities and differences between concepts such as guardianship and de facto guardianship when the object of such institutions is a child with disabilities, raising the debate as to whether the duty of care falls within the architecture of support measures. Finally, we will try to provide a criterion for the resolution of those conflicts that arise when, having reached the age of majority, both parents wish to exercise support measures in the exercise of their legal capacity.*

KEY WORDS: *Disability, support, cares, guardianship and custody, support measures.*

SUMARIO.- I. CONSIDERACIONES PRELIMINARES.- 1. Supuesto de hecho.- 2. Ratio decidendi. II. LA PROVISIÓN DE MEDIDAS DE APOYO A FAVOR DEL HIJO CON DISCAPACIDAD EN LOS PROCESOS DE NULIDAD, SEPARACIÓN Y DIVORCIO.- 1. Ámbito subjetivo de la norma.- 2. La provisión de apoyo cuando el menor de edad mayor de dieciséis años ha hecho sus propias previsiones.- 3. Debate en torno a la posibilidad de establecer medidas de apoyo de oficio.- 4. El trámite de audiencia del menor con discapacidad: debate entre la autonomía y libertad de la persona con discapacidad y el interés objetivo o la salvaguarda de la dignidad personal.- 5. Problemas de Derecho transitorio que plantean los procesos de crisis matrimonial incoados antes de la entrada en vigor de la LAPCD.- III. NO ES EQUIPARABLE LA GUARDA DE HECHO DE LA PERSONA MAYOR DE EDAD CON DISCAPACIDAD CON LA GUARDA Y CUSTODIA.- 1. Derogación de la patria potestad prorrogada y rehabilitada.- 2. La configuración de la guarda de hecho a raíz de la LAPCD.- A) La mal llamada guarda de hecho.- B) ¿Es equiparable la guarda de hecho con la guarda y custodia?.- C) ¿El deber de cuidado forma parte de la guarda de hecho?.- IV. CONFLICTO ENTRE LOS PROGENITORES EN EL EJERCICIO DE LA GUARDA DE HECHO: DEBATE EN TORNO A SI EXISTE UN DERECHO A DISPENSAR EL APOYO.- V. EL RÉGIMEN DE COMUNICACIÓN DEL PROGENITOR CON EL HIJO MAYOR DE EDAD CON DISCAPACIDAD.- 1. Fundamento del derecho del progenitor no conviviente a visitar, comunicarse y tener en su compañía al hijo mayor de edad con discapacidad. 2. Reinterpretación del criterio ligado a la voluntad, deseos y preferencias de la persona con discapacidad. VI.- RECAPITULACIÓN REFLEXIVA. BIBLIOGRAFÍA.

I. CONSIDERACIONES PRELIMINARES.

Como preámbulo del análisis que realizaremos en este trabajo, nos detendremos en el supuesto hecho y en el razonamiento de la SAP Cantabria 14 febrero 2022, que será de continua cita a lo largo del texto.

1. Supuesto de hecho.

Los antecedentes de la citada sentencia parten de un proceso de modificación de medidas. En el proceso de divorcio, que desembocó en una sentencia dictada el 10 de noviembre de 2017, las partes acordaron que la guarda y custodia del hijo menor de edad sería ejercida por la madre, mientras que el padre tendría un régimen de visitas; además, se acordó que el uso de la vivienda familiar se atribuía a la madre por razón de la custodia del hijo menor y el padre pagaría una pensión de alimentos de trescientos euros mensuales respecto al hijo mayor de edad y de seiscientos euros para el hijo menor de edad que tenía una discapacidad intelectual grave desde los dos años de edad con lenguaje limitado, pactando las partes que los gastos extraordinarios serían satisfechos por mitad en porcentajes dispares. Por último, se pactó una pensión compensatoria a favor de la mujer de cuatrocientos euros mensuales durante siete años abonable mediante un pago único de veinte mil euros.

• Manuel Ángel Gómez Valenzuela
Profesor de Derecho Civil, Universidad de Cádiz.
manuelangel.gomez@uca.es

Tres años después, el padre interpuso una demanda vindicando la modificación de medidas. Solicitó la guarda y custodia compartida respecto al hijo menor de edad que tenía discapacidad, pidiendo que cada progenitor asumiera los alimentos según el periodo de custodia y, subsidiariamente, interesó la ampliación del régimen de visitas, con pernoctas incluidas, y la reducción de la pensión de alimentos. La madre se opuso a las pretensiones del padre.

El Juzgado *a quo* dictó sentencia el 5 de abril de 2021, desestimando íntegramente la demanda, motivando su decisión en que no se había acreditado un cambio de las circunstancias y que el cambio del régimen de guarda y custodia podía perturbar las rutinas del menor con discapacidad.

El padre, disconforme con la sentencia, interpuso recurso de apelación. Habida cuenta que, entre el recurso de apelación y la sentencia del Tribunal *ad quem*, el hijo con discapacidad alcanzó la mayoría de edad y, además, entró en vigor la Ley 8/2021, de 8 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica (LAPCD), la Audiencia exhortó a las partes a que formularan alegaciones en torno a la implicación que podría tener la LAPCD en el supuesto de hecho.

2. *Ratio decidendi.*

La sentencia objeto de análisis es relevante por su fundamentación y no tanto por el fallo. El Tribunal, a la hora de motivar su decisión, sigue, al menos en teoría, los postulados de la LAPCD, sin embargo, su discurso se asemeja en el fondo a la regulación derogada, como veremos a continuación.

Expone la sentencia que el hijo de veinte años de edad con discapacidad precisa de apoyo para el pleno ejercicio de su capacidad jurídica. Tras volcar en la sentencia los aspectos más sustanciales de la reforma y, en especial, las distintas medidas de apoyo que contempla el ordenamiento jurídico español, afirma que la madre es la guardadora de hecho del hijo mayor de edad con discapacidad, reconociendo la sentencia la condición de guardadora de aquella y confirmando que la madre ha desempeñado la guarda de forma adecuada y suficiente, habiendo asumido el padre respecto al hijo con discapacidad el derecho a visitarlo, tanto durante el periodo en el que estuvo vigente la patria potestad como después de su extinción.

Entrando en el recurso de apelación del padre, que pretendía un régimen de guarda y custodia compartida, la Audiencia afirma que esta podría ser la principal medida de apoyo en relación al hijo mayor de edad con discapacidad, sacando a colación jurisprudencia que relaciona la guarda y custodia con el interés del menor. A renglón seguido, la resolución reitera que el interés del menor permitiría

modificar el régimen de custodia, pero descarta dicha modificación en el supuesto objeto de litis.

La sentencia reconoce que ambos progenitores "poseen una capacidad parental adecuada y son dignos de ejercientes de sus obligaciones", tanto durante la minoría de edad del hijo con discapacidad como después de alcanzar este la mayoría de edad. No obstante, destaca que el hijo, por razón de su discapacidad y fuerte dependencia, "requiere de cuidados intensos y permanentes por su evidente falta de capacidad de discernimiento y sus limitaciones físicas". En este contexto, cita el informe de la psicóloga que trató al hijo y especializada en la discapacidad que presenta, el cual decía que, pese a las habilidades del padre, era recomendable la permanencia de hijo con discapacidad en un entorno estable y conocido, a fin de asegurar que siguiera las rutinas establecidas. La sentencia se aparta de otros informes evacuados en el caso que avalaban la posibilidad de que el hijo tuviese un régimen de convivencia con el padre, diciendo literalmente la resolución que los mismos "no informa(n), a entender de la Sala, sobre la conveniencia de un concreto régimen de guarda y custodia cuya definición, ciertamente, no se ha concretado".

Focalizando más la motivación con los avatares del caso, la sentencia arguye que la "custodia compartida" que reclamaba el padre no tenía suficientes garantías de éxito, por las siguientes razones: había una distancia geográfica entre el domicilio del padre y la vivienda familiar donde residía el hijo con la madre, no estando el hijo capacitado para coger en solitario un autobús; el padre no tenía flexibilidad laboral por su profesión de tapicero, a pesar de que este acreditó que había contratado a un empleado; y, finalmente, destaca que el padre no explicó cómo podía coadyuvar a la formación de su hijo y conciliar su tiempo con la adaptación que precisaba aquel.

Finalmente, dice la sentencia que la desestimación de las pretensiones del padre conlleva el mantenimiento de la guarda exclusiva de la madre como guardadora de hecho, siendo la principal figura de apoyo en el ámbito civil, y el mantenimiento del régimen de comunicación, visitas y estancia que venía desarrollando el padre, descartando, además, la modificación del régimen de alimentos.

II. LA PROVISIÓN DE MEDIDAS DE APOYO A FAVOR DEL HIJO CON DISCAPACIDAD EN LOS PROCESOS DE NULIDAD, SEPARACIÓN Y DIVORCIO.

La redacción del segundo párrafo del art. 91 CC, una vez que entró en vigor la LAPCD, es la siguiente: "Cuando al tiempo de la nulidad, separación o divorcio existieran hijos comunes mayores de dieciséis años que se hallasen en situación de necesitar medidas de apoyo por razón de su discapacidad, la

sentencia correspondiente, previa audiencia del menor, resolverá también sobre el establecimiento y modo de ejercicio de estas, las cuales, en su caso, entrarán en vigor cuando el hijo alcance los dieciocho años de edad. En estos casos la legitimación para instarlas, las especialidades de prueba y el contenido de la sentencia se regirán por lo dispuesto en la Ley de Enjuiciamiento Civil acerca de la provisión judicial de medidas de apoyo a las personas con discapacidad".

La *dictio legis* del texto experimentó una variación respecto a la dicción que albergaba el Anteproyecto (apartado noveno del art. 1), pasando la edad de los hijos comunes necesitados de apoyo de diecisiete a dieciséis años. El legislador dispone que, si al tiempo de la crisis matrimonial existen hijos comunes mayores de dieciséis años en situación de necesitar las medidas de apoyo por razón de su discapacidad, la sentencia podrá establecerlas para cuando el hijo alcance la mayoría de edad. El precepto arroja algunas incógnitas que trataremos de resolver.

1. Ámbito subjetivo de la norma.

La posibilidad de que el Juez establezca medidas de apoyo se refiere, sin ningún género de dudas, al hijo mayor de dieciséis años y menor de edad, estando proscrita la constitución de medidas de apoyo respecto al hijo mayor de edad con discapacidad, con independencia de que dependa o conviva con los progenitores, debiéndose descartar cualquier apología a argumentos ligados a la economía procesal a fin de vindicar la procedencia de esta última opción.

El fundamento del segundo párrafo del art. 91 CC es dar continuidad a la asistencia y apoyo de aquellos hijos que durante la crisis matrimonial eran menores de edad y estaban en situación de discapacidad, a fin de que las medidas de apoyo establecidas en la sentencia de separación o divorcio entren en vigor una vez que alcance la mayoría de edad, toda vez que se ha derogado la patria potestad prorrogada y rehabilitada[1]. De este modo, extinta la representación legal ligada a la patria potestad al alcanzar el hijo la mayoría de edad (*cfr.* arts. 154.2° y art. 169.2° CC), el Juez, que deberá realizar un juicio prospectivo, podrá fijar el apoyo previsible que este pudiese necesitar, siempre que no existan medidas voluntarias o no se pueda dispensar al hijo con discapacidad el apoyo que necesitará a través de una medida informal como la guarda de hecho[2].

Si respecto a lo expuesto cupiera alguna duda y se dignificara la posibilidad de establecer, al tiempo de la crisis matrimonial, medidas de apoyo respecto a

1 Martínez Rodríguez, N.: "Discapacidad y Derecho de Familia. Nuevos principios, nuevas normas", en AA.VV.: *El nuevo Derecho de las capacidades* (dirs. E. Llamas Pombo, N. Martínez Rodríguez y E. Toral Lara), Wolters Kluwers, Madrid, 2021, p. 330.

2 Otero Crespo, M. y García Fernández, J.: "Artículo 91. II", en AA.VV.: *Comentario articulado a la reforma civil y procesal en materia de discapacidad* (dirs. Mª P. García Rubio, M. J. Moro Almaraz y coord. I. Varela Castro), Civitas, Pamplona, 2022, p. 121.

los hijos mayores de edad con discapacidad si dependen de los progenitores, basta remitirnos al art. 91 CC para descartar dicha eventualidad, pues el legislador prevé que la sentencia establecerá las medidas de apoyo y el modo de ejercitarlas "previa audiencia del menor", no haciendo nunca mención al hijo mayor de edad con discapacidad.

2. La provisión de apoyo cuando el menor de edad mayor de dieciséis años ha hecho sus propias previsiones.

Hilvanando el art. 91.2 CC con el art. 254 CC no cabría que la sentencia determinase las medidas de apoyo respecto al hijo común mayor de dieciséis años cuando este, en el ejercicio de su autonomía de la voluntad, haya realizado sus propias previsiones para cuando alcance la mayoría de edad.

No obstante, puede ocurrir que el menor mayor de dieciséis años haya articulado sus propias medidas de apoyo *pro futuro* y estas, en la crisis matrimonial, se revelen insuficientes. Piénsese, *ad exemplum*, que el menor contempló medidas de apoyo para un determinado ámbito, como el patrimonial, y meses después, a causa del empeoramiento de sus facultades cognitivas e intelectivas, los progenitores visualizan estas medidas de apoyo como insuficientes, debiendo abarcar también otros aspectos.

A nuestro juicio, cabría, en este caso, que la sentencia de nulidad, separación o divorcio estableciera medidas de apoyo para el menor mayor de dieciséis años con discapacidad, toda vez que el art. 255 CC avala la procedencia de medidas de apoyo de origen legal o judicial de carácter supletorio o complementario "en defecto o por insuficiencia" de las medidas de naturaleza voluntaria.

3. Debate en torno a la posibilidad de establecer medidas de apoyo de oficio.

Una lectura del art. 91.2 CC *ad pedem litterae* no elimina el acervo disyuntivo que podrá tener el lector sobre la posibilidad de que el Juez fije las medidas de apoyo *ex officio*. A primera vista, cabría vindicar dicha posibilidad, a tenor de que el precepto dice, en sentido imperativo, que la sentencia de nulidad, separación o divorcio "resolverá" sobre el establecimiento y modo de ejercicio de las medidas de apoyo del hijo mayor de dieciséis años.

Sin embargo, el art. 91.2 CC *in fine* prevé que la legitimación para instarlas se regirá por lo dispuesto en la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC), que a la sazón regula el procedimiento de provisión judicial de medidas de apoyo de la persona con discapacidad. El art. 757 LEC y su homólogo en la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria (LJV) -art. 42 *bis* a)- conceden legitimación para instar la provisión de medidas judiciales de apoyo, *mutatis mutandi*, a la propia

persona con discapacidad, su cónyuge no separado de hecho o legalmente o quien se encuentre en situación de hecho asimilable, su descendiente, ascendiente o hermano. Respecto a la legitimación del Ministerio Fiscal, mientras que el art. 757 LEC prevé que este deberá solicitar medidas de apoyo si las personas citadas no las hubieren solicitado o no existieran, salvo que a su juicio existieren otras vías para la dotación de apoyo, el art. 42 bis a) LJV no parece que supedite la legitimación del Ministerio Fiscal a un juicio discrecional en torno a si a la persona con discapacidad se le puede proveer el apoyo que precisa por una vía que quede extramuros de la judicial.

A tenor de las citadas reglas procedimentales, resulta paladino que el Juez no podrá acordar o establecer medidas de apoyo en un proceso de crisis matrimonial si las mismas no han sido solicitadas por los cónyuges o el Ministerio Fiscal, que serían los únicos legitimados en el proceso la nulidad, separación o divorcio para solicitarlas.

4. El trámite de audiencia del menor con discapacidad: debate entre la autonomía y libertad de la persona con discapacidad y el interés objetivo o la salvaguarda de la dignidad personal.

Dispone el art. 91 CC que el Juez, antes de establecer las medidas de apoyo, deberá dar audiencia al menor. Se infiere de la primera acepción de la RAE del vocablo "audiencia" que el mismo se identifica, en el contexto de la norma, con el acto del Juez de oír al menor cuando los cónyuges o el Ministerio Fiscal han solicitado medidas de apoyo aplicables una vez que aquel alcance la mayoría de edad. Es paladino que el trámite de audiencia al menor es obligatorio, pero queda por discernir el valor decisorio atribuible a la manifestación del menor y, más concretamente, si el Juez puede inhibirse en la tarea de establecer medidas de apoyo para el hijo mayor de dieciséis años con discapacidad si este las rechaza. Cuestión compleja, máxime si tenemos en cuenta que el menor, durante el proceso de crisis matrimonial, todavía está a merced de la patria potestad y de la representación tuitiva que el art. 154.2º CC atribuye a los progenitores.

Se podría argüir que el Juez quedará vinculado por el deseo del hijo mayor de dieciséis años que, no obstante su discapacidad, rechaza las medidas de apoyo, de modo que si este las rechaza el Juez no podrá establecerlas contra su voluntad. Esta es la opción que cabría dignificar si seguimos *ad pedem litterae* la Observación general núm. 1 del Comité sobre los Derecho de las Personas con Discapacidad y que han suscrito algunos autores como García Rubio[3], abogando por un planteamiento que en algunos casos tiende a la desprotección de las personas con

3 García Rubio, Mª. P.: "La reforma operada por la Ley 8/2021 en materia de apoyo a las personas con discapacidad: planteamiento general de sus aspectos civiles", cit., pp. 58 y 59.

discapacidad a costa de garantizar una autonomía, libertad e independencia que, lamentablemente, no pueden ejercitar en igualdad de armas con los terceros con los que se relacionen en el tráfico jurídico.

El legislador no señala, en el ámbito del art. 91 CC, el valor atribuible a la voluntad del menor exteriorizada en el trámite de audiencia. A falta de una previsión expresa, creemos que debemos remitirnos al art. 254 CC que, respecto a las medidas de apoyo que pudiese necesitar al alcanzar la mayoría de edad la persona mayor de dieciséis años, establece que "se dará participación al menor en el proceso, atendiendo a su voluntad, deseos y preferencias".

Aun a sabiendas de la inconveniencia de dar una solución *in genere* desligada de las circunstancias que se puedan dar en cada caso, el significado que cabe atribuir a la citada expresión no es, necesariamente, que el Juez quede inexorablemente vinculado por la voluntad, deseos y preferencias del menor, sino que aquel, a la hora de enjuiciar la procedencia de las medidas de apoyo en atención a la discapacidad que presenta y la futura mayoría de edad, deberá valorar, en la medida de lo posible, la voluntad del menor destinatario del futuro apoyo, sin que ello signifique quedar al albur de la misma, pues si el menor rechaza las medidas de apoyo es posible que dicho rechazo se deba a dos factores, nada desdeñables, la inmadurez -dada cuenta que al tiempo de debatirse la procedencia de las medida de apoyo no tendría aún la mayoría de edad- y el trastorno psíquico o mental que presenta, que puede provocar que sea inconsciente de la enfermedad y de la virtualidad del apoyo que pudiese necesitar para actuar en un futuro y frente terceros con plena igualdad[4].

Aquellos autores que ven la voluntad de la persona con discapacidad como la única panacea del "nuevo paradigma" rechazarán este planteamiento, pero pongámonos en el contexto de un menor mayor de dieciséis años que, por ejemplo, presenta una esquizofrenia y, a causa del consumo habitual de estupefacientes, ha desarrollado otros trastornos que, a la postre, le colocan en una situación de especial vulnerabilidad ante el "engaño" de terceros en el ámbito patrimonial. Los progenitores, en el proceso de crisis matrimonial, solicitan al Juez la provisión de medidas de apoyo cuando el hijo alcance la mayoría de edad y este, afectado por la enfermedad y sin facultades suficientes para formar una voluntad responsable, las rechaza en el trámite de audiencia en un arrebato de autarquía. La inhibición del Juez en establecer medidas de apoyo que entrarán en vigor a la mayoría de edad, amén, en palabras del Tribunal Supremo, de una "crueldad social" que podría llevar al hijo con discapacidad a una degradación personal, sería, en nuestra opinión, una peregrinación hacia el libertinaje a costa del alto precio de

4 *Vid*. fundamento de derecho cuarto de la STS 8 septiembre 2021 (RJ 2021, 4002).

desproteger a quien, por la merma de sus facultades y de su inmadurez, está en una situación de desigualdad frente a terceros[5].

Lo dicho, que se ciñe al concreto supuesto del art. 91 CC, no debe conducir al lector a atribuirnos una tesis que impida, en todo caso, a la persona con discapacidad rechazar el apoyo. Para explicarlo mejor distinguiremos dos casos bien distintos, cuya relevancia trasciende del apoyo del menor de edad con discapacidad.

Una persona mayor de edad, con oligofrenia y esquizofrenia desde su nacimiento, precisa de apoyo para el ejercicio de su capacidad jurídica. La discapacidad psíquica que presenta le supuso desde la infancia una merma notable de sus facultades cognitivas e intelectuales, siendo hasta punto así que no es consciente de su enfermedad y, menos aún, de la virtualidad que tendría el apoyo. La persona, en una manifestación de autarquía y desgobierno por su enfermedad, rechaza todo consejo, ayuda y apoyo, estando en riesgo, no solo su patrimonio, sino también su propia integridad. En casos como este, el Juez no puede inhibirse en la empresa de dotar de apoyo a la persona con discapacidad, aunque los rechace, pues, probablemente, el rechazo no vendrá fundamentado en su legítimo derecho a la libertad, sino en la inconsciencia de la enfermedad y el desconocimiento de los potenciales perjuicios que podría sufrir.

Ahora plantearemos otro escenario. Una persona, con una discapacidad psíquica leve que no le impide actuar con autonomía e independencia, decide abrazarse al alcohol y al consumo de estupefacientes. A pesar de su discapacidad, la persona es consciente de que el consumo de tales sustanciales le va a llevar, irremediablemente, a un estado de degradación y, a pesar de ello, adopta dicha determinación en el ejercicio de su libertad de elección. Años después, los familiares promueven un expediente para la provisión de apoyo, arguyendo que la persona con discapacidad está vilipendiando su patrimonio, y esta se opone al apoyo. Los familiares, en el proceso contencioso, alegan que el pariente no es consciente de su enfermedad y, correlativamente, tampoco lo es de la virtualidad que podría tener el apoyo; no obstante, la prueba practicada evidencia que, a pesar del deterioro de las facultades, el sujeto, cuando tenía discernimiento, era plenamente consciente que el ritmo de vida por el que iba a transitar le iba a colocar en la situación a la que, finalmente, ha desembocado.

5 A juicio de De Verda y Beamonte, J.R.: "Primeras resoluciones judiciales aplicando la Ley 8/2021, de 2 de junio, en materia de discapacidad", *Diario La Ley*, núm. 10021, marzo 2022, p. 16, procederá establecer medidas de apoyo, pese al rechazo de la persona que las necesite, cuando esta tenga afectada su capacidad para formar libremente su voluntad por sufrir una enfermedad y esta, a su vez, le impida tomar conciencia del estado en que se halla y comprender la ayuda que precisa y rechaza. En estos casos, el autor aboga por acudir a un criterio objetivo apostando, en vez de por el interés de la persona con discapacidad, por el principio constitucional de dignidad personal (art. 10 CE), teniendo como asidero esta postura el primer párrafo del art. 249 CC, que establece que "las medidas de apoyo deberán estar inspiradas en el respeto a la dignidad de la persona y en la tutela de sus derechos fundamentales".

Este último ejemplo es incardinable, *mutatis mutandi*, en la *actio libera in causa*. A pesar de que dicha fórmula esté arraigada al ámbito de la doctrina penal, creemos que su significado es extrapolable al rechazo del apoyo, pues una cosa es que una persona rechace el apoyo porque, desde su nacimiento, su enfermedad y la merma de sus facultades intelectivas y cognitivas le impidiera ser consciente de ella y los problemas que tendría, estando en una situación de desigualdad respecto al resto y quedando, incluso, al albur del engaño de terceros, y otra cosa es que el rechazo del apoyo provenga de una persona que, a pesar de su discapacidad, tenía o tiene las suficientes facultades para conocer el estado de degradación personal al que llegaría o en el que está inmersa, colocándose, en uso de su autonomía de la voluntad, en dicha situación. Si, en este último caso, el Juez constituyera una medida de apoyo, el Derecho adquiriría un cariz extraordinariamente paternalista que supondría, a la postre, un recorte de la libertad de las personas con discapacidad que, a pesar de su enfermedad, pueden actuar con autonomía y ser acreedoras del derecho a equivocarse.

Dicho con otras palabras, habrá que analizar si la negativa de la persona con discapacidad a la provisión de apoyo se debe a una manifestación, anterior o coetánea al debate, de libre voluntad, pues si la negativa se debe a una influencia indebida o a un desconocimiento absoluto de la situación en la que se encuentra y de las consecuencias que podrá acarrear[6], el Derecho no debe seguir la técnica del avestruz, siendo loable, en determinados supuestos, la provisión de medidas de apoyo a pesar del rechazo de la persona que las precisa.

Evidentemente, los dos ejemplos sacados a colación no agotan todas las heterodoxas situaciones que se pueden dar en la práctica forense, pero, a nuestro juicio, coadyuva a ofrecer una radiografía del cambio de paradigma, pues donde antes el fundamento de la incapacitación residía en la función tuitiva del Derecho en relación a aquellas personas que, por una anomalía o alteración psíquica, no tenían capacidad de gobernarse a sí mismas (*vid*. art. 199 y 200 CC conforme a la redacción anterior a la LAPCD), siendo el único faro del operador jurídico el interés objetivo del incapacitado, sin importar su voluntad o anhelos, ahora los operadores jurídicos deberán hacer un arduo ejercicio de equilibrismo y ponderación, a tenor de las circunstancias de cada caso, que permita conciliar la autonomía y libertad de las personas con discapacidad con la salvaguarda de su dignidad personal[7]. Esta tesis conlleva, inexorablemente, a descartar dar una

6 Así lo sostuvo la STS 6 mayo 2021 (RJ 2021, 2381), que estimó necesario "determinar que la voluntad manifestada no esté mediatizada por el propio curso de la enfermedad que se padece, fuente de la necesidad de apoyo".

7 Sancho Gargallo, I.: "El juez en el nuevo sistema de apoyos", en AA.VV.: *El ejercicio de la capacidad jurídica por las personas con discapacidad tras la Ley 8/2021, de 2 de junio* (dirs. M. Pereña Vicente y Mª M. Heras Hernández, y coord. M. Núñez Núñez), Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, p. 64, dice que aunque la LAPCD no juegue el mismo papel que sí se reconoce expresamente, respecto a los menores, al interés superior del menor, el Juez no podrá prescindir totalmente de aquel interés en el apoyo, "aunque sólo

solución *in genere* en los expedientes o procedimientos de provisión de apoyo desligada de las vicisitudes del supuesto concreto.

5. Problemas de Derecho transitorio que plantean los procesos de crisis matrimonial incoados antes de la entrada en vigor de la LAPCD.

Si volcamos la mirada en la SAP Cantabria 14 febrero 2022, podemos observar lo siguiente: (i) cuando el padre presentó la demanda de modificación de medidas el hijo con discapacidad aun era menor de edad, no habiendo entrado en vigor la LAPCD; (ii) la sentencia de primera instancia desestimando la modificación de medidas se dictó el 5 de abril de 2021, fecha en la que el hijo, probablemente, había alcanzado la mayoría de edad; (iii) cuando el padre interpuso recurso de apelación todavía regía la regulación anterior a la LAPCD; (iv) La LAPCD entró en vigor el día el 2 de septiembre de 2021, en el ínterin entre la interposición del recurso de apelación y la resolución del mismo.

Con estos datos, nos tenemos que plantear, al estilo socrático, la siguiente cuestión: ¿Procedía que el Tribunal *ad quem* se planteara la pertinencia de establecer medidas de apoyo respecto al hijo mayor de edad con discapacidad en la segunda instancia? A nuestro juicio no, porque la *dictio legis* del segundo párrafo del art. 91 CC prevé el debate de las medidas de apoyo del hijo menor de edad y mayor de dieciséis años "al tiempo de la nulidad, separación o divorcio", excluyendo los procesos de modificación de medidas, sin que pueda abogarse aquí por una interpretación extensiva. No obstante, si se abogara por un planteamiento consistente en que los procesos de modificación de medidas podrían ser subsumidos en el art. 91 CC, existen otros argumentos que avalarían nuestra tesis en torno a que la Audiencia Provincial de Cantabria no debería haber entrado en el debate de las medidas de apoyo.

El segundo párrafo del art. 91 CC prevé que el Juez podrá determinar las medidas de apoyo en relación al hijo común mayor de dieciséis años con discapacidad. Prosigue el precepto diciendo que, en tal caso, se le tendrá que dar audiencia al menor de edad. Como se ha dicho, el fundamento del artículo es evitar un paréntesis entre las funciones inherentes a la patria potestad y las medidas de apoyo que pudiese precisar el hijo menor de edad, infiriéndose que, extinta la patria potestad e incoado un proceso de nulidad, separación o divorcio con un hijo mayor de edad, se deberá incoar un expediente de jurisdicción voluntaria independiente para dotar al hijo mayor con discapacidad de las medidas de apoyo, si fueren necesarias, estando vetado que el Juez, en la crisis matrimonial, se pronuncie sobre las mismas, ya que la posibilidad que prevé el art. 91 CC es

sea para la determinación de las salvaguardias a la que hace referencia el art. 12.4 de la Convención y que estrechamente ligadas a la provisión de apoyos".

aplicable cuando en el matrimonio existe un hijo con discapacidad con una edad entre dieciséis y dieciochos año. Dicho de otro modo, aunque el hijo mayor de edad con discapacidad dependa o conviva con algunos de los progenitores, es inviable que el Juez dote al mismo de medidas de apoyo en el proceso de nulidad, separación o divorcio, dada cuenta que el establecimiento de las medidas quedaría extramuros de la *ratio* del segundo párrafo del art. 91 CC, que no es otro, como se ha dicho, de dar continuidad, sin interrupción, al apoyo que pudiere precisar el hijo menor de edad cuando alcance la mayoría de edad.

Además, tampoco cabría sostener el establecimiento de medidas de apoyo en el caso analizado en virtud de la disposición transitoria quinta de la LAPCD. La citada disposición establece que "los procesos relativos a la capacidad de las personas que se estén tramitando a la entrada en vigor de la presente Ley se regirán por lo dispuesto en ella, especialmente en lo que se refiere al contenido de la sentencia, conservando en todo caso su validez las actuaciones que se hubieran practicado hasta ese momento". Si leemos el extracto *ad pedem litterae* podemos ver que se refiere a los procesos relativos a la capacidad de las personas, no a otros procesos como el de crisis matrimonial y, *ad abundantiam*, y relacionándolo con el anterior párrafo, precisamente someter el proceso que desembocó en la SAP Cantabria 14 febrero 2022 a la nueva regulación es lo que conduce a afirmar la imprecisión técnica que late en la resolución comentada, pues, alcanzada la mayoría de edad por el hijo con discapacidad que convivía con la madre, el debate en torno a las medidas de apoyo que pudiese necesitar debió transitar por el procedimiento *ad hoc* que al efecto prevé la LJV. Es decir, el emplazamiento conferido a las partes a fin de que evacuaran alegaciones por la entrada en vigor de la LAPCD podría haber sido loable, sin perjuicio de la matización que luego realizaremos, si el hijo con discapacidad, interpuesto el recurso de apelación, fuese menor de edad y mayor de dieciséis años, en cuyo caso la Audiencia Provincial, si fuese solicitado por alguna de las partes, podría haber contemplado medidas de apoyo si, como veremos posteriormente, la guarda de hecho que tenía la madre no se estaba ejerciendo correctamente, ya que, funcionando la medida de apoyo informal, el establecimiento de una medida de apoyo de origen judicial carecería de razón de ser.

En tercer lugar, y no menos importante, la *dictio legis* del segundo párrafo del art. 91 CC prevé el debate de las medidas de apoyo del hijo menor de edad y mayor de dieciséis años "al tiempo de la nulidad, separación o divorcio", excluyendo los procesos de modificación de medidas, sin que pueda abogarse aquí por una interpretación extensiva.

Ergo, teniendo en cuenta que el hijo no fue incapacitado durante su minoría de edad, descartándose así la existencia de una patria potestad prorrogada nacida

bajo el régimen anterior, y que el hijo estaba a merced de la guarda de hecho ejercida por la madre, el debate en torno a las medidas de apoyo a favor del hijo mayor con discapacidad en el proceso de modificación de medidas era inocuo y estéril.

III. NO ES EQUIPARABLE LA GUARDA DE HECHO DE LA PERSONA MAYOR DE EDAD CON DISCAPACIDAD CON LA GUARDA Y CUSTODIA.

El leitmotiv de la sentencia es la continua equiparación de la guarda de hecho del hijo mayor de edad con discapacidad con la guarda y custodia, siendo hasta tal punto así que la Audiencia cita, en la empresa de motivar el fallo, jurisprudencia del Tribunal Supremo que hilvana el régimen de guarda y custodia compartida con el interés del menor. A fin de patentar en este trabajo el defectuoso planteamiento técnico de la sentencia, aportaremos unas notas sobre la derogación de la patria potestad prorrogada y rehabilitada y la actual guarda de hecho.

1. Derogación de la patria potestad prorrogada y rehabilitada.

La patria potestad prorrogada y rehabilitada ha sido derogada del art. 171 CC. No vamos a entrar, por mesura expositiva, en la arquitectura que tenía la función tuitiva cuando el hijo mayor de edad había sido incapacitado, pero sí tenemos que deparar en el significado polisémico que alberga el legislador respecto al concepto de la familia. La Exposición de Motivos de la LAPCD reza en su apartado tercero que la otrora patria potestad prorrogada y rehabilitada se había visualizado como "figuras demasiado rígidas y poco adaptadas al sistema de promoción de la autonomía de las personas adultas con discapacidad". Evidentemente, estamos de acuerdo con dicha aseveración, pues la representación legal que tenían los progenitores al amparo del art. 154.2º CC es incompatible con la Convención Internacional de las Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad, aprobada en Nueva York en 2006 (CDPD)[8]. Lo que nos llama la atención del legislador patrio es el siguiente pasaje: "Conviene recordar que *las nuevas concepciones sobre la autonomía de las personas con discapacidad ponen en duda que los progenitores sean siempre las personas más adecuadas para favorecer que el hijo adulto con discapacidad logre adquirir el mayor grado de independencia posible* y se prepare para vivir en el futuro sin la presencia de sus progenitores, dada la previsible supervivencia del hijo", añadiendo posteriormente que la patria potestad prorrogada y rehabilitada podía ser inoperante cuando los progenitores llegaren a la ancianidad.

8 Martínez Rodríguez, N.: "Discapacidad y Derecho de Familia. Nuevos principios, nuevas normas", cit., p. 334.

Dejando al margen la última parte, el legislador vierte sobre el papel una sospecha sobre la familia, en concreto, sobre uno de los vínculos familiares más estrechos, subrayando que el parentesco paternofilial puede impedir que la persona necesitada de apoyo alcance la máxima autonomía e independencia posible. No negamos la mayor. Sin embargo, lo que no secundamos es la apología maquiavélica y a la carta de la familia de la que se sirve la LAPCD, pues, por un lado, pone en duda el papel que pueden tener los progenitores en la autonomía de la persona con discapacidad, y por otro, dibuja una oda a la familia en la empresa de justificar la "institucionalización" de la guarda de hecho. Lo expuesto se puede comprobar viendo el texto del mismo apartado de la Exposición de Motivos, donde el legislador, refiriéndose a la guarda de hecho, dice lo siguiente: "Conviene destacar el reforzamiento de la figura de la guarda de hecho, que se transforma en una propia institución jurídica de apoyo, al dejar de ser una situación provisional cuando se manifiesta como suficiente y adecuada para la salvaguarda de los derechos de la persona con discapacidad. *La realidad demuestra que en muchos supuestos la persona con discapacidad está adecuadamente asistida o apoyada en la toma de decisiones y el ejercicio de su capacidad jurídica por un guardador de hecho –generalmente un familiar, pues la familia sigue siendo en nuestra sociedad el grupo básico de solidaridad y apoyo entre las personas que la componen, especialmente en lo que atañe a sus miembros más vulnerables*–, que no precisa de una investidura judicial formal que la persona con discapacidad tampoco desea".

Parangonando los pasajes de la Exposición de Motivos transcritos, podemos ver, sin demasiada complejidad, que el legislador, por un lado, encumbra a la familia a fin de destacar las bondades de la guarda de hecho y, por otro lado, en el ámbito de la supresión de la patria potestad prorrogada y rehabilitada, siembra sobre el papel la duda del rol que puede desempeñar esta para garantizar la autonomía de la persona con discapacidad[9]. Dicho en otras palabras, por un lado sale el sol y por el otro la luna.

Retomando el análisis técnico de la derogación de las citadas instituciones tuitivas, como dijimos *ab initio* de este apartado, nos adherimos al planteamiento de que la patria potestad prorrogada y rehabilitada responde a unos postulados incompatibles con la CDPD. Así se pronunció, antes de la entrada en vigor de la

9 No está en la justificación de la supresión de la patria potestad prorrogada y rehabilitada la única suspicacia que levanta el legislador sobre la familia; también la podemos ver en la reforma del art. 665 CC que, implícitamente, parece que excluye el apoyo que puede dispensar un familiar a una persona con discapacidad a la hora de otorgar testamento, consagrando el "apoyo institucionalizado" del Notario, a pesar de que, a nuestro juicio, la arquitectura de sus funciones se adhiere más a la del asesoramiento técnico y guardián de los posibles defectos o vicios de la voluntad, aunque el concepto de apoyo se contemple en sentido amplio (*vid*. segundo párrafo apartado tercero de la Exposición de Motivos de la LAPCD). Lo dicho se confirma si deparamos en que, pese a la nueva dicción del art. 665 CC, la presunta función del Notario de proveer apoyo a la persona con discapacidad no ha sido cristalizada por la Ley del Notariado ni por el cuerpo reglamentario.

LAPCD, el Tribunal Supremo, pudiendo citarse la STS 20 octubre 2014[10], que, en un supuesto de un hijo mayor de edad con deficiencia visual e inteligencia *bordeline* que realizaba actos incardinables en la suprimida prodigalidad, rechazó, previa incapacitación, la rehabilitación de la patria potestad, por oponerse a las medidas de apoyo de la CDPD. *Ratio decidendi* que ratificó la STS 4 noviembre 2015[11]. Debe tenerse en cuenta que la patria potestad, más allá de la mayoría de edad, puede tener el mismo esqueleto normativo que la patria potestad ejercida sobre los hijos menores de edad, siendo el deber paterno de representar a los hijos incompatible con el carácter de *ultima ratio* que confiere a la LAPCD a las medidas de apoyo con facultades de representación.

Cabe plantearse ahora qué sucederá con aquellos progenitores que, incapacitado el hijo, estaban desempeñando la patria potestad prorrogada o rehabilitada conforme al régimen anterior. La disposición transitoria segunda de la LAPCD establece que "quienes ostenten la patria potestad prorrogada o rehabilitada continuarán ejerciéndola hasta que se produzca la revisión a la que se refiere la disposición transitoria quinta". La disposición transitoria quinta, a la que se remite y ya citada en este trabajo, dispone que los progenitores que ostenten la patria potestad prorrogada o rehabilitada "podrán solicitar en cualquier momento de la autoridad judicial la revisión de las medidas que se hubiesen establecido con anterioridad a la entrada en vigor de la presente Ley, para adaptarlas a esta", revisión que deberá producirse "en el plazo máximo de un año desde la solicitud".

Como podrá verse, la previsión de dicha solicitud por los progenitores es potestativa, tal y como denota el uso del verbo "podrán". Por ello, en caso de que no se haya formulado la revisión a instancia de parte, el segundo párrafo de la citada disposición transitoria quinta establece que "la revisión se realizará por parte de la autoridad judicial de oficio o a instancia del Ministerio Fiscal en un plazo máximo de tres años".

Lógicamente, no es arriesgado vaticinar que, atendiendo al estado actual de la administración de justicia, el cumplimiento del plazo de tres años se contemple como una entelequia, quedando la adaptación del nuevo sistema a la responsabilidad y bonhomía de los progenitores.

En el escenario de que se revisara la patria potestad prorrogada o rehabilitada de oficio o a instancia de parte, creemos que si los progenitores están dispensando al hijo con discapacidad el apoyo que precisa mediante una guarda de hecho, la constitución de una curatela carecería de razón de ser, *ex* art. 269 CC[12]. Sin

10 STS 20 octubre 2014 (RJ 2014, 5610).

11 STS 4 noviembre 2015 (RJ 2015, 5138).

12 No es unánime este planteamiento en el seno de los Juzgados, pudiendo citarse la SJPI Massamagrell 21 septiembre 2021 (JUR 2022, 43252), que, existiendo una guarda de hecho, constituyó una curatela con

embargo, no es este el planteamiento por el que ha transitado la reciente SAP Pontevedra 21 septiembre 2021[13]. El Juzgado *a quo*, previa incapacitación de una hija mayor de edad, rehabilitó la patria potestad a favor de la madre; la hija interpuso recurso de apelación oponiéndose a la incapacitación total y el Tribunal adaptó la privación de la capacidad de obrar a los postulados de la LAPCD. Pese a que el último párrafo del fundamento de derecho segundo constata que la madre convivía con la hija y que la convivencia entre ambas no presentaba problemas, la Audiencia constituyó una curatela nombrando a la madre como curadora, pese a afirmar que esta "viene realizado de forma satisfactoria las funciones de apoyo que ahora se le atribuyen formalmente".

No compartimos ni el fallo ni de la fundamentación de la citada sentencia, pues, si la cobertura del apoyo gravitaba en torno a la guarda de hecho, que funcionaba correctamente, la constitución de una medida judicial de apoyo como la curatela sería, a nuestro juicio, improcedente[14].

Por otro lado, quizás sea de perogrullo afirmar que, extinta la patria potestad prorrogada y rehabilitada, conceptos tales como guarda y custodia monoparental o guarda y custodia compartida carecen de razón de ser respecto al hijo mayor de edad con discapacidad, pues, cuando se extingue la patria potestad, la guarda y

facultades de representación respecto a una persona que padecía alzhéimer y convivía con el hijo, quien ejercía la guarda de hecho, reconociendo el mismo y los parientes que la guarda de hecho funcionaba correctamente.

13 SAP Pontevedra 21 septiembre 2021 (JUR 2021, 366000).

14 En la doctrina, Otero Crespo, M. y García Fernández, J.: "Artículo 91. II", cit., p. 121, han manifestado que en un proceso de crisis matrimonial donde exista un menor con discapacidad mayor de dieciséis años no tendrá que activarse necesariamente el mecanismo del art. 91 CC si se prevé que este, cuando llegue a la mayoría de edad, se le dispensará el apoyo que precise mediante una guarda de hecho. Parece que también aboga por esta tesis Ruiz-Rico Ruiz, J.M.: "Las medidas de apoyo a la discapacidad. Sistema general (II): La guarda de hecho de los discapacitados. Su comparación con la guarda de hecho de los menores", en AA.VV.: *La reforma civil y procesal en materia de discapacidad. Estudio sistemático de la Ley 8/2021, de 2 de junio* (dirs. Y. De Lucchi López-Tapia y A. J. Quesada Sánchez, coord. J. M. Ruíz-Rico Ruiz), Atelier, Barcelona, 2022, p. 284. En el ámbito de los Juzgados y Tribunales, desde la publicación de la LAPCD, hay resoluciones que han rehusado constituir una curatela cuando existe constancia de la vigencia de una guarda de hecho que está funcionado correctamente. Puede verse la SJPI Sevilla 27 septiembre 2021, que desestima la constitución de una curatela porque una anciana estaba siendo atendida correctamente por su hija (en el mismo sentido la SJPI Jaén 22 septiembre 2021 y la SJPI Córdoba 30 septiembre 2021). No obstante, no se se trata de una exégesis consolidada en la práctica forense, habiéndose dictado resoluciones que, pese la previa existencia de una guarda de hecho, han constituido una curatela en atención a la enfermedad que padecía la persona con discapacidad, otorgándole al apoyo facultades de representación. Nos remitimos, *ad exemplum*, a la SJPI Massamagrell 21 septiembre 2021, que constituyó una curatela con facultades de representación que abarcaba el ámbito personal y patrimonial respecto a una persona con alzhéimer que tenía anuladas sus facultades. Pese a reconocerse en el acto de la vista que el hijo era quien atendía correctamente al padre, el Juzgado rehusó la posibilidad de desestimar la continuación de la guarda de hecho y sujetó al padre a una curatela. Mismo designio fue el de la SJPI Tafalla 23 noviembre 2021, que, ante una persona con alzhéimer que estaba bajo la guarda de hecho de su sobrina que le dispensaba apoyo "de una forma adecuada y atendiendo a los intereses y deseos de la misma", constituyó una curatela, nombrando curador a su sobrina con facultades de representación. Por la misma singladura transitó la más reciente SAP Valencia 19 enero 2022 (JUR 2022, 100763), nombrando en este caso curador al marido de la persona con discapacidad.

custodia, que tiene como presupuesto ontológico la función tuitiva inherente a la relación parental, corre la misma suerte[15].

No obstante, no fue esta la óptica de la sentencia que analizamos, identificando la guarda de hecho con la guarda y custodia, a pesar de que, para más inri, no constaba que el hijo mayor de edad con discapacidad estuviere bajo la patria potestad prorrogada de los progenitores, toda vez que no se hace mención a ningún proceso previo de incapacitación durante la minoría de edad. Expone el fundamento de derecho cuarto de la sentencia que la madre, habiendo alcanzado el hijo la mayoría de edad y necesitado de apoyo, ejerce la guarda de hecho del hijo, mientras que el padre ha ejercitado el derecho a visitarlo, comunicarse con él y tenerlo en su compañía. El problema surge en el segundo apartado del citado fundamento, donde el Tribunal identifica la guarda de hecho, que es una medida de apoyo, con la guarda y custodia, que representa una concreción de la función tuitiva de la responsabilidad parental: "El recurrente pretende, ya en exclusiva, en su recurso, que se le reconozca un régimen de guarda compartida, de suerte que esta sería la medida principal de apoyo en relación con su hijo"; a renglón seguido la sentencia se remite a la jurisprudencia para ilustrar sobre los presupuestos del régimen de guarda y custodia compartida, que se fundamenta en el interés del menor, no en el interés de la persona con discapacidad; finalmente, desestimando la petición del padre, dice, remitiéndose al informe forense, que "no informa, a entender de la Sala, sobre la conveniencia de un concreto régimen de guarda compartida (…) La concreta definición del plan de custodia compartida, como plan de parentalidad exigible al padre, no poder considerar que existe con suficiente garantía de éxito".

Se infiere de la sentencia que, si a juicio del Tribunal, el padre hubiese demostrado la conveniencia de lo que denominaron "guarda compartida", esta se habría concedido, aunque, paradójicamente, el modelo de guarda y custodia en relación a los hijos mayores de edad, tributario de la patria potestad prorrogada y rehabilitada, pasó a mejor vida.

Como no podía ser de otro modo, no compartimos la *ratio decidendi* de la sentencia. El Tribunal, en este caso, acreditada que la guarda de hecho de la madre se estaba ejerciendo correctamente, debería haber rehusado cualquier disertación sobre la presunta guarda y custodia compartida. Si el apoyo lo estaba dispensando la madre, el Tribunal, adaptando la pretensión a la LAPCD, debería haber jalonado su fundamentación, a lo sumo, en el régimen de comunicación que se le pudiere otorgar al padre *ex* art. 94 CC, el cual sería de geometría variable al albur de las circunstancias del caso. Por ello, censuramos que, a día de hoy, se

15 Delgado Sáez, J.: *Guarda y custodia compartida. Estudio de la realidad jurídico-práctica española*, Reus, Madrid, 2020, p. 17.

maneje el concepto de "guarda y custodia" al tratar de la guarda de hecho de los progenitores sobre el hijo mayor de edad con discapacidad, ya que, derogada la patria potestad prorrogada o rehabilitada, la guarda y custodia de los hijos mayores de edad debe correr la misma suerte, constituyendo un reduccionismo que atentaría contra la CDPD identificar la guarda y custodia, que se sustenta en el interés del menor, con la guarda de hecho, cuyo faro es la provisión de apoyo según la voluntad, deseos y preferencias de la persona con discapacidad.

Planteado de otro modo, aunque las medidas de apoyo puedan albergar facultades de representación, estas deberán ejercitarse, como regla general, reconstruyendo la voluntad de la persona con discapacidad a tenor de su trayectoria vital, de modo que el apoyo deberá optar por la decisión que habría adoptado la persona a la que se le dispensa apoyo, siendo la excepción, como explicaremos posteriormente, el interés de la persona con discapacidad, en aquellos casos donde la persona, aquejada de una discapacidad grave desde su nacimiento, no haya tenido una trayectoria vital ligada al principio de la autonomía de la voluntad. En cambio, en el ámbito de la patria potestad, la guía de los progenitores en el ejercicio de la representación legal que le confiere el art. 154.2º CC será el interés superior del menor[16], aun cuando pueda ser objeto de valoración la personalidad del hijo[17].

2. La configuración de la guarda de hecho a raíz de la LAPCD.

Aclarado que conceptos tales como guarda y custodia no pueden hilvanarse con el hijo mayor de edad con discapacidad, cabe despejar la incógnita que late en torno a la posible asimilación de la guarda y custodia con la institucionalizada guarda de hecho.

A) La mal llamada guarda de hecho.

Dispone el art. 250 CC que las medidas de apoyo para el ejercicio de la capacidad jurídica son, además de las de naturaleza voluntaria, la guarda de hecho, la curatela y el defensor judicial, diciendo el cuarto párrafo que la guarda de hecho "es una medida informal de apoyo que puede existir cuando no haya medidas voluntarias o judiciales que se estén aplicando eficazmente". Como expone la Exposición de Motivos de la LAPCD, la guarda de hecho se ha reforzado, convirtiéndose en una institución jurídica de apoyo que no tiene que ser provisional y que no precisa de una investidura formal.

16 Vivas Tesón, I.: "Curatela y asistencia", cit., p. 281.

17 El art. 268 CC, según la redacción vigente antes de la entrada en vigor de la LAPCD, ponía también en valor el pasado del pupilo en el ejercicio de la tutela, disponiendo que los tutores ejercerían su cargo de acuerdo con la personalidad de aquellos.

En el ámbito de la doctrina, Pérez Mongue, partiendo de la regulación de la guarda de hecho que albergaba el Anteproyecto, la ha definido como "el ejercicio, con respecto a menores o personas que pudieran precisar de una institución de protección y apoyo, de funciones propias de instituciones tutelares, con carácter de generalidad y permanencia, de su custodia o protección, o de administración de su patrimonio o gestión de sus intereses por personas que no son tutores, curadores ni defensores judiciales"[18]. No compartimos, en absoluto, dicha definición, en tanto en cuanto efectúa una especie de equiparación entre la guarda que una persona puede ejercer en relación a un menor y la que pudiere desempeñar respecto a una persona con discapacidad. Manejar conceptos tales como protección, custodia o funciones tutelares en relación a la persona con discapacidad constituye una suerte de reduccionismo que atenta contra los postulados de la CDPD, toda vez que, en numerosos casos, a la persona con discapacidad no hay que protegerla, sino dotarla de los suficientes apoyos a fin de que, en el ejercicio de su capacidad jurídica, pueda actuar y desenvolverse con autonomía, libertad e independencia[19]. Solo en casos excepcionales donde la persona provista de apoyo no pueda conformar ni exteriorizar ninguna voluntad, o, pudiendo conformarla, el rechazo del apoyo está ligado a su enfermedad, entrará en juego la función tuitiva o, dicho de otro modo, el interés objetivo de la persona con discapacidad. Más adelante profundizaremos en este punto.

Prima facie, parece que el legislador patrio secunda el planteamiento que hemos expuesto, toda vez que ha articulado una reforma a fin de adaptar el ordenamiento jurídico a los principios de la CDPD; no obstante, yerra a la hora de tipificar el *nomen iuris* de algunas medidas de apoyo, como la guarda de hecho, dada cuenta que parte de la primigenia denominación y de unos planteamientos en relación a las personas con discapacidad que, en teoría, ya han sido superados[20]. Si nos remitimos a la RAE podemos ver que el término "guarda" se identifica con

18 Pérez Monge, M.: "La guarda de hecho a partir del nuevo paradigma de la Convención", en AA.VV.: *Principios y preceptos de la reforma legal de la discapacidad. El Derecho en el umbral de la política* (dir. P. A. Munar Bernat), Marcial Pons, Madrid-Barcelona-Buenos Aires-Sao Paulo, 2021, p. 248. Dicha definición sería loable, a nuestro juicio, a tenor de la regulación de algunos Derecho forales, no adaptados a los postulados de la CDPD, como el art. 159.1 del Código del Derecho Foral de Aragón (CDFA), que asigna al guardador de hecho el deber de cuidar de la persona protegida y a realizar los actos de administración de sus bienes que sean necesarios" o el art. 225-3 del Código civil de Cataluña (CCCat), que contempla que el guardador de hecho "debe cuidar de la persona en guarda y debe actuar siempre en beneficio de esta". En la misma línea que Pérez Monge, puede verse Berrocal Lanzarot, A.I.: "La guarda de hecho como medida de apoyo a las personas con discapacidad en el proyecto de ley 121/000027", *La Ley Derecho de familia*, núm. 29, 2021., p. 9, para quien la guarda de hecho da satisfacción a las necesidades cotidianas que se plantean en el cuidado y atención de menores y personas mayores.

19 El concepto de guarda de hecho que propone Leciñena Ibarra, A.: "Comentario al artículo 263 del Código Civil", en AA.VV.: *Comentarios a la Ley 8/2021 por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad* (dir. C. Guilarte Martín-Calero), Aranzadi, Pamplona, 2021, p. 652, nos parece más acertado conforme a su regulación actual, definiendo el guardador de hecho no como una persona que cuida y protege a la persona con discapacidad, sino que la *asiste* de manera espontánea y por iniciativa propia, sin ningún tipo de investidura formal, con carácter de estabilidad y de permanencia.

20 Misma idea late en el trabajo de Donado Vara, A.: "Humanización de la justicia: retos procesales en los procesos de familia. La judicialización de la guarda de hecho bajo el nuevo paradigma de la discapacidad", *La Ley Derecho de familia*, núm. 33, 2022, p. 12, que considera que debería haberse prescindido del término

el verbo guardar en su segunda acepción. Dicho verbo se relaciona con "tener cuidado de algo o de alguien, vigilarlo y defenderlo" (primera acepción). El término guarda, y, más concretamente, guarda de hecho, sugiere una convivencia, en la que el guardador protege y vigila a la persona con discapacidad[21]. Dicha denominación podría ser loable en el ámbito de la guarda de hecho de los menores de edad (art. 237 CC), toda vez que el menor está bajo la protección de un tercero a quien se le puede atribuir funciones tutelares, pero no en el ámbito del apoyo que precisa una persona con discapacidad[22].

Pongamos un ejemplo: una persona con discapacidad precisa de apoyo para determinados actos patrimoniales, habida cuenta de que no posee las suficientes facultades intelectivas y cognitivas para actuar con total independencia en determinados ámbitos. A pesar de ello, la persona con discapacidad posee la suficiente capacidad para tener una vida autónoma, no precisando de ayuda para el vestido, el aseo u otras actividades diarias. Un amigo o allegado, que no convive con él, es la persona que le ha prestado apoyo de manera informal cuando ha tenido que perfeccionar un acto o negocio jurídico. En este escenario ¿Sería correcto afirmar que el amigo o allegado de la persona con discapacidad le dispensa apoyo bajo una guarda de hecho? Valorando que se está dispensando el apoyo de modo informal y de facto, no existiendo ninguna medida de apoyo

de *guarda de hecho*, ya que "responde a una esencia obsoleta ligada a la protección de la persona y no a su apoyo".

21 Interesante son las reflexiones de De Salas Murillo, S.: "Significado jurídico del apoyo en el ejercicio de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad: presente tras diez años de la Convención", *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 5, 2018, p. 15, que, en nuestra opinión, sirve de asidero para la tesis que manejamos en torno al error del legislador a la hora de bautizar como "guarda de hecho" la medida informal de apoyo: "*apoyo* denota protagonismo y cierta dosis de autonomía por parte del que lo recibe, frente a *guarda*, que parece transparentar una relación desigual de fuerzas entre el que guarda y el que es guardado". Solé Resina, J.: "Apoyos no formalizados al ejercicio de la capacidad jurídica", en AA.VV.: *Un nuevo orden jurídico para las personas con discapacidad* (dirs. G. Cerdeira Bravo de Mansilla, M. García Mayo, y coords. C. Gil Membrado, J.J. Pretel Serrano), Wolters Kluwers, Madrid, 2021, p. 390, también crítica la elección del legislador respecto al nombre de la medida informal de apoyo, diciendo que "la nueva regulación nace con el vicio de concebir la guarda de hecho como una actividad de protección –y digo bien, de protección, que no de apoyo-".

22 La censura vertida sobre la denominación de la guarda de hecho es extensible a la curatela. Como dice la Exposición de Motivos de la LAPCD, el origen de la curatela es el "cuidado" [Pau, A.: "El principio de igualdad y el principio de cuidado, con especial atención a la discapacidad", *Revista de Derecho Civil*, vol. VII, núm. 1 (enero-marzo, 2020), p. 18, mencionó que en la propuesta de la LAPCD se tuvo especial interés en conservar el nombre de "curador", que quiere decir cuidador]. El legislador explica que el propio significado de la palabra revela la finalidad de la institución, que es de "asistencia, apoyo, ayuda en el ejercicio de la capacidad jurídica". Sin embargo, el sentido etimológico del vocablo *cuidar* revela, siguiendo la segunda acepción de la RAE, que se identifica con "asistir, guardar y conservar". Si uno de los fines de la CDPD es promover la vida independiente y autónoma de las persona con discapacidad (art. 19), aunque necesiten de apoyo en el ejercicio de la capacidad jurídica, no cohonesta con el nuevo paradigma el *nomen* de la curatela, pues la persona con discapacidad no necesariamente debe ser cuidada, conservada o estar bajo la guarda de un tercero, sino que tiene que ser objeto de un apoyo que le ayude y promueva, en la medida de lo posible, su plena inclusión en la sociedad y a tener una vida autónoma e independiente. En este sentido, llama la atención del legislador español, tan celoso por estar a la vanguardia de la nueva singladura de las personas con discapacidad, que parta de desfasadas instituciones a la hora de tipificar las medidas de apoyo que, aunque reformadas, siguen rindiendo tributo, al menos en su denominación, al derogado sistema, pues una cosa es tratar a la persona con discapacidad con cuidado, y otra, bien distinta, es que el apoyo, ya sea el curador o el guardador, tenga que cuidar a la persona con discapacidad.

judicial o voluntaria *stricto sensu*[23], cabría contestar afirmativamente, a tenor del cuarto párrafo del art. 250 CC. Dicho precepto, a nuestro juicio, consagra un concepto de guarda de hecho que no liga con el sentido etimológico del vocablo "guarda", ejerciendo una suerte de *vis atractiva* sobre todo apoyo que no emane, en sentido estricto, de la voluntad de la persona con discapacidad o que no haya sido previsto judicialmente.

Por tanto, para el legislador español tan guarda de hecho es el apoyo que se dispensa a una persona con discapacidad que convive con el guardador, como aquel que, sin convivencia, se le dispensa a la persona que, pese a su discapacidad, es capaz de vivir de manera autónoma e independiente.

B) ¿Es equiparable la guarda de hecho con la guarda y custodia?

Con el ejemplo expuesto es paladino que la guarda de hecho es un concepto totalmente distinto al de guarda y custodia. Sin embargo, los contornos entre ambas pueden ser difíciles de deslindar en determinados casos, a pesar de que el ámbito subjetivo de la primera sea la persona con discapacidad -en algunos supuestos el menor de edad *ex* art. 237 CC- y el de la segunda el hijo menor de edad.

Un supuesto paradigmático es el que analizó la sentencia que comentamos. Aquí, una madre era la que estaba dispensando a su hijo de veinte años con discapacidad el apoyo que necesitaba; el hijo, por su discapacidad y dependencia,

23 Decimos medidas de apoyo voluntarias *stricto sensu* porque no se puede descartar que la guarda de hecho no emane de la voluntad de la persona con discapacidad. Habrá casos donde la guarda de hecho, surgida de facto, no emane de la autonomía de la voluntad de la persona con discapacidad; piénsese en aquellos casos donde una persona con una oligofrenia severa o un alzhéimer avanzado esté recibiendo el apoyo de algún familiar o allegado que, de *motu proprio*, se ha prestado a brindarle toda la ayuda que precisa. Aquí difícilmente se puede concebir el apoyo informal de naturaleza voluntaria, toda vez que la persona con discapacidad, por falta de sus facultades intelectivas, no ha podido conformar y exteriorizar una voluntad en orden a la organización del apoyo. Pero en otros casos, donde hay una discapacidad psíquica moderada, la persona bajo guarda de hecho se puede mostrar conforme con el apoyo informal que está ejerciendo un tercero. En este último caso se puede sostener que la guarda de hecho ha emergido y se está desarrollando de manera voluntaria, pues de lo contrario la persona habría previsto o articulado algún mecanismo en relación al apoyo que precisa. Hilvanando esta breve disertación con aportes doctrinales, para Solé Resina, J.: "Apoyos no formalizados al ejercicio de la capacidad jurídica", cit., p. 388, representa una contradicción del legislador "no definir la guarda de hecho como una medida de apoyo voluntaria" (también para Donado Vara, A.: "Humanización de la justicia: retos procesales en los procesos de familia. La judicialización de la guarda de hecho bajo el nuevo paradigma de la discapacidad", *cit., p. 12,)* explicando que, a su parecer, si la guarda no emana de la voluntad de la persona con discapacidad no puede reconocerse como una medida de apoyo. A nuestro juicio, y conforme a lo expuesto *ab initio* de esta nota, refutamos dicha afirmación lanzando al tablero una *quaestio facti:* Si nace una persona con una oligofrenia equivalente a la idiocia y el apoyo, cuando este alcanza la mayoría de edad, se lo dispensa los padres ¿Se podría afirmar que los progenitores no son guardadores de hecho porque el apoyo no ha emanado de la voluntad de la persona que precisa el apoyo, que, quizás, incluso no posea facultades para dominar un lenguaje articulado? ¿Cómo se calificaría en tal caso el apoyo de los progenitores no mediando una medida voluntaria de las tipificadas por el legislador ni una curatela? Es cierto que si la persona con discapacidad, pese a la merma de sus facultades, puede conformar y exteriorizar su aquiescencia a la guarda de hecho, es obvio que esta medida de apoyo tiene una raigambre voluntaria, pero ello no debe conducir a afirmar que la guarda se debería haber tipificado como una medida de apoyo voluntaria, dada cuenta que, en determinados casos, podrá rendir tributo al apoyo de la persona que lo precisa a pesar de no haber nacido de la autonomía de la voluntad de la persona con discapacidad.

no tenía autonomía, conviviendo su madre con él en la vivienda familiar, mientras que el padre solo tenía, conforme a la sentencia de divorcio, el derecho a visitarlo. Como se verá, la *quaestio iuris* a plantear es la siguiente: ¿En qué se diferencia aquí la guarda de hecho que estaba ejerciendo la madre respecto al hijo mayor de edad con discapacidad de la guarda y custodia que ostentaba cuando era menor de edad? Para contestar a dicha cuestión, nos adentraremos, someramente, en ambos conceptos.

La guarda y custodia es tributaria de la patria potestad, entendida esta como función atribuida a los progenitores por virtud la cual estos deberán, en interés del hijo, velar por él, tenerlo en su compañía, alimentarlo, educarlo y procurarle una formación integral (art. 154 CC)[24], concretándose la guarda y custodia en la facultad que "abarca todos aquellos aspectos del quehacer diario", comprendiendo la alimentación, el cuidado inmediato, la imposición de normas disciplinarias, etc[25]. Además, como apunta Ragel Sánchez, la guarda y custodia exige la convivencia entre el progenitor y el hijo, precisando que la misma debe cumplir el objetivo de protección física y material[26].

Hilvanando lo expuesto sobre la guarda y custodia con el supuesto de hecho de la SAP Cantabria 14 febrero 2022, podemos ver que el hijo mayor con discapacidad con una dependencia severa convivía con la madre en la vivienda familiar, donde esta lo cuidaba y satisfacía sus necesidades más básicas, dado que aquel, por sus limitaciones físicas e intelectivas, no gozaba de independencia. Es cierto que, en casos como este, haya puntos donde, *prima facie*, la guarda y custodia y la guarda de hecho converjan, sin embargo, sería un error equiparar ambas figuras, pues, mientras que el eje de la guarda y custodia es el interés del menor, albergando una función sustancialmente tuitiva, las líneas maestras de la guarda de hecho, como medida de apoyo, deberá atender, no a la protección de la persona con discapacidad, sino a ayudarla y apoyarla en el ejercicio de su capacidad jurídica, procurando que la persona bajo guarda de hecho desarrolle su propio proceso de toma de decisiones y coadyuvando a su autonomía e independencia, a fin de que en el futuro pueda dibujar su propio proceso de formación de voluntad con el menor apoyo posible o, en palabras, del art. 249 CC "permitir el desarrollo pleno de su personalidad y su desenvolvimiento jurídico en condiciones de igualdad".

Expuesto de otro modo, las líneas maestras del apoyo informal se sustentan en pilares distintos a los de la guarda y custodia, dada cuenta que la guarda de hecho

24 Estellés Peralta, P. M.: "La patria potestad en las situaciones de crisis familiar", en AA.VV.: *Las crisis familiares. Tratado práctico interdisciplinar* (dir. J.R. De Verda y Beamonte y coords. P. Chaparro Matamoros y G. Muñoz Rodrigo), Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, p. 145, expone que la patria potestad se concibe como un *officium* subordinado a la defensa prevalente del interés superior del menor.

25 Ídem. p. 147.

26 Ragel Sánchez, L. F.: "La guarda y custodia de los hijos", *Derecho Privado y Constitución*, núm. 15, 2001, p. 289.

no puede, ni debe, como regla general, albergar la aureola protectora y tuitiva inherente a la responsabilidad parental, de lo contrario no superaríamos el sistema paternalista que dibujó el legislador en 1981 cuando cristalizó la patria potestad prorrogada y rehabilitada.

C) ¿El deber de cuidado forma parte de la guarda de hecho?

A veces, coadyuvar a la autonomía e independencia de la persona con discapacidad se vislumbra como una entelequia, por la grave discapacidad que presenta la persona necesitada de apoyo, que puede ser, incluso, de carácter irreversible. El apoyo asistencial en casos extremos puede ser insuficiente, teniéndose que recurrir a un apoyo con facultades de representación. El tercer párrafo del art. 249 CC permite que "en casos excepcionales, cuando, pese a haberse hecho un esfuerzo considerable no sea posible determinar la voluntad, deseos y preferencias de la persona, las medidas de apoyo podrán incluir funciones representativas", debiéndose valorar, en el ejercicio de este apoyo, la trayectoria vital de la personas con discapacidad, en concreto, "sus creencias y valores, así como los factores que ella hubiera tomado en consideración, con el fin de tomar la decisión que habría adoptado la persona en caso de no requerir representación".

Si parangonamos el régimen anterior con el actual, podemos comprobar que donde antes se hablaba del interés del incapacitado, que trataba de dignificar el mejor interés visualizado de manera objetiva, ahora de lo que se trata es de reconstruir o integrar la voluntad de la persona con discapacidad, de modo que el apoyo con facultades de representación no deberá elegir la mejor opción, sino la que habría tomado la persona provista de apoyo conforme a su trayectoria vital[27]. Este *modus operandi* no se aprecia en el ámbito de la patria potestad, habida cuenta que los progenitores, en el ejercicio de la representación que le confiere el art. 154.2º CC, deberá sujetar esta al *favor minoris*.

Es decir, desde el prisma de los principios de la CDPD, las facultades de representación no tienen una fisionomía sustitutiva, sino integradoras, pues la persona que brinda el apoyo de corte representativo no sustituye su voluntad por la de la persona con discapacidad, sino que debe hacer un esfuerzo para averiguar, partiendo de la trayectoria vital, la decisión que habría tomado la persona acreedora del apoyo[28] y, a tal fin, el art. 282 CC, con buen criterio, cristaliza el

27 Torres Costa, E.: *La capacidad jurídica a la luz del artículo 12 de la Convención de Naciones Unidas sobre los derechos de las Personas con Discapacidad*, Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2020, pp. 293, 304 y 305. Barba, V: "Principios generales de las medidas de apoyo en el marco de la convención de Nueva York", cit., p. 83, habla de que "debemos pasar de un modelo inspirado en el *superior interés* de la persona con discapacidad a un sistema inspirado en el *interés preferido* de la persona con discapacidad".

28 En este punto, no estamos de acuerdo con aquellos autores como De Torres Perea, J. M.: "Las medidas de apoyo a la discapacidad (IV) La excepción: La curatela representativa. Casos en que procede. Especialidades del cargo. Régimen jurídico", cit., p. 362, que identifica la curatela representativa con la derogada tutela, pues mientras que en la tutela el tutor tenía que actuar conforme al interés del incapacitado, sustituyendo

deber del curador, extensible a las restantes medidas de apoyo como la guarda de hecho, de "mantener contacto personal con la persona a la que va a prestar apoyo y a desempeñar las funciones encomendadas con la diligencia debida".

Sin embargo, en el supuesto de hecho de la SAP Cantabria 14 febrero 2022 el hijo nació con una grave discapacidad que, probablemente, le impidiera desde la infancia tomar una decisión ligada a su voluntad, pudiéndose afirmar que, en casos como el analizado, donde la persona presenta un deterioro grave de sus facultades intelectivas y cognitivas desde el nacimiento, esta no poseerá una trayectoria vital ligada a la autonomía de la voluntad. En estos escenarios extremos, donde la persona no es capaz *per se* de formar ni expresar ningún tipo de voluntad ni deseo, sería inocuo y estéril hablar de reconstrucción o integración de la voluntad o, en palabras del art. 249 CC, de averiguar la trayectoria vital de la persona con discapacidad y, en concreto, sus creencias y valores a fin de discernir la decisión que esta habría tomado, siendo menester abogar, en vez de por una representación integradora, por una sustitutiva, cuyo eje de coordenadas estaría en el interés superior de la persona con discapacidad[29].

---

su voluntad, en la curatela representativa, como regla general, no hay una sustitución de voluntad, sino una reconstrucción de la voluntad de la persona con discapacidad que, por el deterioro de sus facultades cognitivas e intelectivas, no puede conformarla, sirviendo de asidero para dicha reconstrucción su trayectoria vital. Solo en casos excepcionales, y en ausencia de una trayectoria vital, la medida de apoyo con facultades de representación tendrá un acervo sustitutivo. Por ende, no podemos suscribir aseveraciones como que "la curatela representativa ha venido en cierto grado a ocupar el lugar de la anterior tutela", pues se está haciendo de la excepción la regla general. Vivas Tesón, I.: "Curatela y asistencia", cit., p. 281, arguye, en relación a la curatela y la capacidad decisional de la persona con discapacidad, que "solo de manera muy excepcional es posible su sustitución por una tercera persona, la cual, buena conocedora de la trayectoria vital de la persona con discapacidad, deberá decidir siempre atendiendo a sus criterios, valores y creencias, pese a que no los comparta". El razonamiento, *prima facie*, podría ser compartido en este trabajo, sin embargo, no podemos suscribir que, en casos donde la persona con discapacidad tenga una trayectoria vital ligada a la autonomía de la voluntad, las facultades de representación tengan naturaleza sustitutiva, pues el curador no sustituye su voluntad por la de la persona con discapacidad, sino que integra la de esta al compás de sus creencias, valores y anhelos.

29 La Observación General Primera parece que desconoce los variados matices de la realidad al decir lo que sigue: "Cuando pese a haberse hecho un esfuerzo considerable determinar la voluntad y las preferencias de una persona, la determinación del "el interés superior" debe ser sustituida por la "mejor interpretación posible de la voluntad y las preferencias". Ello respeta los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona, de conformidad con el artículo 12, párrafo 4. El principio del "interés superior" no es una salvaguarda que cumpla con el artículo 12 en relación con los adultos. El paradigma de "la voluntad y las preferencias" debe reemplazar al del "interés superior" para que las personas con discapacidad disfruten del derecho a la capacidad jurídica en condiciones de igualdad". La citada Observación olvida que ciertas personas desde su nacimiento no presentan las aptitudes cognitivas e intelectivas suficientes para formar un deseo o preferencia, careciendo de una trayectoria vital ligada a la autonomía de la voluntad. En estos casos, tal y como sostiene Castán Pérez-Gómez. S.: "La curatela: ¿una nueva institución?", cit., p. 225, debe contarse con un criterio objetivo tendente a la protección de los intereses personales y patrimoniales de la persona con discapacidad. Pau, A.: "De la incapacitación al apoyo: el nuevo régimen de la discapacidad intelectual en el Código Civil", *Revista de Derecho Civil*, vol. V, núm. 3 (julio-septiembre, 2018), p. 9, defiende que cuando la voluntad de la persona con discapacidad no pueda expresarse ni reconstruirse entrará en juego el mejor interés. En la misma senda puede verse Sánchez Gómez. A.: "Reflexiones a propósito del Proyecto de Ley de 17 de julio de 2020 por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica", *Revista de Derecho Civil*, vol. VII, núm. 5 (octubre-diciembre, 2020), pp. 419, 420 y 423; Sánchez Hernández, A.: "Aspectos generales de la reforma del Código Civil relativa a las personas con discapacidad intelectual en el ejercicio de su capacidad jurídica", *Revista Boliviana de Derecho*, núm. 33, enero 2020, p. 23; Pau, A.: "De la incapacitación al apoyo: El nuevo régimen de la discapacidad intelectual en el Código Civil", cit., p. 9; y García Rubio, Mª P. y Moro Almaraz, J.: "Artículo 250", pp. 236 y 237, que, reconociendo que en supuestos graves resultará imposible averiguar

Como quiera que el hijo con discapacidad, a la fecha de los hechos, no dominaba el lenguaje articulado y que la madre, que ejercía la guarda y custodia, devino en guardadora de hecho al alcanzar aquel la mayoría de edad, ejerciendo probablemente facultades de representación sustitutivas, conforme a la clasificación dual de las facultades de representación expuesta *supra* – integradoras y sustitutivas-, nos debemos plantear si, aún así, la guarda de hecho es sustancialmente idéntica a la guarda y custodia preexistente.

A nuestro juicio no, ya que es discutible que el deber de cuidado, propio de la guarda y custodia, sea extensible a la guarda de hecho o a otra medida de apoyo. En la doctrina, García Rubio y Moro Almaraz han afirmado, quizás implícitamente, que el deber de cuidado entra dentro de la arquitectura de la guarda de hecho, diciendo que se adaptaría bien a la medida de apoyo informal la denominación de "cuidador de hecho", por ser el guardador quien viene prestando cuidados a la persona con discapacidad[30]. No podemos compartir este planteamiento en su plenitud, pues a pesar de la denominación de la medida informal de apoyo, criticada más arriba, el núcleo de la guarda de hecho es proporcionar apoyo a la persona con discapacidad en el ejercicio de la capacidad jurídica, no cuidarla. Identificar al guardador de hecho con un "cuidador de hecho", sería tanto como identificar la actual curatela o la guarda de hecho, que generalmente es asistencial (vid. tercer párrafo del art. 269 y art. 264 CC), con la representación, ya que el guardador no tiene porqué cuidar a la persona con discapacidad, sino auxiliarla, sin investidura formal, en determinados ámbitos relacionados con el ejercicio de su capacidad jurídica, toda vez que la persona con discapacidad, en principio, goza de autonomía e independencia, siendo así que solo en casos excepcionales, por la grave merma de sus facultades intelectivas y volitivas, precisará de cuidados para el desarrollo de las actividades diarias; cuidados que, insistimos, no tienen porqué subsumirse en las medidas de apoyo[31].

El lector podría argüir a este planteamiento que el significado que hemos atribuido a la palabra "cuidado" no tiene que identificarse, necesariamente, con la ayuda que precisa la persona con discapacidad en las actividades diarias, como el

---

la voluntad, deseos y preferencias de la persona con discapacidad, porque nunca ha podido interactuar con su entorno, la representación, de carácter general o plena, será sustitutiva.

30 García Rubio, Mª P. y Moro Almaraz, J.: "Artículo 263", cit., p. 298.

31 Solé Resina, J.: "Apoyos no formalizados al ejercicio de la capacidad jurídica", cit., p. 391, parece que acoge este planteamiento, al decir que "el contenido del apoyo de la guarda de hecho suele coincidir con el acompañamiento y cuidado personal de la persona concernida y apoyo en las decisiones en el ámbito de la salud, la formación o el trabajo, en lo que a la esfera personal se refiere. En el ámbito patrimonial, también comporta el apoyo en la toma de decisiones y, a menudo, incluye estrategias que posibilitan a la persona guardadora llevar a cabo gestiones y actos de administración e incluso de disposición en nombre de la persona concernida. Así, la cotitularidad de las cuentas bancarias o autorización de disponer de las mismas facilitan el apoyo" (cursiva nuestra). Obsérvese que dice que "el contenido del apoyo de la guarda de hecho suele coincidir con el acompañamiento o cuidado personal de la persona concernida"; es decir, para la citada autora el contenido de la guarda de hecho, *stricto sensu*, es el apoyo en el ejercicio de la capacidad jurídica, que es distinto del cuidado personal, aunque ambas funciones converjan en la figura del guardador.

aseo, el vestido, la ingesta de alimentos, etc, pudiendo relacionarse, simplemente, con una ayuda o auxilio en el ejercicio de la capacidad jurídica. Cierto es que el verbo "cuidar" tiene varias acepciones en la RAE; la primera, por ejemplo, identifica el verbo con "poner diligencia, atención y solicitud en la ejecución de algo", mientras que la segunda se relaciona con "asistir, guardar y conservar". A tenor de dicha disyuntiva, nos planteamos lo siguiente: ¿A qué acepción se refiere García Rubio y Moro Almaraz cuando afirman que el guardador de hecho podría ser denominado "cuidador de hecho"? O formulado de otro modo, cuándo las autoras identifican al guardador con el cuidador ¿Están afirmado que a aquel le asiste un deber de ayudar a la persona con discapacidad con una dependencia severa en los quehaceres diarios de la vida diaria, más allá de la ayuda que precisa en el ejercicio de su capacidad jurídica *stricto sensu*? Parece que sí, pues disertando sobre el apoyo propugnan una interpretación extensiva a las personas con discapacidad del art. 23.5 CDPD[32], que, a la sazón, cristaliza la obligación de los Estados de hacer "todo lo posible, cuando la familia inmediata no pueda *cuidar* de un niño con discapacidad, por proporcionar atención alternativa dentro de la familia extensa y, de no ser esto posible, dentro de la comunidad en un entorno familiar". Es decir, desde el prisma de las meritadas autoras, cuando la persona con discapacidad no goza de autonomía para las actividades más elementales, el apoyo deberá brindarle los cuidados necesarios, como se los dispensan los progenitores al hijo menor de edad[33].

Como quiera que no compartimos la tesis de que la persona que ejerza la medida de apoyo deba asumir, inexorablemente, el cuidado, aun en supuesto de que la persona con discapacidad lo necesite, aportaremos varios argumentos.

Dice el art. 250 CC *in fine* que "no podrán ejercer ninguna de las medidas de apoyo quienes, en virtud de una relación contractual, presten servicios asistenciales, residenciales o de naturaleza análoga a la persona que precisa el apoyo" [34]. En este contexto, supongamos que hay una persona con discapacidad que tiene un hijo; el padre con discapacidad no tiene autonomía para las actividades de la vida diaria relacionadas con el aseo, el vestido, la alimentación, etc. El hijo, por sus ocupaciones laborales o profesionales, no puede cuidar personalmente a su padre[35] y contrata a un trabajador doméstico o pide una autorización judicial para

32 García Rubio, Mª P. y Moro Almaraz, J.: "Artículo 263", cit., p. 298.

33 En la misma senda se ha pronunciado Pau, A.: "El principio de igualdad y el principio de cuidado, con especial atención a la discapacidad", cit., pp. 18 y 19.

34 Han criticado este precepto García Rubio, Mª P. y Moro Almaraz, J.: "Artículo 250", cit., pp. 225 y 226, quienes abogan por una interpretación correctora de la norma, de modo que si la persona con discapacidad ha contratado los servicios de un tercero para los cuidados que precisa y, a su vez, ha diseñado una medida voluntaria para que el mismo cuidador le dispense apoyo, la prohibición del art. 250 CC *in fine* no sería aplicable. En la misma senda, Gálvez Criado, A.: "La responsabilidad civil en el ámbito de la discapacidad", cit., p. 455.

35 A mayor abundamiento, ni siquiera el cuidado personal puede subsumirse, necesariamente, en el deber de alimentos si el pariente está en una situación de necesidad, al socaire del derecho de opción que asiste

internar a la persona con discapacidad en un centro. La persona con discapacidad precisa de apoyo para el ejercicio de su capacidad jurídica y el hijo es quien se ocupa de las gestiones que tiene que realizar el padre, extendiéndose el apoyo a funciones de índole representativas. Con estos datos, nos debemos plantear lo siguiente: ¿Se podría decir que el hijo no es guardador de hecho porque no es la persona que está cuidando personalmente al padre? Evidentemente no, pues puede ser que aquel sea quien esté ejerciendo la medida de apoyo que precisa su ascendiente para el ejercicio de la capacidad jurídica, de modo que se produce un desdoblamiento entre la guarda de hecho, que es una medida de apoyo en sentido estricto, y la labor de cuidado, siendo así que, precisamente, en el caso expuesto, por imperativo del último párrafo del art. 250 CC, está vetado que la persona física o jurídica que dispensa el cuidado personal a la persona con discapacidad por una relación contractual ejerza el apoyo[36].

Así, aunque el ejercicio del apoyo y la labor de cuidado puedan converger en numerosas ocasiones en la figura del guardador de hecho, es discutible que la labor de cuidado, cuando este es intenso y precisa de convivencia, sea subsumible en la arquitectura de la guarda de hecho o de la curatela, tal y como ha sido

al alimentante en virtud del art. 149 CC, lo que no implica que el alimentista pueda quedar huérfano de los mismos si los precisa y se concurren los presupuestos de la obligación alimenticia. A nuestro juicio, el Derecho no puede imponer a los familiares la obligación de consagrar personalmente su vida a los parientes, por muy estrecho que sea el vínculo consanguíneo. Dicho planteamiento iría en contra del concepto *libertad de acción*, procedente de la doctrina alemana, y que describe Martínez Vázquez de Castro, L.: *El principio de libre desarrollo de la personalidad en el ámbito privado*, Civitas, Madrid, 2010, p. 21 y 22, como "un proyecto de libertad individual de carácter general. Es el individuo el que tiene derecho a decidir libremente su proyecto vital, así como a cambiarlo cuantas veces quiera, e incluso a no tenerlo propiamente". Los familiares tienen el deber, si se cumplen los presupuestos de la obligación de alimentos, de procurar al alimentista todo lo indispensable para "el sustento, habitación, vestido y asistencia médica", pero dicha obligación no la han de cumplir personalmente, como si de una obligación *intuitu personae*, se tratase, sino que pueden recurrir a centro especializados, con la aquiescencia del interesado o a través de resolución judicial, a un tercero, máxime cuando, en muchos casos, las necesidades del alimentista puedan estar mejor cubiertas de este modo. En este sentido, subraya Mondéjar Peña Mª. I.: "La obligación de alimentos entre parientes como medio privado de satisfacción de las necesidades ante los procesos de envejecimiento y de la población española: análisis actual y tendencias de futuro", en AA.VV.: *La protección de las personas mayores* (dir. C. Lasarte Álvarez), Tecnos, Madrid, 2007, p. 343, que el derecho de opción cristalizado en el artículo 149 CC tiene como fundamento hacer menos gravosa la carga impuesta al alimentante, así como el beneficio y conveniencia del beneficiario de alimentos, que es lo que persigue el meritado artículo con la alternativa dejada a aquel, señalando que "hoy en día esta alternativa no siempre ha de verse como un fracaso familiar o una circunstancia negativa, y, cuando el nivel de cuidados sean necesarios en las fases avanzadas de la enfermedad no pueda ser soportado por la familia, la atención profesional en una residencia puede llegar a ser la mejor opción". También puede verse Gómez Valenzuela, M. Á.: "El internamiento de padres y ascendientes como causa de desheredación", *Revista Boliviana de Derecho*, núm. 30, julio 2020, donde diferenciamos entre el deber de respeto inherente a la relación paternofilial y el deber de alimentos, abogando por la tesis de que este último deber no debe implicar que los hijos tengan que cuidar personalmente a los progenitores que estén en una situación de necesidad.

36 El fundamento del precepto es, siguiendo el art. 12 CDPD, que no se ejerzan presiones ni influencias indebidas por el cuidador en la toma de decisiones de la persona con discapacidad que atenúen o anulen su autonomía (Álvarez Lata, N: "Artículos 249 al 253", en AA.VV.: *Comentarios al Código Civil* (coord. R. Bercovitz Rodríguez-Cano), Aranzadi, Pamplona, 2021, p. 474). Aquí el legislador reconoce, implícitamente, que el cuidado es algo bien distinto al apoyo, pues dirigiéndose este a la ayuda que precisa la persona con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica, veta que el cuidador que preste servicios asistenciales por una relación contractual sea la persona que ejerza el apoyo, al socaire de una presunta influencia en el proceso de toma de decisiones de la persona a la que cuida, ciñéndose el apoyo a la formación o exteriorización de la voluntad, no a tareas asistenciales ligadas al cuidado.

configurada por el legislador patrio, sin que la dicción del segundo párrafo art. 282 CC pueda servir de asidero para sustentar un presunto deber de convivencia de la persona que ejerce el apoyo, pues una cosa es que el curador o el guardador de hecho tenga contacto con la persona con discapacidad, en la empresa de conocer su idiosincrasia o su voluntad, deseos y preferencias, y otra bien distinta es la convivencia, la cual implicaría que el que ejerce el apoyo y el que lo precisa habiten en el mismo inmueble[37].

No sucede así con la guarda y custodia tributaria de la patria potestad, pues en la misma se unifica en la figura del progenitor o de los progenitores el cuidado directo y el deber de convivencia del hijo menor de edad con el deber de representación legal paterno inherente a la patria potestad. Es decir, aunque en numerosas ocasiones sea el guardador de hecho quien dispensa apoyo y cuida personalmente a la persona con discapacidad, la labor de cuidado, técnicamente, debe quedar al margen de la fisonomía de las medidas de apoyo. Dicho de otro modo, la función del guardador de hecho o la del curador será la de apoyar, asistir y auxiliar a la persona con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica, no extendiéndose la medida de apoyo al deber de convivencia o de cuidado. De lo contrario, se podría visualizar las medidas de apoyo con un cariz excesivamente paternalista que situaría al curador o al guardador en una posición de dominio o potestad, siendo así que ahora, a tenor del nuevo paradigma, el cargo, como apunta Ribot Igualada, es "instrumental para la realización y efectividad de la voluntad de la persona en el ejercicio de sus derechos"[38].

Con el fin de volver a patentar como el deber de cuidado no constituye, necesariamente, el epicentro no solo de la guarda de hecho, sino de cualquier medida de apoyo, nos remitiremos a otro ejemplo. Una persona tiene una discapacidad física grave, no teniendo autonomía de movimientos porque está postrada en una silla de ruedas, conservando, no obstante, sus facultades intelectivas y cognitivas. Esta persona precisa de ayuda para las actividades de la vida diaria, en especial,

37 Tampoco puede servir de acicate, para argüir que el deber de cuidado o mantenimiento se subsume en las medidas de apoyo, que el legislador valore la convivencia con la persona con discapacidad para el nombramiento del curador *ex* art. 276 CC, pues, como dice Vivas Tesón, I.: "Curatela y asistencia", cit., p. 292, dicha convivencia se justifica porque "dicha cercanía cotidiana garantiza que la persona que va a desempeñar el cargo conoce la educación, los valores, los gustos y, en definitiva, el recorrido vital de quien precisa su apoyo y acompañamiento". Es decir, la convivencia es un elemento importante, no imprescindible, para conferir la titularidad del apoyo, porque la misma coadyuvará al conocimiento de la idiosincrasia de la persona que precise el apoyo, no porque el curador o el guardador de hecho tenga que cuidar personalmente a la persona con discapacidad. Es más, si abogáramos porque al guardador o curador les asiste un deber de cuidado subsumible en la medida de apoyo estaríamos yendo por un sendero que, implícitamente, reconocería que el apoyo, a pesar de su amplio significado, tiene una connotación paternalista que cercenaría el art. 19 CDPD, que avala el derecho de las personas con discapacidad a tener una vida independiente (no en vano, el legislador no ha incorporado al ámbito de la curatela el antiguo deber del tutor de velar por la persona con discapacidad o de procurarle alimentos -art. 269 CC conforme a la redacción vigente antes de la LAPCD-).

38 Ribot Igualada, J.: "La nueva curatela", en AA.VV.: *Claves para la adaptación del ordenamiento jurídico privado a la Convención de Naciones Unidas en materia de discapacidad*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, p. 226.

las relacionadas con el aseo personal, las labores domésticas, el vestido, etc. A la vista de que vive sola y no goza de una red familiar que le ayude, formula una solicitud para la incoación de un expediente de provisión de apoyo, dada su discapacidad física, el concepto amplio de apoyo que maneja el legislador y, no menos importante, que este, en la Exposición de Motivos de la LAPCD, no supedita la existencia de una medida de apoyo a una discapacidad concreta[39]. Ante la solicitud del interesado ¿sobre qué designios pivotará la resolución del Juez? A nuestro juicio, habida cuenta que el interesado, pese a su discapacidad física, conserva indemnes sus facultades para el ejercicio de la capacidad jurídica, no se le deberá dotar de ninguna medida de apoyo, al socaire del principio de necesidad y subsidiariedad que impera en estas, pues si existen otras instituciones o recursos que puedan auxiliar a la persona con discapacidad, se ha de descartar la provisión del apoyo, amén de que el concepto de apoyo debe estar ligado con una afectación de la persona en el proceso de toma de decisiones[40]. En este sentido, si el interesado tiene recursos suficientes, el Juez tendrá que exhortarle a la contratación de un cuidador doméstico[41], mientras que si está en una situación de necesidad económica tendrá que reconducir su pretensión por la vía de la obligación de alimentos entre parientes y estos podrán, en virtud del derecho de opción cristalizado en el art. 149 CC, cuidar personalmente al alimentista o sufragar los servicios de un tercero.

39 Dice Pereña Vicente, M.: "La transformación de la guarda de hecho en el anteproyecto de ley", *Revista de Derecho Civil*, vol. V, núm. 3 (julio-septiembre, 2018), p. 64, que la indefinición del legislador en este punto, motivada por no estigmatizar a las persona con discapacidad y salvaguardar su dignidad, ocasionará problemas de interpretación, al no consagrar "un estándar que justifique las medidas". García Rubio, Mª. P.: "La reforma operada por la Ley 8/2021 en materia de apoyo a las personas con discapacidad: planteamiento general de sus aspectos civiles", cit., pp. 54 y 55, reconoce que la mayor parte de las normas de la LAPCD van dirigidas a las personas "con dificultades cognitivas, intelectuales o psicosociales, que son las que van a estar, en su caso, necesitadas de apoyo en el ejercicio de su capacidad jurídica". Sin embargo, reconoce que personas con alguna discapacidad física o sensorial pueden ser acreedoras de algunas reglas concretas, refiriéndose, *ex profeso*, a los arts. 708 y 709 CC.

40 García Rubio, Mª P.: "Las medidas de apoyo de carácter voluntario, preventivo o anticipatorio", *Revista de Derecho Civil*, vol. V, núm. 3 (julio-septiembre, 2018), p. 30, relaciona el apoyo con aquellas "personas adultas con dificultades para comprender y para adoptar decisiones, incluyendo también la comprensión de sus consecuencias, en todas las facetas de la vida", concretando que la discapacidad debe ser de orden intelectual, que pudiera impedir la toma de decisiones. Quesada Sánchez, A. J.: "Cuestiones generales. Sobre el sentido de la «discapacidad» en la nueva ley", cit., pp. 28 y 29, maneja la misma tesis, no supeditando el apoyo civil a la condición administrativa de discapacitado.

41 Se podría decir que, si contrata a un cuidador doméstico, no procedería la medida de apoyo judicial porque ya tiene una medida de apoyo voluntaria; no obstante, nos topamos de nuevo con el último párrafo del art. 250 CC, que veta al que de servicios asistenciales o residenciales por una relación contractual ejercer una medida de apoyo. García Rubio, Mª P. y Moro Almaraz, J.: "Artículo 250", pp. 225 y 226, como hemos visto *supra*, apuestan por una interpretación correctora de dicho inciso, diciendo que el cuidador doméstico podrá ejercer el apoyo si, pese a los cuidados y la relación contractual, lo desea la persona con discapacidad. Pero, rizando el rizo, planteamos lo siguiente: Si la función del cuidador en este caso se limita las actividades materiales en relación con la persona con discapacidad física que conserva sus facultades intelectivas y cognitivas ¿Qué apoyo ejercerá el cuidador en el ejercicio de la capacidad jurídica? Si se limita al cuidado y, respecto al apoyo, no ejerce ninguna función, habida cuenta de la autonomía e independencia en el ejercicio de la capacidad jurídica de la persona a la que está cuidando, no podríamos afirmar, en sentido técnico, que esté ejerciendo una medida de apoyo, habida cuenta del desdoblamiento que efectúa el art. 250 CC entre el cuidado y el apoyo.

Además, nos planteamos el siguiente interrogante: si la persona que ejerce el apoyo, ora el curador, ora el guardador de hecho, debe cuidar a la persona con discapacidad si esta, por la grave merma de su facultades, no tiene autonomía para los actividades de la vida diaria ¿por qué el legislador no traspuso, en el ámbito de las disposiciones generales de las medida de apoyo o en otra sede, el deber de la persona que encarna el apoyo de velar o de procurar alimentos a la persona con discapacidad como ya hiciera el antiguo art. 263 CC en el ámbito de la tutela? Porque a nuestro juicio, ahora, con el cambio de paradigma, el fin principal de la medida de apoyo no es cuidar a la persona con discapacidad, sino apoyarla en el ejercicio de la capacidad jurídica[42]. Aunque en la praxis judicial o en la ladera fáctica converjan en la personificación del apoyo el cuidado con una ayuda o auxilio en el ejercicio de la capacidad jurídica[43], no se tratan de conceptos necesariamente idénticos que se puedan englobar, al alimón, en algunas de las medidas de apoyo cristalizadas por el legislador patrio[44].

42 No es baladí el art. 12 CDPD, que liga el concepto de medidas de apoyo al ejercicio de la capacidad jurídica, en especial, el apartado quinto, que dispone que los Estados deberán tomar todas las medidas para garantizar el derecho de las persona con discapacidad "a ser propietarias y heredar bienes, controlar sus propios asuntos económicos y tener acceso en igualdad de condiciones a préstamos bancarios, hipotecas y otras modalidades de crédito financiero, y velarán por que las personas con discapacidad no sean privadas de sus bienes de manera arbitraria". Como se puede ver, dicha descripción, aunque no constituya un *númerus clausus*, hace patente que el concepto de apoyo debe hilvanarse con la ayuda que pueda necesitar la persona con discapacidad para el ejercicio de la capacidad. En este sentido puede verse, Albiez Dohrmann, K. J.: "La capacidad jurídica para contratar de las personas con discapacidad tras la Ley 8/2021, de 2 de junio", cit., pp. 517 y 518, que, a nuestro juicio, también apunta que en España hay una suerte de binarismo entre el apoyo y el cuidado. Para el autor, el término de apoyo o asistencia empleado por el legislador español (*vid. ad exemplum*, segundo párrafo del art. 269 CC), debe ceñirse, de acuerdo con la CDPD, a la asistencia jurídica; expone el autor que en España se puede dar la paradoja "de que una persona con discapacidad tenga un curador, pero no tenga un cuidador profesional, o que tenga un cuidador profesional, pero no tenga un curador", precisando que, en este tesitura, debería predicarse en el curador un deber moral de asistir personalmente o cuidar a la persona con discapacidad, habida cuenta que no existe un deber jurídico. Prosigue el autor afirmando que los cuidados, extramuros del concepto de apoyo, están regulados por la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia (Ley 39/2006). Creemos que si el curador o el guardador de hecho cuida a la persona con discapacidad, el fundamento de dicho cuidado no es un deber jurídico, sino un deber moral. El apoyo, si la persona con discapacidad precisa de cuidados, a lo sumo tendrá que asistir o representar a la persona dotada de apoyo en el ejercicio de su capacidad jurídica, a fin de que pueda evacuar las solicitudes pertinentes a la Administración Pública para la provisión de un cuidador profesional y/o articular las acciones pertinentes, si la persona con discapacidad está en una situación de necesidad económica, para que los familiares obligados a la prestación de alimentos cumplan el deber jurídico, ya sea cuidando personalmente a la persona con discapacidad o bien pagándole una pensión a fin que cubra los gastos del cuidador.

43 Convergen en la práctica en múltiples ocasiones en el apoyo la función de cuidado y de auxilio en el ejercicio de la capacidad jurídica por razones de sentido común. Si, en un procedimiento de provisión de apoyo de una persona con una discapacidad psíquica grave, la persona que convive con él se presta a ejercer el cargo de curador, el Juez, generalmente, lo nombrará, ya que la convivencia con el curador fomenta que este conozca la idiosincrasia de la persona con discapacidad. No obstante, si se acredita que un tercero que no convive con la persona con discapacidad es la persona que mejor puede asistir o representar a esta en las gestiones relativas al tratamiento que precisa o en los asuntos económicos, el Juez podrá nombrar a esta como curador, sin perjuicio de que, en el quehacer diario, la persona con discapacidad esté siendo cuidada por otra persona con la que comparte una relación de convivencia.

44 Es más, si el curador o el guardador de hecho dispensan, generosamente, cuidados a la persona con discapacidad, más allá del apoyo en el ejercicio de la capacidad jurídica, podrán, a nuestro juicio, si la persona dotada de apoyo no tiene suficientes recursos económicos, exigir a los potenciales alimentantes el reembolso de los gastos justificados (arts. 266 y 281 CC), ya que serán estos los obligados, directa o indirectamente, a proporcionar a la persona con discapacidad los cuidados que precisa. Es decir, mientras el curador o el guardador de hecho son los sujetos obligados a proporcionar apoyo a la persona con discapacidad en todo lo relativo al ejercicio de la capacidad jurídica, los obligados a los cuidados, si la

Creemos que el deslinde teórico entre el apoyo y el cuidado se podrá apreciar mejor si visualizamos otros ordenamientos, como por ejemplo art. 135.2 del Proyecto de Ley del Código de las Familias Cubano, pendiente de consulta popular, que dispone que la prestación de alimentos "abarca todo lo que es indispensable para satisfacer las necesidades de sustento, habitación, vestido, conservación de la salud, recreación, *cuidado personal* y afectivo, y en el caso de personas menores de edad, también los requerimientos para su educación y desarrollo". Como se puede ver, el legislador cubano, a diferencia del español que cristaliza el derecho de opción del alimentante en el art. 149 CC, prevé que la prestación alimenticia abarca el cuidador personal. No vamos a entrar en este trabajo en la crítica que merece el art. 135 del texto cubano, pero supongamos que en España se produce una reforma de la obligación de alimentos y el art. 142 CC prevé, como obligación del alimentante, la de cuidar personalmente al alimentista. Si este alimentista es, a su vez, una persona con discapacidad que no tiene autonomía para los quehaceres diarios ¿se podría decir que el apoyo abarca un deber o una función de cuidados? Evidentemente no, pues aun en el caso de que coincida en una misma persona la condición de alimentante y de curador o guardador, se podría diferenciar entre el cuidado, que se subsumiría en la obligación de alimentos, y la ayuda, el consejo, el acompañamiento o el auxilio en el ejercicio de la capacidad jurídica, incardinable en el apoyo. Por ende, parece que para algunos autores el concepto de apoyo es volátil, estando al albur de la regulación e idiosincrasia de cada ordenamiento, existiendo algunos ordenamientos donde el cuidado pueda englobarse en el apoyo, y otros donde se ciña, única y exclusivamente, al ejercicio de la capacidad jurídica, atendiendo a que el cuidado podrá subsumirse otras figuras. Sea cual sea la lectura que se haga a esta crítica, creemos que identificar el guardador de hecho con el "cuidador de hecho" o el apoyo con el cuidado, sería hacer de la excepción la regla general, en contra de los principios de la CDPD, toda vez que la persona con discapacidad no precisa de una persona que le cuide, sino que le apoye y ayude en el ejercicio de su capacidad jurídica.

Es más, aunque haya sentencias, desde la publicación de la LAPCD, que dispongan que el curador deberá asistir a la persona con discapacidad en el aseo, en el vestido, etc., es discutible que el curador deba atender, por imperativo de la Ley, a dichos cometidos (*vid.* por ejemplo el último párrafo art. 250 CC). Si la persona encorsetada en el proceso de provisión de apoyo, por razón de su discapacidad, tiene una fuerte dependencia, conviviendo con una persona que le cuida, una cosa será que la persona que esté encomendada a los cuidados sea nombrada curador porque el Juez valore que la convivencia y la atención que le dispensa son elementos virtuosos para conferirle la titularidad del ejercicio del

persona dotada de medida de apoyo no tiene independencia económica, serán los alimentantes, quienes podrán o deberán reembolsar al curador o guardador todos los gastos que estos asuman en la singladura de los cuidados.

apoyo, dada cuenta que, probablemente, será la que mejor conozca la idiosincrasia de la persona con discapacidad, y otra bien distinta es que la resolución judicial le imponga, por englobarse dentro del apoyo, el deber de cuidado. Creemos que en el fondo de las citadas resoluciones, así como en los planteamientos de aquellos autores que identifican el cuidado con el apoyo, late el noble propósito de erradicar la desprotección o el peregrinaje administrativo o judicial de las personas con discapacidad, a fin de evitar que esta tenga que impetrar, cuando carezca de una red familiar, la incoación de un procedimiento para la provisión de apoyo en el ejercicio de su capacidad jurídica y otro para el cuidado que precisa en las actividades más elementales. No obstante, la bonhomía no justifica que nos inhibamos en la distinción conceptual defendida en este trabajo ¡Que los arboles no nos impidan ver el bosque!

IV. CONFLICTO ENTRE LOS PROGENITORES EN EL EJERCICIO DE LA GUARDA DE HECHO: DEBATE EN TORNO A SI EXISTE UN DERECHO A DISPENSAR EL APOYO

Como hemos podido comprobar, en la SAP Cantabria 14 febrero 2022 el padre vindicó un régimen de guarda y custodia compartida respecto a un hijo con discapacidad que, durante el devenir del proceso, alcanzó la mayoría de edad. En los antecedentes del caso no se menciona en ningún momento que el hijo estuviese incapacitado, solo que tenía una discapacidad, no resultando de aplicación la derogada patria potestad prorrogada del otrora art. 171 CC.

Nos debemos plantear, una vez que ha entrado en vigor la LAPCD, como resolver aquellos conflictos en los que un progenitor, por la negativa del otro, es apartado o excluido del apoyo que precisa el hijo y que se estaba dispensando bajo la cobertura de una guarda de hecho. Esto puede suceder, por ejemplo, en aquellos supuestos donde hay un divorcio y se acuerda la atribución del uso de la vivienda familiar a favor de un progenitor, conviviendo este en el inmueble con el hijo mayor de edad que tiene discapacidad. Puede ser que aquí el apoyo se estuviese dispensando por ambos progenitores antes de la crisis matrimonial bajo el ropaje de la guarda de hecho; si hay acuerdo entre los progenitores, la guarda de hecho podrá seguir siendo ejercida por ambos, aunque no exista una convivencia con el progenitor que ha dejado de habitar en la vivienda familiar. Sin embargo, el conflicto surge cuando el progenitor que convive con el hijo con discapacidad niega al otro toda posibilidad de dispensar apoyo al hijo en común, asumiendo aquel de todas las gestiones relativas al hijo (cuenta bancaria, asistencia al médico, etc.).

Si tenemos en cuenta que el concepto de apoyo es amplio, englobando, siguiendo la Exposición de Motivos de la LAPCD, "desde el acompañamiento amistoso, la ayuda técnica en la comunicación de declaraciones de voluntad,

la ruptura de barreras arquitectónicas y de todo tipo, el consejo, o incluso la toma de decisiones delegadas por la persona con discapacidad", el debate podría parecer baldío, al socaire de que el progenitor que no tiene consigo a su hijo podrá dispensarle apoyo durante los intervalos en el que se desarrolle el régimen de comunicación. No obstante, debemos tener en cuenta que para determinados actos, como el cierre de una cuenta bancaria, el guardador de hecho tendrá que acreditar su legitimación frente a terceros, por no decir aquellos actos en los que precisará de una autorización judicial para determinadas actuaciones de índole representativa[45]. En esta tesitura, el guardador de hecho puede verse abocado a acreditar ante Notario, en el contexto de un acta de notoriedad, o ante el Juzgado, no solo su condición de guardador, sino quizás también que el otro progenitor, aun con un régimen de comunicación con el hijo, no es el que habitualmente dota de apoyo a la persona con discapacidad, pues, si existen indicios de que la guarda de hecho no es ejercida individualmente por una persona, sino por varias, la legitimación podría, al menos en teoría, conferirse a ambos.

Por esta razón, debemos poner en el tablero la siguiente cuestión: ¿Cómo se resuelve el conflicto que puede surgir entre ambos progenitores que desean ejercer la guarda de hecho respecto al hijo mayor de edad con discapacidad? Plantearemos varios escenarios con su correlativa propuesta de solución.

Supongamos que el padre del caso que desembocó en la SAP Cantabria 14 febrero 2022 se planteara reclamar el ejercicio de la guarda de hecho, junto a la madre, en un procedimiento judicial extramuros del proceso de crisis matrimonial. El debate gira en torno a si cabe que el Juzgado le conceda al progenitor paterno legitimación en aras del ejercicio de la guarda de hecho. Desde nuestro punto de vista no, y ello por las siguientes razones:

El Capítulo IV del Título II de la LJV regula los expedientes de jurisdicción voluntaria relativos a la tutela, la curatela y la guarda de hecho. El art. 52 LJV se centra en la guarda de hecho, contemplando, al efecto, las pretensiones o actuaciones que se podrán ejercitar en relación a la medida informal de apoyo. El precepto dice que la autoridad judicial podrá requerir al guardador para que informe sobre la situación personal y patrimonial del menor o de la persona con discapacidad (primer párrafo del art. 52 LJV), establecer las medidas de control y vigilancia que estime oportunas (segunda párrafo del art. 52 LJV) y, por último, conceder al guardador de hecho autorización judicial para realizar alguna actuación representativa (tercer párrafo del art. 52 LJV), salvo las que exonera el tercer párrafo del art. 264 CC de autorización judicial.

45 *Vid*. segundo párrafo del art. 264 CC en relación con el art. 287 CC.

En nuestra opinión, la incoación de un expediente de jurisdicción voluntaria a fin de que el Juzgado declare la existencia de una guarda de hecho o se pronuncie sobre la persona que tendrá que ejercer el cargo de guardador carece de razón de ser y prostituiría los postulados de la LAPCD, suponiendo, a la postre, una judicialización de la desjudicialización de la guarda de hecho. Si, como dice la Exposición de Motivos de la LAPCD, la guarda de hecho "no precisa de una investidura judicial formal", sería kafkiano que el progenitor que no esté ejerciendo la guarda de hecho acuda al Juzgado para que este le otorgue, formalmente, la condición de guardador, máxime cuando el cargo de guardador no debe ser conferido por ninguna resolución judicial, sino por el devenir de los hechos, en concreto, por la concurrencia de una persona con discapacidad que precisa de apoyo y de un familiar o allegado que, voluntariamente, se lo dispensa.

Por ende, no suscribimos aquellos planteamientos que abogan por la declaración judicial de la condición de guardador, como el AJPI Córdoba 7 febrero 2022, que, en un caso en el que la guardadora de hecho solicitó la declaración judicial de la guarda para anular la cuenta bancaria de su hermana, procedió a declarar la guarda de hecho, a pesar de reconocer en el fallo que no precisaba de resolución judicial alguna para cancelar la cuenta, ni para solicitar los atrasos que le correspondían a la hermana por la pensión de orfandad, ni para disponer de la cantidad que le pudiera corresponder por el seguro de defunción, "porque el Código Civil, norma de obligado cumplimiento para todos, establece que la guarda de hecho no precisa de una investidura forma para los actos descritos'[46].

Hasta aquí puede leerse la crítica pero no la solución al interrogante que vertebra este apartado, a ello dedicaremos las siguientes líneas.

En el supuesto de la SAP Cantabria 14 febrero 2022, el padre, que no tenía la custodia del hijo cuando era menor de edad, vindicó, aunque no formulará correctamente su pretensión, que la guarda de hecho que tenía la madre sobre el hijo mayor de edad con discapacidad fuese ejercida de manera conjunta. El Tribunal descartó dicha posibilidad, porque aunque entre el padre y el hijo había una transmisión de afectos, la madre era quien convivía con el hijo en la vivienda familiar, conocía sus rutinas y, a juicio del perito, someter al hijo a cambios de envergadura le podía producir más perjuicios que beneficios. Aunque la citada sentencia no debería haber entrado en dicho debate, por los motivos expuesto a lo largo de esta investigación, estamos de acuerdo con dicho razonamiento, pues la titularidad del ejercicio de las medidas de apoyo no se debe vislumbrar como un derecho del pariente, allegado o persona que desea ejercer el apoyo, sino desde la perspectiva de los derechos de la persona con discapacidad.

46 Para un mayor análisis del citado auto, puede verse Prados García, C.: "Negativa de un banco a reconocer la condición de guardador de hecho. Comentario al Auto 8/2022 del Juzgado n. º 3 de Córdoba, de 11 de enero de 2022", *Diario la Ley*, núm. 1008, febrero 2022.

No obstante, el debate se complica en determinados casos. Imaginemos que ambos progenitores tenían la guarda y custodia cuando el hijo era menor de edad. Al llegar a la mayoría de edad, y en un clima de normalidad familiar, ambos progenitores dispensan apoyo al hijo con discapacidad que convive con ellos, y es después, en la crisis familiar, cuando el progenitor que convive con el hijo en la vivienda familiar niega al otro la legitimación de guardador, realizando aquel unilateralmente las gestiones en relación con el hijo mayor con discapacidad. Aquí, el progenitor que deja de convivir con el hijo es excluido, *ipso facto*, del apoyo. La incógnita a resolver es evidente: ¿Qué herramientas posee el progenitor para seguir dispensando, a su hijo mayor con discapacidad el apoyo que precisa? Cuestión complicada de resolver.

Antes de la entrada en vigor de la LAPCD, si el hijo estaba incapacitado se prorrogaba o rehabilitaba la patria potestad, de modo que los progenitores podían discutir en el proceso judicial aspectos como la la titularidad de la patria potestad y la guarda y custodia; sin embargo, derogada esta función tuitiva al alcanzar el hijo la mayoría de edad y no habiéndose dictado una medida judicial de apoyo, hay un vacío legal respecto a los recursos que tendrá el progenitor a fin de coadyuvar al ejercicio de la capacidad jurídica del hijo.

Conforme a lo dicho en párrafos precedentes, no cabe impetrar la actividad jurisdiccional para debatir sobre la titularidad de la guarda de hecho. El camino, a nuestro juicio, más loable, pasa porque el progenitor excluido del apoyo que se estaba dispensando bajo la cobertura de la guarda de hecho solicite judicialmente la extinción de la misma y la constitución de una curatela, pudiendo aquí el Juzgado valorar la oportunidad de la medida judicial de apoyo y a quien le confiere el cargo de curador. Colocándonos en el escenario de que la persona con discapacidad no posea las suficientes facultades intelectivas para pronunciarse sobre la organización del apoyo -recuérdese que en el caso de la SAP Cantabria 14 febrero 2022 el hijo no poseía ni tan siquiera lenguaje articulado-, lo que excluiría de plano la posibilidad de invocar el art. 267.1º CC, el inciso aplicable, en la empresa de abogar por la extinción de la guarda de hecho, sería el art. 267.4º CC, que dispone que se extinguirá la guarda de hecho "cuando, a solicitud del Ministerio Fiscal o de quien se interese por ejercer el apoyo de la persona bajo guarda, la autoridad judicial lo considere conveniente".

La fórmula del legislador está dotada de gran ambigüedad, disponiendo el Juez de una amplia discrecionalidad[47]. Desde nuestro prisma, caben varias opciones en

47 Sorprende a Ruiz-Rico Ruiz, J.M.: "Las medidas de apoyo a la discapacidad. Sistema general (II): La guarda y de hecho de los discapacitados. Su comparación con la guarda de los menores", cit., p. 281, la causa contemplada en el art. 267.4º CC, pues a su juicio choca con la preeminencia atribuida por el legislador a la guarda de hecho respecto de las medidas de apoyo judiciales, arguyendo que, con la literalidad del precepto, "se podría dar por extinguida una GH que puede estar funcionando correctamente, a instancias del Ministerio Fiscal, pudiendo la autoridad judicial actuar con gran libertad, pues bastaría con que ella

el supuesto de que uno de los progenitores, el que desee ejercer las medidas de apoyo, pida la extinción de la guarda de hecho que ejerce el otro progenitor sobre el hijo mayor de edad con discapacidad:

Si el progenitor que formula la solicitud estaba ejerciendo la guarda de hecho junto al otro y, en el devenir de la crisis matrimonial, es apartado por este unilateralmente, el Juez tendrá que valorar, desde la óptica de la persona con discapacidad, si el apoyo que precisa para el ejercicio de su capacidad jurídica se puede dispensar mejor por los dos progenitores. En el caso de la SAP Cantabria 14 febrero 2022, el progenitor, antes de la demanda de modificación de medidas, no era quien dispensaba habitualmente apoyo al hijo por sus ocupaciones laborales y el hijo tenía una dependencia severa. Antes de la demanda quien dispensó el apoyo fue la madre, que convivía con el hijo. En este contexto, si en vez de una demanda de modificación de medidas se hubiera presentado una solicitud de extinción de la guarda de hecho por el cauce del art. 267 CC, difícilmente el Juez habría extinguido la guarda de hecho, por mor del art 263 CC, que a la sazón dispone que quien viniere ejerciendo adecuadamente la guarda de hecho de una persona con discapacidad continuará en el desempeño de su función.

Ahora bien, si se demostrase que el concurso de ambos progenitores en las medidas de apoyo coadyuvaría a garantizar mejor la ayuda que precisa el hijo para el ejercicio de su capacidad jurídica, el Juez, lejos de dictar una resolución judicial manteniendo la guarda de hecho y nombrando como guardadores a los dos progenitores, tendrá que extinguir la medida de apoyo informal y constituir una curatela. Ahora el lector se podrá plantear lo siguiente: ¿Por qué se ha de extinguir la guarda de hecho y constituir una curatela? Siguiendo a Álvarez Lata, dada la ambigüedad del legislador en el art. 267.4º CC, para la inteligencia y utilidad del precepto se puede abogar por una construcción analógica con los supuestos que prevé el art. 278 CC en sede de curatela respecto a la remoción del curador[48]. Este último precepto dice que serán removidos de la curatela los que "incurran en una causa legal de inhabilidad, o se conduzcan mal en su desempeño por incumplimiento de los deberes propios del cargo, por notoria ineptitud de su ejercicio o cuando, en su caso, surgieran problemas de convivencia graves y continuados con la persona a la que prestan apoyo"[49]. Aunque en el

misma «*lo considere conveniente*»". No estamos de acuerdo con esta interpretación, pues una cosa es la discrecionalidad del Juez a la hora de aplicar e interpretar el art. 267.4º CC y otra bien distinta es la arbitrariedad. La lectura de la *dictio legis* debe hilvanarse con hechos que acrediten que la guarda de hecho no está funcionando correctamente y que no tienen amparo en el resto de ordinales del art. 267 CC.

48 Álvarez Lata, N: "Artículos 263 al 267", cit., p. 499.

49 Un supuesto se constituyó una curatela, previa existencia de una guarda de hecho, fue en el caso que desembocó en la SJPI Castellón 23 septiembre 2021 (JUR 2021, 327303), donde una mujer de diecinueve años de edad padecía un retraso mental, alteraciones de la conducta, ansiedad, trastorno de déficit de atención con hiperactividad y antecedentes de clínica psicótica, con carácter persistente e irreversible. El Juzgado manifiesta que precisaba apoyo para la realización de las tareas de la vida diaria, para consentir el tratamiento médico y para el ámbito económico, reconociendo la persona con discapacidad que, huérfana

supuesto planteado no surjan, necesariamente, problemas de convivencia graves entre el progenitor que ejerce la guarda de hecho y el hijo con discapacidad y el progenitor conviviente no tenga porque se excluido del apoyo, creemos que un motivo que puede servir de acicate para la extinción de la guarda de hecho es el incumplimiento por el guardador de los deberes inherentes a su cargo. Es cierto que el legislador no ha previsto la arquitectura normativa de los deberes del guardador, pero los mismos se pueden deducir de la *ratio* de la figura. Si el guardador tiene que procurar, mediante un apoyo asistencial o representativo, el ejercicio de la capacidad jurídica de la persona con discapacidad, aquel deberá guiarse por un comportamiento que rinda tributo a dicha finalidad. En este escenario, si el guardador, a sabiendas de que el otro progenitor puede interpretar, junto a él, la voluntad, deseos y preferencias del hijo con discapacidad y promover el mejor ejercicio de su capacidad jurídica, lo aparta unilateralmente del ejercicio del mismo, se podría decir que el apoyo que ejercita el progenitor conviviente transita por un sendero cuya meta no liga, únicamente, por garantizar los postulados de la CDPD, sino por el monopolio injustificado del apoyo.

Por ello, actitudes egoístas e insolidarias respecto al apoyo, como las descritas, que protagoniza el progenitor que ejerce la guarda de hecho, podría conducir a la extinción de la guarda. El siguiente paso sería la constitución de una curatela, la cual estaría avalada, a nuestro juicio, por la *dictio legis* del primer párrafo del art. 269 CC, que dice que el Juez constituirá una curatela "cuando no exista

---

de control, malgasta el dinero. Aunque la sentencia no sea prolija en el relato de la situación en la que se encontraba la interesada antes de la incoación del proceso de provisión de apoyo, se infiere del fundamento de derecho quinto que estaba convivía con el padre y que este dispensaba apoyo a la hija bajo la cobertura de una guarda de hecho; no obstante, el padre manifestó que la hija en muchas ocasiones no aceptaba el apoyo de forma voluntaria, produciéndose conflicto entre ambos. Hasta aquí, parece loable la extinción de la guarda de hecho y la constitución de una curatela, por mor del art. 278 CC, en relación con el art. 267.4° CC, y, no menos importante, del art. 269 CC. El Juzgado acabó nombrando como curador al padre, dada cuenta que la interesada manifestó que hacía seis meses que no veía a la madre, con quien no tenía apenas relación y, *ad abundantiam*, esta tenía esquizofrenia, conviviendo con el padre –abuelo de la interesada-, que le dispensaba apoyo. Que se extinga la guarda y el otrora guardador de hecho sea nombrado curador es perfectamente viable, al socaire del art. 276. 3° y 5° CC, y, en este contexto, podría ser conforme a Derecho que el padre, que ejercía la guarda de hecho, sea nombrado, tras la extinción de la guarda, curador. Sin embargo, lo que no vemos loable es que el Tribunal, a tenor de los problemas de convivencia que existían entre el padre y la hija y las dificultades que había en el ejercicio del apoyo, se inhiba, en el fundamento de derecho octavo, a establecer medidas de vigilancia y control al curador. En este escenario, nos planteamos lo siguiente: Desde la perspectiva del apoyo ¿Donde reside la diferencia entre el cargo de guardador de hecho que ejercía el padre y el de curador que ejercería tras el dictado de la resolución judicial? O, ¿La curatela, *per se*, podrá erradicar los conflictos que existían entre el padre y la hija mayor de edad en el contexto de la guarda de hecho? A nuestro juicio, y no desconociendo que la curatela tiene su propia arquitectura normativa, la solución de la sentencia se trata del mismo perro con distinto collar. No merece esta calificación, en cambio, la SAP Valencia 20 octubre 2021 (JUR 2022, 23648); una persona con discapacidad, con esquizofrenia paranoide, abuso de psicotrópicos, ludopatía y una disminución importancia de sus facultades intelectivas convivía con su madre y otros familiares hasta que ingresó en un centro. El informe del médico forense determinó que el sujeto carecía de habilidades para el manejo de médicos, el seguimiento de las pautas alimenticias y el manejo de su economía. La madre y sus hermanos declararon en juicio que la convivencia era imposible, diciendo aquella que era imposible hacerse cargo de su hijo. El Tribunal, descartando la continuación de la guarda de hecho, constituyó una curatela, nombrando curador, con facultades de representación, al Instituto Valencia de Atención Social-Sanitaria (IVASS), concretando las actividades a las que se extendería el apoyo y estableciendo, conforme al art. 268 CC, que las medidas serían revisadas en el plazo de un año.

otra medida *de apoyo suficiente* para la persona con discapacidad". La expresión que emplea el legislador se podría interpretar del siguiente modo: como quiera que el progenitor guardador de hecho niega al otro, injustificadamente, ejercer la guarda, habiéndose demostrado que el concurso de ambos progenitores en el apoyo dignifica mejor los derechos del hijo con discapacidad y la ayuda que precisa, se puede afirmar que la guarda de hecho que ejerce unilateralmente el progenitor que convive con el hijo es insuficiente para la persona con discapacidad, siendo necesario la constitución de una medida judicial de apoyo que resuelva el al problema existente entre ambos progenitores, amén de potenciar y dotar de estabilidad y seguridad el apoyo del hijo con discapacidad.

Llegados a este punto en el que el Juez va a constituir una curatela, la siguiente incógnita es si podrá conferirse el cargo de curador a ambos progenitores. Se podría decir que el progenitor otrora guardador tendría que ser descartado del cargo de curador porque, a sabiendas de que el hijo también precisaba el apoyo del otro progenitor, lo excluyó de manera injustificada. No obstante, también puede ser que, al margen de este comportamiento insolidario, el progenitor que ejercía el apoyo rindiera tributo al mismo, conociendo las rutinas y los anhelos del hijo, pese a acreditarse que el hijo estaría mejor asistido por ambos progenitores.

La regla general es que el cargo de curador deberá conferirse a una sola persona; así se infiere del art. 276 CC que utiliza el singular. En casos como el planteado, el progenitor que convive con el hijo que estaba ejerciendo la medida de apoyo bajo la cobertura de la guarda de hecho podrá ser nombrado curador a tenor del art. 276.3º CC, no obstante, lo impide el art. 275.2.3º CC, que excluye, con carácter absoluto, del nombramiento de curador a "quienes hubieren sido legalmente removidos de una tutela, curatela o guarda anterior". No obstante, ha habido casos donde, en vez de plantearse la extinción de la guarda de hecho existente, se ha debatido directamente sobre la procedencia de la curatela, pese a la previa vigencia de la guarda de hecho[50]. Si abogamos por esta vía, no podría decirse, técnicamente, que el guardador de hecho fue removido de su cargo en un procedimiento de extinción de la guarda y, por ende, podría ser loable que se le mantuviese en el ejercicio del apoyo (art. 276.3º CC). Toca despejar si el otro progenitor, que ejercía la guarda de hecho junto a su consorte antes de la crisis matrimonial, puede ser nombrado también curador. Esta posibilidad la prevé el art. 277 CC, que a la sazón dispone que podrá proponerse el nombramiento de más de un curador "si la voluntad y necesidades de la persona que precisa el apoyo lo justifican". En determinados supuestos, la persona con discapacidad, por la gravedad de la merma de sus facultades intelectivas y cognitivas, no podrá conformar una voluntad en orden al nombramiento de más de un curador, por ello, habrá que decidir si una curatela dual o plural resulta justificada desde la

50 Véase, por ejemplo, la SJPI Castellón 23 septiembre 2021, ya citada en este trabajo.

óptica de las necesidades, para el ejercicio de la capacidad jurídica, de la persona con discapacidad.

Puede ser que, antes de la crisis matrimonial, los progenitores, de facto, llegaron a un acuerdo respecto al desdoblamiento del apoyo, de modo que cada progenitor se encargó de apoyar al hijo con discapacidad en determinados ámbitos. Si en el proceso se demostrare que este desdoblamiento del apoyo rinde más tributo a la salvaguarda de las necesidades del hijo con discapacidad, el Juez no se podrá inhibir en el nombramiento como curador del progenitor que no convive con el hijo con discapacidad. Sin embargo, el fundamento de tal nombramiento no reside en un presunto derecho del progenitor o los familiares a ejercer el apoyo, sino en el respeto y amparo de las necesidades de la persona con discapacidad[51]. Es decir, solo en el caso de que se demostrare, en defecto de acuerdo, que el progenitor no conviviente puede potenciar el apoyo que precisa el hijo con discapacidad, cabría constituir una curatela plural o dual, sin que que el parentesco o el vínculo afectivo puedan servir de acicate, *per se*, para dicho nombramiento. Dicho con otras palabras, aunque se pueda construir una presunción *iuris tantum* en torno a que el parentesco o el ligamen afectivo facilita la interpretación de la voluntad de la persona con discapacidad o el mejor ejercicio del apoyo[52], ni la sangre ni el cariño, por sí solo considerados, es motivo suficiente para atribuirle a una persona la condición de curador, pudiendo acreditarse, toda vez que no es una presunción *iure et de iure*, que dichos ingredientes no están ligados a un mayor conocimiento de la idiosincrasia e inquietudes de la persona con discapacidad.

Ergo, respondiendo al debate en torno a si los progenitores o familiares tienen derecho a ejercer las medidas de apoyo, cabe responder negativamente, pues estos tienen derecho, a lo sumo, a promover la incoación del procedimiento cuyo objeto sea la constitución de las medidas de apoyo de la persona con discapacidad, pero la titularidad del apoyo no debe visualizarse desde la óptica del derecho del progenitor, pariente o allegado, sino, únicamente, desde la perspectiva de las necesidades de la persona que lo precise. Esto quiere decir que, si se acreditase

51 No ocurre lo mismo, exactamente, con la guarda y custodia. La guarda y custodia, como apéndice de la patria potestad, debe ser ejercida por los progenitores, a los que la Ley, por razón del vínculo consanguíneo o adoptivo, le atribuye una serie de deberes (art. 154 CC), de modo que la guarda y custodia se visualiza como una suerte de potestad, o dicho de otro modo, como un poder que tienen que ejercer los progenitores en beneficio del menor (Lasarte Álvarez, C.: *Derecho de Familia, Principios de Derecho Civil, t. VI*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona-Buenos Aires-Sao Paulo, 2021, p. 332), sin que pueda ser privados de ejercitar esta potestad a no ser que exista una causa que lesione el *favor minoris*. Es decir, la guarda y custodia no se puede conferir a una persona distinta de los progenitores si se acredita que aquella potencia el interés del menor, sino que solo cuando resulta acreditado que el interés del menor ha sido o puede ser lesionado por el mal desempeño de los progenitores será cuando un tercero podrá, *ex lege*, participar directamente en el cuidado del menor (art. 103.1º o 172 CC). En cambio, en el ámbito de las medidas de apoyo no existen ninguna norma que, en defecto de medidas voluntarias, establezca un derecho o prerrogativa de los progenitores a ejercitar el apoyo; simplemente luce un orden de prelación que el Juez, atendiendo a la voluntad e interés de la persona con discapacidad o a su mejor interés, podrá alterar.

52 Represa Polo, M. P.: "Régimen jurídico. El nombramiento del curador. Posibles sujetos curadores. Duración del cargo de curador. La remoción y excusa del cargo de curador", cit., p. 335.

que la medida de apoyo se podría ejercer de mejor modo por una persona que no comparte vínculo consanguíneo o de filiación con la persona con discapacidad, los progenitores podrán ser excluidos en el devenir del apoyo, sin que sea admisible la apología a los meros vínculos familiares.

Este planteamiento resulta confirmado por el legislador, pues aunque en el elenco de potenciales curadores que ofrece el art. 276 CC tengan preferencia los familiares, el mismo precepto establece la posibilidad de que el Juez altere el orden una vez oída a la persona que precise del apoyo, y, si una vez oída, no resulta clara su voluntad, se "podrá alterar el orden legal, nombrando a la persona más idónea para comprender e interpretar su voluntad, deseos y preferencias". Cierto es que los progenitores, que habrían convivido con el hijo con discapacidad, tendrán una mayor facilidad para interpretar su voluntad, deseos y preferencias, pero no siempre será así.

V. EL RÉGIMEN DE COMUNICACIÓN DEL PROGENITOR CON EL HIJO MAYOR DE EDAD CON DISCAPACIDAD.

Líneas más arriba hemos dicho que la Audiencia Provincial de Cantabria debería haber rehusado pronunciarse sobre las medidas de apoyo del hijo mayor de edad con discapacidad, debiéndose haber centrado su discurso, básicamente, en el régimen de convivencia o comunicación del hijo con el progenitor paterno. El legislador, sensible al mantenimiento de las relaciones afectivas del hijo mayor con discapacidad, ha reformado el Código Civil en este punto, tal y como veremos a continuación.

El primer párrafo del art. 94 CC establece que el Juez fijará el tiempo, modo y lugar en el que el progenitor que tenga consigo a los hijos menores de edad podrá ejercitar el derecho a visitarlos, comunicarse con ellos y tenerlos en su compañía, mientras que el segundo párrafo del citado artículo dispone que, respecto de los hijos menores de edad o con discapacidad mayores de edad o emancipados que precisen apoyo para tomar la decisión, el progenitor que no los tenga en su compañía podrá solicitar, en el proceso en el que sustancie la crisis matrimonial, que se establezca el modo en que se ejercitará este derecho, salvo que el Juez, previa audiencia del hijo y del Ministerio Fiscal, limite o suspenda el mismo si se dieran circunstancias relevantes que así lo aconsejen o se incumplieran, grave y reiteradamente, los deberes impuestos en resolución judicial. La dicción, con acierto, ha sustituido el término "incapacitados" por hijos con discapacidad mayores de edad o emancipados que precisen de apoyo para tomar la decisión.

1. Fundamento del derecho del progenitor no conviviente a visitar, comunicarse y tener en su compañía al hijo mayor de edad con discapacidad.

El lector atento con la dicción del art. 94 CC, podrá pensar lo siguiente: como quiera que se ha derogado la patria potestad prorrogada y rehabilitada, el legislador incurre en una contradicción a la hora de tipificar un régimen de comunicación con el progenitor que no convive con el hijo mayor de edad con discapacidad, pues el progenitor conviviente, por mucho que ejerza la guarda de hecho u otra medida de apoyo, no tiene ninguna legitimación, como podría ocurrir en el seno de la patria potestad, para monopolizar la vida del hijo o limitar sus relaciones con familiares o terceros. En este sentido, se podría decir que si uno de los progenitores tiene que acudir al Juzgado para poder visitar a su hijo mayor de edad con discapacidad, la demanda carecerá de razón de ser, pues si en el pasado esta relación no existía sería por la voluntad del hijo, que, pese a su discapacidad, goza de autonomía para la formación de su voluntad, aún con la presencia de apoyo, siendo contraproducente que el Juez imponga una relación no deseada por el hijo mayor de edad con discapacidad.

Sin embargo, creemos que el legislador ha sido consciente que en la práctica forense se pueden dar escenarios donde un progenitor pueda impedir que el hijo mayor con discapacidad mantenga relaciones con el otro progenitor, desempeñando, de facto, las funciones genuinamente tuitivas de la patria potestad, incurriendo en una suerte de abuso de la autoridad paterna. Piense, *ad exemplum*, en aquellos casos donde el hijo mayor de edad, que convive con un progenitor, está postrado en una silla de ruedas y depende de este para ver al otro progenitor, y el progenitor conviviente, debido a una mala relación con el que fue su consorte, niega a su hijo dicha relación. O aquellos hijos con discapacidad psíquica que, queriendo ver a su progenitor sucumben ante la *auctoritas* del otro con el que convive que, en una suerte de reduccionismo familiar, niega al hijo al que dispensa "apoyo" dicha relación. Ante estos supuestos, vemos loable que el legislador, en vez de usar la técnica del avestruz, de cobertura a la resolución de estos conflictos.

Dispuesto de hacer una crítica, creemos que el legislador debería haber ido más allá, pues presume que la obstaculización de las relaciones de una persona con discapacidad con un progenitor, los abuelos, hermanos, parientes o allegados emana del progenitor conviviente, toda vez que el art. 94 CC habla de "hijos" con discapacidad mayores de edad o emancipados; pero ¿Qué pasaría si, por ejemplo, el hijo que ejerce el apoyo en relación a un progenitor con una discapacidad grave niega a sus hermanos ver a su ascendiente? El legislador no da respuesta a esta problemática.

A día de hoy, consideramos que el art. 8 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de la Libertades Fundamentales, hecho en Roma el 4

de noviembre de 1959 (CEDH), sirve de asidero para la resolución de dichos conflictos, toda vez que consagra el derecho de toda persona al respeto de su vida privada y familiar. En el propósito de avalar nuestra postura, nos remitimos a la reciente SAP Madrid 20 diciembre 2021[53]. Aquí, en el contexto de un proceso de provisión de apoyos que se incoó en primera instancia antes de la publicación de la LAPCD, dos hijos de una anciana con alzhéimer denunciaron en el proceso que uno de los hermanos que desempeñaba la tutela les impedía todo contacto y relación con su madre. El Tribunal *ad quem*, sensible a esta problemática, y a pesar de que nuestro ordenamiento interno careciese, y carezca, de cobertura legal respecto a dichas pretensiones, dispuso en el fallo que el hijo desempeñaría la curatela de la madre y que aquel estaría obligado a fomentar la comunicación de su madre con sus hermanos, permitiendo el natural contacto entre madre e hijos y con el resto de la familia extensa y a admitir las visitas de hermanos a su madre, sin ninguna limitación ni de tiempos, ni de horarios.

2. Reinterpretación del criterio ligado a la voluntad, deseos y preferencias de la persona con discapacidad

Despejada la incógnita de la *ratio legis*, debemos profundizar en el criterio decisor de estos conflictos. Cuando el art. 94 CC se refiere al régimen de comunicación o a la relación personal entre el progenitor y el hijo con discapacidad, omite el criterio que deberá tener el Juez a la hora de reconocer dicha relación binaria. Únicamente, dispone que el Juez tendrá que dar audiencia al hijo y al Ministerio Fiscal y, posteriormente, establece algunas reglas, que ya fueron criticadas en otro trabajo[54], donde la autoridad judicial podrá limitar o suspender el ejercicio del derecho que asiste al progenitor de relacionarse con su hijo.

Es cierto que el último párrafo del art. 94 CC dispone que el Juez resolverá "teniendo siempre presente el interés del menor" o "la voluntad, deseos y preferencias del mayor con discapacidad", sin embargo, cristaliza dichos criterios en el ámbito del régimen de comunicación que pudiese vindicar los abuelos, hermanos, parientes o allegados, omitiéndolos cuando en el párrafo de los progenitores. En nuestra opinión, el interés del menor, respecto al hijo menor de edad, o la voluntad deseos y preferencias del hijo mayor de edad con discapacidad, es el faro que también debe guiar al Juez a la hora de reconocer la relación del progenitor que no tenga en su compañía con el hijo mayor de edad con discapacidad[55].

53 SAP Madrid 20 diciembre 2021 (JUR 2002, 88516).

54 Gómez Valenzuela, M. Á.: "Reformas en Derecho de familia", en AA.VV.: *La discapacidad: una visión integral y práctica de la Ley 8/2021, de 2 de junio* (dir. J.R. De Verda y Beamonte y coords. P. Chaparro Matamoros y A. Bueno Biot), Tirant lo Blanch, Valencia, 2022.

55 Interesante son las reflexiones de Arnau Moya, F.: "Aspectos polémicos de la Ley 8/2021, de medidas de apoyo a las personas con discapacidad", *Revista Boliviana de Derecho*, núm. 33, enero 2022, p. 556, al apuntar, en su disertación sobre la desaparición del interés superior de la persona con discapacidad, que el art.

En la SAP Cantabria 14 febrero 2022 no hubo este debate por la ausencia de oposición de la madre respecto al régimen de comunicación entre el padre y el hijo mayor de edad. Pero, a fin de profundizar sobre este punto, nos debemos plantear como se resolvería aquellas controversias donde, ora el hijo mayor con discapacidad, ora progenitor con el que convive, se oponen a dicha relación.

Aunque el legislador no lo diga expresamente y el precepto sea confuso, nuestra interpretación es la siguiente: el Juez resolverá sobre el régimen de comunicación reclamado en el proceso de crisis familiar por el progenitor que no convive con el hijo mayor con discapacidad atendiendo a su voluntad, pues este, aunque tenga medidas voluntarias, informales o judiciales de apoyo, podrá emitir una declaración de voluntad respecto a la relación familiar cuyo reconocimiento se solicita. Evidentemente, si el hijo con discapacidad precisa de apoyo para tomar dicha decisión y el apoyo se lo está dispensando el progenitor que, a su vez, niega injustificadamente al hijo dicha relación con el otro progenitor, aquel se tendrá que inhibir en el proceso de provisión de apoyo y el Juez tendrá que nombrar un defensor judicial. De modo que, generalmente y salvando alguna excepción que se pudiere dar en la práctica forense, si el hijo presenta las facultades cognitivas e intelectivas suficientes, el Juez tendrá que conceder el régimen de comunicación si el hijo lo consiente, toda vez que el art. 94 CC dice, aunque se refiera al régimen de comunicación reclamado por los abuelos, hermanos, parientes o allegados, que el hijo mayor con discapacidad "deberá prestar su consentimiento", siendo contraproducente la imposición de una relación que no es tolerada ni aceptada por una de las partes.

Hasta aquí creemos que no hay dudas. La *quaestio facti* surge cuando el hijo mayor de edad padece una discapacidad psíquica grave y está a merced de una medida de apoyo con facultades de representación. Si deparamos en el art. 249 CC, el presupuesto de establecer medidas de apoyo con facultades de representación es que "no sea posible determinar la voluntad, deseos y preferencias de la persona". Lógicamente, estamos de acuerdo en que si no es posible comprobar la voluntad de la persona con discapacidad precisará de un apoyo con funciones representativas. Ahora bien, ¿el apoyo con facultades de representación excluiría la voluntad, deseos y preferencias del hijo mayor de edad con discapacidad como elemento principal a ponderar en el reconocimiento del régimen de comunicación con el otro progenitor?

A nuestro juicio no necesariamente, pues una cosa es el juicio de la voluntad, deseos y preferencias de la persona con discapacidad a la hora de valorar la pertinencia de un apoyo con facultades de representación, y otra es el juicio

94 CC "constituye paradigma del nuevo cambio", habida cuenta que se equipara el "interés superior del menor" con la "voluntad, deseos y preferencias del mayor con discapacidad necesitado de apoyos".

de la voluntad a la hora de examinar y valorar la procedencia del régimen de comunicación. Volvemos a poner un ejemplo que se pueda dar en la práctica forense: en el seno de una familia hay un hijo mayor de edad que presenta una oligofrenia severa equivalente a la idiocia, provocando que este, por su enfermedad, nunca haya tenido capacidad para dominar un lenguaje articulado. El progenitor que convive con él ejerce la medida de apoyo con facultades de representación, dada cuenta que no es posible determinar la voluntad, deseos y preferencias del hijo en múltiples aspectos de su vida cotidiana, que van desde el ámbito personal hasta el patrimonial, al socaire de su fuerte dependencia. Los progenitores se divorcian y en el fragor de la crisis matrimonial el progenitor que no tiene el uso de la vivienda familiar solicita en el proceso un régimen de comunicación con el hijo mayor de edad; el solicitante sustenta su pretensión en que en el pasado, hasta que el progenitor conviviente le negó el contacto con el hijo, tuvo una relación satisfactoria con este y que ambos se dispensaban un recíproco afecto que motivaría que dicha relación sea tolerada y avalada por el progenitor que ejerce la medida de apoyo y, en su defecto, por el Juez. Se podría sacar a colación el silogismo consistente en que, dada cuenta que el progenitor conviviente ejerce un apoyo con facultades de representación porque es imposible determinar la voluntad, deseos y preferencias del hijo, sería imposible esclarecer la voluntad de este en orden a la relación familiar.

No estamos de acuerdo con dicha afirmación, pues, aunque en el supuesto planteado, el hijo, que quizás ni tan siquiera posea lenguaje articulado, carezca de las facultades suficientes para formar una voluntad en orden a su tratamiento médico o la gestión de su patrimonio, ello no necesariamente es un óbice infranqueable para que valore y exteriorice la bondad de una determinada relación interpersonal. Téngase en cuenta que, aunque la persona posea una grave discapacidad psíquica, mental o intelectual, puede sentir y padecer las vicisitudes de las relaciones personales, mostrando alegría cuando ve a un familiar o allegado o tristeza cuando se marchan de sus vidas. Partiendo de esta premisa, y poniendo al alza que la voluntad de las personas con discapacidad podrá ser objeto de exteriorización hasta en casos extremos, aunque no sea mediante los cauces convencionales, consideramos que en casos como el planteado la voluntad, deseos y preferencias de la persona con discapacidad podrá ser objeto de prueba. Si, *ad exemplum*, se práctica una audiencia en presencia judicial entre el hijo con discapacidad y el progenitor que reclama el respeto de la relación, sería ilustrativo para dirimir el conflicto que aquel, pese a no dominar el lenguaje, ría y sonría cuando ve aparecer al progenitor en las dependencias judiciales, exteriorizando un sentimiento de alegría y afecto.

Si, pese a todo lo anterior, no fuere posible discernir la voluntad del hijo, habría que reconstruir su trayectoria vital, especialmente, la relación afectiva que

compartió en el pasado con el progenitor que solicita el régimen de comunicación, y si a pesar de dicha relación el progenitor conviviente niega dicha relación alegando alguna causa, habrá que ponderar principalmente el interés de la persona con discapacidad al albur de las particularidades del caso.

VI. RECAPITULACIÓN REFLEXIVA.

Conforme a lo volcado en este trabajo, a continuación ofreceremos, sin ánimo tautológico, unas breves notas a modo de conclusión, que van más allá del análisis de la sentencia que ha servido de asidero para el estudio.

Como hemos podido ver, no estamos de acuerdo con equiparar la guarda y custodia del menor de edad y el apoyo que pudiese necesitar la persona mayor de edad con discapacidad para el ejercicio de la capacidad jurídica. Los pilares sobres los que se asienta la patria potestad y el sistema de apoyo son distintos, hasta en casos donde las medidas de apoyo se extiendan a facultades de representación. Así, la guarda y custodia, inherente a la patria potestad, conlleva que los progenitores cuiden y representen al menor, teniendo como faro dichos deberes el *favor minoris*; en cambio, el apoyo, aún con facultades de representación, no deberá rendir tributo, como regla general, al mejor interés de la persona con discapacidad, sino a su voluntad, deseos y preferencias. De este modo, no se trata de sustituir la voluntad, sino de reconstruirla o integrarla al socaire de la trayectoria vital de la persona dotada de apoyo. Solo en el caso de que la persona con discapacidad no haya tenido una trayectoria vital ligada a su autonomía de la voluntad, podrá enarbolarse la bandera de su interés superior o, como ha manifestado De Verda, hacedor de este planteamiento, su dignidad personal. Cierto es que la diferencia entre el interés superior de la persona con discapacidad y su dignidad personal es complicada de encontrar, sin embargo, la virtualidad de este último concepto reside en que es acreedor de una apoyatura en nuestro ordenamiento jurídico (*vid*. arts. 10 CE o 249 CC), al contrario que aquel que ha sido borrado de un plumazo por el legislador patrio.

Por otro lado, hemos criticado en este trabajo que el legislador haya seguido la tradición jurídica a la hora de bautizar las medidas de apoyo. Curatela y guarda de hecho son denominaciones que no cohonestan con la tipificación del apoyo que ha secundado la CDPD, que se ciñe a la ayuda que puede necesitar una persona con discapacidad para el ejercicio de la capacidad jurídica. Desde el preciso instante en que el legislador partió de las denominaciones citadas fue víctima del sistema paternalista y obsoleto que inspiró la regulación anterior a la LAPCD, que concebía a la persona con discapacidad como una suerte de convidado de piedra.

Habida cuenta que el concepto de apoyo tratar de promover la libertad, la igualdad, la autonomía y la independencia de las personas con discapacidad,

consideramos que queda extramuros del concepto de apoyo tareas asistenciales o eminentemente protectoras como el cuidado. En este punto, el legislador español hace gala de una marcada bipolaridad, pues, por un lado, hace apología del cuidado en el intento baldío de justificar la denominación de la curatela, y, por otro, emplea una técnica legislativa que, directa o indirectamente, justifica la tesis defendida en este trabajo, consistente en que el cuidado es un concepto que queda extramuros de la medida de apoyo (*vid*., por ejemplo, último párrafo del art. 250 CC).

La idea que jalona nuestra tesis se puede resumir del siguiente modo: aunque en la generalidad de las ocasiones el curador o el guardador de hecho asuman tareas de cuidado, en casos donde la persona dotada de apoyo no tenga suficiente autonomía e independencia para los quehaceres diarios, el cuidado no se halla en la órbita de un presunto deber jurídico inherente al apoyo, sino, simplemente, en un deber moral. El concepto de apoyo, tal y como a nuestro juicio fue articulado por la CDPD, trata de garantizar, mediante facultades asistenciales o de representación, el ejercicio de la capacidad jurídica de aquellas personas que por el deterioro de sus facultades tienen limitaciones en el proceso de formación de la voluntad, siendo un error concebir que la persona que ejerza la medida de apoyo tenga que asumir, inexorablemente, funciones de cuidado. Una cosa es que los Juzgados y Tribunales valoren y pongan en alza, a la hora de designar curador, que la persona con una discapacidad grave esté conviviendo con otra que, amén auxiliarla en el ejercicio de la capacidad jurídica, la cuide, y otra es que la parte dispositiva de la resolución judicial encomiende al curador tareas arraigadas al cuidado. El apoyo, ya sea el curador o el guardador de hecho, deberá, de no querer convivir con la persona con discapacidad o prestarle cuidados, asistir o representar a esta para que tengan cubiertas todas sus necesidades, pudiéndose extender sus funciones desde contratar, con el patrimonio de la persona con discapacidad, a un cuidador doméstico, o, mediante las facultades de representación otorgadas, solicitar las ayudas públicas pertinentes a fin de que se le provea de un cuidador, hasta ventilar las acciones pertinentes para que los potenciales alimentantes, si la persona provista de apoyo está en una situación de necesidad, cumplan su deber de alimentos, que lo podrán satisfacer, por mor del derecho de opción del art. 149 CC, mediante la prestación *in natura* o pagando una pensión, a fin de que, en este último caso, el curador o el guardador de hecho pueda gestionar dicho importe para la contratación de una persona que preste servicios asistenciales o residenciales.

En definitiva, que converja en la mayoría de las ocasiones en el apoyo la función de cuidado y de auxilio en el ejercicio de la capacidad jurídica no es óbice para la defensa del binarismo teórico entre el cuidado y el apoyo *stricto sensu*, debiéndose de insistir en la idea de que una cosa, a la hora de conferir la titularidad del apoyo, es que se valore la eventual convivencia con la persona con discapacidad a fin de

que el apoyo pueda conocer la idiosincrasia de esta y reintegrar su trayectoria vital en la materialización del apoyo que precisa en el ejercicio de la capacidad jurídica, y otra es que el apoyo deba consagrar su vida a los cuidados que precisa la persona con discapacidad. Evidentemente, si la persona, aquejada de una discapacidad grave, precisa de cuidados, es loable que converja en el curador o en el guardador de hecho el cuidado y el apoyo, pero aquella función estaría fundamentada en un deber moral, no en un deber jurídico.

Finalmente, hemos tratado también el conflicto subyacente en torno al diseño de las medidas de apoyo del hijo mayor de edad con discapacidad cuando no hay consenso entre los progenitores y aquel no tiene facultades suficientes para organizar el apoyo. A nuestro juicio, si un progenitor estaba ejerciendo la guarda de hecho respecto al hijo con discapacidad y el otro progenitor también desea ejercerla, el Juez no podrá pronunciarse en un procedimiento sobre el devenir de la titularidad de la guarda de hecho. Si se acredita que el concurso de ambos progenitores puede potenciar al apoyo que precisa el hijo el Juez, conforme a los argumentos expuestos, podrá constituir una curatela, pudiéndose debatir, en sede de la medida judicial del apoyo, sobre su titularidad, que podrá ser individual o dual, a tenor, no de un presunto derecho de los progenitores a ejercer el apoyo del hijo con discapacidad, sino de rendir tributo al mejor ejercicio de su capacidad jurídica.

Con esta idea queremos transmitir que, cuando existe conflicto entre los progenitores sobre el ejercicio del apoyo del hijo mayor con discapacidad, la decisión del Juez no debe pendular al compás de conciliar el interés de la persona con discapacidad y un presunto derecho de los progenitores a ejercer el apoyo, como si se tratase de una suerte de guarda y custodia, sino tratando de salvaguardar, única y exclusivamente, los derechos de la persona que precisa de la medida de apoyo, dado que, al alcanzar el hijo la mayoría de edad, lo que ostentaran los progenitores, así como otros parientes o allegados, será el derecho a mantener una relación o comunicación con el hijo, cuya geometría variará según las particularidades del caso.

BIBLIOGRAFÍA

Arnau Moya, F.: "Aspectos polémicos de la Ley 8/2021, de medidas de apoyo a las personas con discapacidad", *Revista Boliviana de Derecho*, núm. 33, enero 2022.

Albiez Dohrmann, K. J.: "La capacidad jurídica para contratar de las personas con discapacidad tras la Ley 8/2021, de 2 de junio", en AA.VV.: *La reforma civil y procesal en materia de discapacidad. Estudio sistemático de la Ley 8/2021, de 2 de junio* (dirs. Y. De Lucchi López-Tapia y A. J. Quesada Sánchez, coord. J. M. Ruíz-Rico Ruiz), Atelier, Barcelona, 2022.

Álvarez Lata, N:

- "Artículos 249 al 253", en AA.VV.: *Comentarios al Código Civil* (coord. R. Bercovitz Rodríguez-Cano), Aranzadi, Pamplona, 2021.

- "Artículos 263 al 267", en AA.VV.: *Comentarios al Código Civil* (coord. R. Bercovitz Rodríguez-Cano), Aranzadi, Pamplona, 2021.

Barba, V: "Principios generales de las medidas de apoyo en el marco de la convención de Nueva York", en AA.VV.: *Un nuevo orden jurídico para las personas con discapacidad* (dirs. G. Cerdeira Bravo de Mansilla, M. García Mayo, y coords. C. Gil Membrado, J.J. Pretel Serrano), Wolters Kluwers, Madrid, 2021.

Berrocal Lanzarot, A.I.: "La guarda de hecho como medida de apoyo a las personas con discapacidad en el proyecto de ley 121/000027", *La Ley Derecho de familia*, núm. 29, 2021.

Castán Pérez-Gómez. S.: "La curatela: ¿una nueva institución?", en AA.VV.: *El ejercicio de la capacidad jurídica por las personas con discapacidad tras la Ley 8/2021, de 2 de junio* (dirs. M. Pereña Vicente y Mª M. Heras Hernández, y coord. M. Núñez Núñez), Tirant lo Blanch, Valencia, 2022.

Donado Vara, A.: "Humanización de la justicia: retos procesales en los procesos de familia. La judicialización de la guarda de hecho bajo el nuevo paradigma de la discapacidad", *La Ley Derecho de familia*, núm. 33, 2022.

De Salas Murillo, S.: "Significado jurídico del apoyo en el ejercicio de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad: presente tras diez años de la Convención", *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 5, 2018.

De Torres Perea, J. M.: "Las medidas de apoyo a la discapacidad (IV) La excepción: La curatela representativa. Casos en que procede. Especialidades del cargo. Régimen jurídico", en AA.VV.: *La reforma civil y procesal en materia*

de discapacidad. Estudio sistemático de la Ley 8/2021, de 2 de junio (dirs. Y. De Lucchi López-Tapia y A. J. Quesada Sánchez, coord. J. M. Ruíz-Rico Ruiz), Atelier, Barcelona, 2022.

De Verda y Beamonte, J.R.: "Primeras resoluciones judiciales aplicando la Ley 8/2021, de 2 de junio, en materia de discapacidad", *Diario La Ley*, núm. 10021, marzo 2022.

Delgado Sáez, J.: *Guarda y custodia compartida. Estudio de la realidad jurídico-práctica española*, Reus, Madrid, 2020.

Estellés Peralta, P. M.: "La patria potestad en las situaciones de crisis familiar", en AA.VV.: *Las crisis familiares. Tratado práctico interdisciplinar* (dir. J.R. De Verda y Beamonte y coords. P. Chaparro Matamoros y G. Muñoz Rodrigo), Tirant lo Blanch, Valencia, 2021.

Gálvez Criado, A.: "La responsabilidad civil en el ámbito de la discapacidad", en AA.VV.: *La reforma civil y procesal en materia de discapacidad. Estudio sistemático de la Ley 8/2021, de 2 de junio* (dirs. Y. De Lucchi López-Tapia y A. J. Quesada Sánchez, coord. J. M. Ruíz-Rico Ruiz), Atelier, Barcelona, 2022.

García Rubio, Mª P. y Moro Almaraz, J.:

- "Artículo 250", en AA.VV.: *Comentario articulado a la reforma civil y procesal en materia de discapacidad* (dirs. Mª P. García Rubio, M. J. Moro Almaraz y coord. I. Varela Castro), Civitas, Pamplona, 2022.

- "Artículo 263", en AA.VV.: *Comentario articulado a la reforma civil y procesal en materia de discapacidad* (dirs. Mª P. García Rubio, M. J. Moro Almaraz y coord. I. Varela Castro), Civitas, Pamplona, 2022.

García Rubio, Mª. P.:

- "Las medidas de apoyo de carácter voluntario, preventivo o anticipatorio", *Revista de Derecho Civil*, vol. V, núm. 3 (julio-septiembre, 2018).

- "La reforma operada por la Ley 8/2021 en materia de apoyo a las personas con discapacidad: planteamiento general de sus aspectos civiles", en AA.VV.: *El nuevo Derecho de las capacidades* (dirs. E. Llamas Pombo, N. Martínez Rodríguez y E. Toral Lara), Wolters Kluwers, Madrid, 2021.

Gómez Valenzuela, M. Á.:

- "El internamiento de padres y ascendientes como causa de desheredación", *Revista Boliviana de Derecho*, núm. 30, julio 2020.

- "Reformas en Derecho de familia", en AA.VV.: *La discapacidad: una visión integral y práctica de la Ley 8/2021, de 2 de junio* (dir. J.R. De Verda y Beamonte y coords. P. Chaparro Matamoros y A. Bueno Biot), Tirant lo Blanch, Valencia, 2022.

Lasarte Álvarez, C.: *Derecho de Familia, Principios de Derecho Civil, t. VI*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona-Buenos Aires-Sao Paulo, 2021.

Leciñena Ibarra, A.: "Comentario al artículo 263 del Código Civil", en AA.VV.: *Comentarios a la Ley 8/2021 por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad* (dir. C. Guilarte Martín-Calero), Aranzadi, Pamplona, 2021.

Martínez Rodríguez, N.: "Discapacidad y Derecho de Familia. Nuevos principios, nuevas normas", en AA.VV.: *El nuevo Derecho de las capacidades* (dirs. E. Llamas Pombo, N. Martínez Rodríguez y E. Toral Lara), Wolters Kluwers, Madrid, 2021.

Martínez Vázquez de Castro, L.: *El principio de libre desarrollo de la personalidad en el ámbito privado*, Civitas, Madrid, 2010.

Mondéjar Peña, Mª. I.: "La obligación de alimentos entre parientes como medio privado de satisfacción de las necesidades ante los procesos de envejecimiento y de la población española: análisis actual y tendencias de futuro", en AA.VV.: *La protección de las personas mayores* (dir. C. Lasarte Álvarez), Tecnos, Madrid, 2007.

Otero Crespo, M. y García Fernández, J.: "Artículo 91. II", en AA.VV.: *Comentario articulado a la reforma civil y procesal en materia de discapacidad* (dirs. Mª P. García Rubio, M. J. Moro Almaraz y coord. I. Varela Castro), Civitas, Pamplona, 2022.

Pau, A.:

- "De la incapacitación al apoyo: el nuevo régimen de la discapacidad intelectual en el Código Civil", *Revista de Derecho Civil*, vol. V, núm. 3 (julio-septiembre, 2018).

- "El principio de igualdad y el principio de cuidado, con especial atención a la discapacidad", *Revista de Derecho Civil*, vol. VII, núm. 1 (enero-marzo, 2020).

Pérez Monge, M.: "La guarda de hecho a partir del nuevo paradigma de la Convención", en AA.VV.: *Principios y preceptos de la reforma legal de la discapacidad. El Derecho en el umbral de la política* (dir. P. A. Munar Bernat), Marcial Pons, Madrid-Barcelona-Buenos Aires-Sao Paulo, 2021.

Pereña Vicente, M.: "La transformación de la guarda de hecho en el anteproyecto de ley", Revista *de Derecho Civil*, vol. V, núm. 3 (julio-septiembre, 2018).

Prados García, C.: "Negativa de un banco a reconocer la condición de guardador de hecho. Comentario al Auto 8/2022 del Juzgado n. º 3 de Córdoba, de 11 de enero de 2022", *Diario la Ley*, núm. 1008, febrero 2022.

Quesada Sánchez, A. J.: "Cuestiones generales. Sobre el sentido de la «discapacidad» en la nueva ley", en AA.VV.: *La reforma civil y procesal en materia de discapacidad. Estudio sistemático de la Ley 8/2021, de 2 de junio* (dirs. Y. De Lucchi López-Tapia y A. J. Quesada Sánchez, coord. J. M. Ruíz-Rico Ruiz), Atelier, Barcelona, 2022.

Ragel Sánchez, L. F.: "La guarda y custodia de los hijos", *Derecho Privado y Constitución*, núm. 15, 2001.

Represa Polo, M. P.: "Régimen jurídico. El nombramiento del curador. Posibles sujetos curadores. Duración del cargo de curador. La remoción y excusa del cargo de curador", en AA.VV.: *La reforma civil y procesal en materia de discapacidad. Estudio sistemático de la Ley 8/2021, de 2 de junio* (dirs. Y. De Lucchi López-Tapia y A. J. Quesada Sánchez, coord. J. M. Ruíz-Rico Ruiz), Atelier, Barcelona, 2022.

Ribot Igualada, J.: "La nueva curatela", en AA.VV.: *Claves para la adaptación del ordenamiento jurídico privado a la Convención de Naciones Unidas en materia de discapacidad*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019.

Ruiz-Rico Ruiz, J.M.: "Las medidas de apoyo a la discapacidad. Sistema general (II): La guarda de hecho de los discapacitados. Su comparación con la guarda de hecho de los menores", en AA.VV.: *La reforma civil y procesal en materia de discapacidad. Estudio sistemático de la Ley 8/2021, de 2 de junio* (dirs. Y. De Lucchi López-Tapia y A. J. Quesada Sánchez, coord. J. M. Ruíz-Rico Ruiz), Atelier, Barcelona, 2022.

Sánchez Gómez. A.: "Reflexiones a propósito del Proyecto de Ley de 17 de julio de 2020 por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica", *Revista de Derecho Civil*, vol. VII, núm. 5 (octubre-diciembre, 2020).

Sancho Gargallo, I.: "El juez en el nuevo sistema de apoyos", en AA.VV.: *El ejercicio de la capacidad jurídica por las personas con discapacidad tras la Ley 8/2021, de 2 de junio* (dirs. M. Pereña Vicente y Mª M. Heras Hernández, y coord. M. Núñez Núñez), Tirant lo Blanch, Valencia, 2022.

Sánchez Hernández, A.: "Aspectos generales de la reforma del Código Civil relativa a las personas con discapacidad intelectual en el ejercicio de su capacidad jurídica", *Revista Boliviana de Derecho*, núm. 33, enero 2020.

Solé Resina, J.: "Apoyos no formalizados al ejercicio de la capacidad jurídica", en AA.VV.: *Un nuevo orden jurídico para las personas con discapacidad* (dirs. G. Cerdeira Bravo de Mansilla, M. García Mayo, y coords. C. Gil Membrado, J.J. Pretel Serrano), Wolters Kluwers, Madrid, 2021.

Torres Costa, E.: *La capacidad jurídica a la luz del artículo 12 de la Convención de Naciones Unidas sobre los derechos de las Personas con Discapacidad*, Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2020.

Vivas Tesón, I.: "Curatela y asistencia", en AA.VV.: *Principios y preceptos de la reforma legal de la discapacidad. El Derecho en el umbral de la política* (dir. P. A. Munar Bernat), Marcial Pons, Madrid-Barcelona-Buenos Aires-Sao Paulo, 2021.

LA EXTINCIÓN DE LA PENSIÓN COMPENSATORIA EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO: UNA REVISIÓN (CRÍTICA) DE LA STS 31 ENERO 2022 (TOL 8797534)

THE TERMINATION OF THE COMPENSATORY PENSION IN THE JURISPRUDENCE OF THE SUPREME COURT: A REVIEW (CRITICAL) OF THE STS 31 JANUARY 2022 (TOL 8797534)

Rev. Boliv. de Derecho Nº 34, julio 2022, ISSN: 2070-8157, pp. 252-281

Manuel ORTIZ FERNÁNDEZ

ARTÍCULO RECIBIDO: 18 de abril de 2022
ARTÍCULO APROBADO: 30 de abril de 2022

RESUMEN: Las situaciones de crisis matrimonial pueden dar lugar al reconocimiento de una pensión compensatoria en favor del ex cónyuge que haya sufrido un empeoramiento económico. No obstante, esta compensación no siempre se mantiene inalterable a lo largo del tiempo. Muy al contrario, las variaciones que se produzcan en el patrimonio de ambas partes, así como la propia actitud que adopten, tienen incidencia en su cuantía y duración. A este respecto, en la reciente STS 31 enero 2022 se plantea un escenario peculiar en el que, a pesar de que se encuentran presentes diversas causas que podrían dar lugar a la extinción de la prestación, no fue acogida la pretensión del actor en instancias inferiores. Asimismo, se plantea la cuestión relativa a los efectos de la sentencia, esto es, si cabe que se aplique de forma retroactiva.

PALABRAS CLAVE: Divorcio; extinción; familia; matrimonio; pensión.

ABSTRACT: *Situations of marital crisis may result in recognition of a compensatory pension in favour of the former spouse who has suffered an economic downturn. However, this compensation does not always remain unchanged over time. On the contrary, the variations that occur in the assets of both parties and the attitude they adopt have an impact on their amount and duration. In this regard, in the recent STS 31 January 2022, a peculiar scenario arises in which the plaintiff's claim was not accepted in lower instances. Nevertheless, various causes are present that could lead to the extinction of the benefit. The question also arises as to the effects of the judgment, whether it may be applied retroactively.*

KEY WORDS: *Divorce; extinction; family; marriage; pension.*

SUMARIO.- I. CONSIDERACIONES PRELIMINARES.- II. LA STS 31 ENERO 2022: HECHOS RELEVANTES, PRONUNCIAMIENTOS ANTERIORES Y DECISIÓN FINAL.- III. ANÁLISIS DE LAS CAUSAS DE EXTINCIÓN DE LA PENSIÓN COMPENSATORIA EN EL SUPUESTO PLANTEADO EN LA STS 31 ENERO 2022.- 1. Las variaciones en la posición económica de la acreedora de la pensión y la incidencia de los pactos acordados, de la temporalidad y de la actitud adoptada: una interpretación de conjunto.- A) Reflexiones sobre el acuerdo sobre la venta del inmueble y la posible aplicación de la cláusula rebus sic stantibus.- B) La temporalidad de la pensión y la desidia por parte de la acreedora.- C) A modo de conclusión inicial.- 2. Las variaciones en la posición económica del deudor de la compensación y el nacimiento de nuevas "cargas".- IV. EL MOMENTO TEMPORAL EN EL QUE SE PRODUCEN LOS EFECTOS DE LA EXTINCIÓN DE LA PENSIÓN: A VUELTAS CON LA POSIBLE APLICACIÓN RETROACTIVA.

I. CONSIDERACIONES PRELIMINARES.

Los vínculos matrimoniales constituyen, sin duda, uno de los pilares básicos del denominado Derecho de familia. En este sentido, tal y como se configura en el art. 44 CC, el matrimonio aparece como un derecho subjetivo de las personas. Además, a partir de la relevante modificación de este precepto comportada por la Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio, esta cuestión es independiente de que ambos contrayentes sean de diferente o del mismo sexo.

Sin embargo, en ocasiones se producen situaciones de crisis[1] en el seno de estas uniones que comportan, generalmente, el cese de la convivencia de los cónyuges o ex cónyuges[2] (o, al menos, así se presume *ex* art. 102 CC) y la suspensión o extinción de la casi totalidad de los deberes contemplados en los arts. 67 y 68 CC. Además, otra de las consecuencias más relevantes es la posibilidad de fijar una compensación económica[3] a favor de uno de los cónyuges.

1 Téngase en cuenta que en el presente análisis únicamente nos vamos a referir a las situaciones de separación y divorcio, y no a la nulidad matrimonial por cuanto en este último supuesto no opera la pensión compensatoria, *strictu sensu*. Muy al contrario, para estos casos el art. 98 CC prevé una suerte de indemnización a favor del cónyuge de buena fe. Por lo tanto, a pesar de que ciertas cuestiones son equivalentes en ambos escenarios, se trata de figuras distintas.

2 Conviene destacar que la pensión compensatoria se refiere, indistintamente, a los casos de separación y divorcio. Por tanto, lo más adecuado es hablar de cónyuges o ex cónyuges según nos encontremos ante uno u otro caso, respectivamente. No obstante, por razones de economía lingüística y con el fin de evitar reiteraciones innecesarias, a lo largo del presente análisis únicamente nos referiremos a los ex cónyuges, sin distinción en este punto. Entiéndase, por tanto, puesto sobre alerta el lector acerca de esta cuestión.

3 Asimismo, con carácter previo debemos señalar que los términos pensión compensatoria, compensación o prestación se utilizarán de forma indistinta para aludir a la misma realidad.

• Manuel Ortiz Fernández
Profesor ayudante del Área de Derecho Civil de la Universidad Miguel Hernández de Elche. Correo electrónico: m.ortizf@umh.es.

Tal extremo se produce, tal y como destaca el art. 97.I CC[4], cuando existe un "desequilibrio económico en relación con la posición del otro, que implique un empeoramiento en su situación anterior en el matrimonio". En definitiva, para que surja la pensión se requiere que se produzca una situación de desequilibrio económico entre los ex cónyuges y un empeoramiento del más desfavorecido en cuanto al nivel anterior al matrimonio. Dicha compensación, como indica el precitado precepto, puede consistir en una pensión temporal o por tiempo indefinido, así como en una prestación única.

En palabras de la doctrina más autorizada, la pensión compensatoria "halla (o hallaba) explicación, en buena parte, en la idea de solidaridad post conyugal". A este respecto, "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[5]".

De alguna forma, la compensación puede ser explicada en clave de pérdida de oportunidad (*perte de chance*), esto es, de la privación de la posibilidad que el cónyuge desfavorecido ocupe una situación más adecuada y beneficiosa. En cierta medida, es el resultado de anudar al art. 97.II CC un inciso: "El cónyuge al que la separación o el divorcio produzca un desequilibrio económico en relación con la posición del otro, que implique un empeoramiento en su situación anterior en el matrimonio [y como consecuencia del mismo]".

Este posicionamiento se basa en la lógica propia del Derecho de Daños, esto es, daño-reparación[6]. Además, no pretende reponer la posición del cónyuge

4 Por su parte, para fijar la cuantía de la compensación se ha de atender a las circunstancias que incorpora el art. 97.II CC, a saber, "1.ª Los acuerdos a que hubieran llegado los cónyuges. 2.ª La edad y el estado de salud. 3.ª La cualificación profesional y las probabilidades de acceso a un empleo. 4.ª La dedicación pasada y futura a la familia. 5.ª La colaboración con su trabajo en las actividades mercantiles, industriales o profesionales del otro cónyuge. 6.ª La duración del matrimonio y de la convivencia conyugal. 7.ª La pérdida eventual de un derecho de pensión. 8.ª El caudal y los medios económicos y las necesidades de uno y otro cónyuge. 9.ª Cualquier otra circunstancia relevante".

5 En este sentido, *vid.* de Verda y Beamonte, J. R.: "La compensación por desequilibrio económico en la separación y el divorcio: últimas tendencias jurisprudenciales", *Actualidad Civil*, núm. 10, 2020, p. 4.

6 En esta línea, indica la STS 14 febrero 2018 (*Tol 6516422*), que la pensión compensatoria tiene "una finalidad indemnizatoria y reequilibradora, pues trata de restaurar el desequilibrio económico que la ruptura de la relación de convivencia provoca en uno de los cónyuges, y que comporta un empeoramiento patrimonial en relación con el nivel de vida disfrutado por ambos durante la vida en común, y en comparación con el status conservado por el otro cónyuge", de tal forma que no persigue igualar ni equiparar las economías de los cónyuges, sino "remediar un agravio comparativo, cumpliendo una triple función: resarcir el daño objetivo consistente en la pérdida de expectativas de toda índole como consecuencia del vínculo matrimonial, colocar al cónyuge que experimenta un empeoramiento económico en situación de potencial igualdad de oportunidades a la que hubiese tenido de no haber contraído el matrimonio, y facilitar al cónyuge que sufre

al momento previo a la celebración del matrimonio, sino que "indemniza" la imposibilidad de que, con ocasión del mismo, dicha persona haya podido acrecentado su patrimonio. En otras palabras, estamos ante una verdadera "compensación" por la carga que ha supuesto el vínculo para uno de los ex cónyuges, en la medida en que su dedicación le ha impedido generar ingresos económicos suficientes. Implícitamente, está aludiendo a una interpretación amplia del "empeoramiento" del ex cónyuge más desfavorecido, por cuanto no es preciso que el mismo se traduzca en un descenso en los ingresos económicos, sino que basta con que se produzca un contexto más deteriorado por diferentes motivos. Por ejemplo, porque al no llevar a cabo una inserción laboral en el momento inicial y, a consecuencia del paso del tiempo, es más complejo que se produzca tras la crisis matrimonial.

En suma, consiste en llevar a cabo un ejercicio probabilístico, para concretar cuál hubiese sido la realidad del cónyuge de no haber contraído el matrimonio. Sea como fuere, como toda hipótesis, entendemos que está sujeta a la comprobación, al ensayo y error. Se trata, por tanto, de una presunción *iuris tantum* que admite prueba en contrario.

En todo caso, la compensación no es un derecho estático, sino que está sujeta al posterior desarrollo de los acontecimientos y a los cambios que se produzcan, por lo que este extremo puede ser relevante, como veremos, para dar por concluida una pensión. A este respecto, del reconocimiento de la misma no se puede deducir que no pueda variar y que se mantenga inmutable. Muy al contrario, los arts. 100 y 101 CC permiten que sea modificada y, en su caso, extinguida, en atención a una variación de las condiciones que fueron valoradas para constituirla. Además, hemos de tener presente que la citada alteración desde la constitución hasta, su caso, la extinción es gradual[7]. Por ello, es posible que una determinada causa no de lugar a la supresión de la pensión, sino que se apruebe una modificación por no ser de una entidad suficiente[8]. Sobre el particular, *vid.* la STS 18 julio 2018[9].

tal desequilibrio un *status* semejante al que mantiene el otro al tiempo de la ruptura, y que guarde relación proporcional con la duración de la vida en común".

7 En este sentido, Montero Aroca, J.: *Separación, divorcio y nulidad matrimonial*, tomo III, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, p. 2450 señala que la diferencia entre modificación y extinción es de grado o de intensidad y no de calidad.

8 Así, indica Barceló Doménech, J.: "La compensación por desequilibrio económico en caso de separación o divorcio", en AA.VV.: *Las crisis familiares. Tratado Práctico interdisciplinar* (dir. J. R. de Verda y Beamonte), Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, pp. 291-315 que el paralelismo entre extinción y modificación es notable, pues "la intensidad de la alteración puede determinar, según los casos, modificación o extinción de la pensión. Es, en consecuencia, muy estrecho el vínculo entre modificación y extinción de la pensión, hasta tal punto lo es que suele decirse que quien pide la extinción pide, al mismo tiempo y para el caso no pueda demostrarse que haya cesado totalmente el desequilibrio, la modificación (reducción, mejor dicho) de la pensión". Sin embargo, como pone de relieve el autor, esta relación tan directa plantea "dificultades prácticas, derivadas de la necesidad de diferenciar alteraciones en la fortuna de los cónyuges que solo justificarían la modificación y la verdadera desaparición del desequilibrio que lleva a la extinción; la complejidad en la ponderación de los distintos elementos es evidente".

9 STS 18 julio 2018 (*Tol 6670975*).

En este sentido, para que se produzca la extinción de la compensación debe concurrir alguna de las situaciones que incluye el art. 101.I CC, es decir, "el cese de la causa que lo motivó, por contraer el acreedor nuevo matrimonio o por vivir maritalmente con otra persona". No se acordará tal extremo, como indica el art. 101.II CC, "por el solo hecho de la muerte del deudor. No obstante, los herederos de éste podrán solicitar del Juez la reducción o supresión de aquélla, si el caudal hereditario no pudiera satisfacer las necesidades de la deuda o afectara a sus derechos en la legítima".

En todo caso, no se puede obviar que las causas contempladas en el art. 101.I CC no suponen una enumeración exhaustiva o *numerus clausus*[10]. Muy al contrario, es posible encontrar otras circunstancias[11] que también darían lugar a la finalización de la compensación y que no se recogen expresamente en el Código[12]. En este sentido, parte de la doctrina[13] propone diferenciar entre "cese del derecho a la pensión" y "causas de extinción", de tal forma que el primer grupo se reserve para los supuestos *ex* art. 101.I CC.

En este marco, pues, hemos de analizar la reciente STS 31 enero 2022[14] para determinar, de un lado, si los criterios que emplea para resolver el supuesto planteado se corresponden con la jurisprudencia mantenida anteriormente y si, en todo caso, recibe amparo desde la perspectiva de la justicia material. A este

10 A este respecto, Torres Lana, J. A.: "Comentario al art. 101 CC", en AA.VV.: *Matrimonio y divorcio. Comentarios al nuevo Título IV del Libro Primero del Código Civil* (coord. por J. L. Lacruz Berdejo), Civitas, Madrid, 1982, p. 786 destaca que "el precepto ha querido únicamente enumerar las causas relativas a la situación familiar que originó la existencia de la pensión. Por esta razón, las causas relacionadas se circunscriben a las que, por motivos lógicos o éticos/sociales, dimanantes del propio hecho de la separación o divorcio, o de la asunción por un tercero del deber de socorro que subyace a la pensión, enlazan de alguna manera con las necesidades que la misma quiere remediar. Pero, además, hay artículos del propio Código que configuran o de los que se deducen supuestos extintivos del derecho a la pensión que no figuran en la redacción inicial del art. 101".

11 Sobre el particular, resulta interesante la clasificación que establece Zarraluqui Sánchez-Eznarriaga, L.: *La pensión compensatoria de la separación conyugal y el divorcio,* segunda edición, Lex Nova, Valladolid, 2003, pp. 381-382 que atiende a "las causas que son totalmente *objetivas* y no precisan de ponderación alguna, sino solamente de su reconocimiento por el acreedor o su prueba, y aquellas que exigen una *valoración de circunstancias y hechos,* algunos de gran dificultas probatoria". Dentro de las primeras, anuda la defunción del acreedor o su matrimonio, en los que la sentencia será declarativa. Por su parte, en las segundas se ubica la convivencia marital, en la que el pronunciamiento judicial tendrá carácter constitutivo.

12 Por ejemplo, tal extremo concurre cuando existe una reconciliación entre los cónyuges, cuando el acreedor fallece o renuncia a la acción o cuando la misma caduca. Asimismo, a pesar de que no trate, *strictu sensu,* de una extinción de la compensación, cuando se fija un plazo en la misma (y es, por tanto, temporal), lo cierto es que también finaliza dicha situación. Entre las causas no enunciadas expresamente, Montero Aroca, J.: *La pensión compensatoria en la separación y el divorcio (La aplicación práctica de los artículos 97, 98, 99, 100 y 101 del Código Civil),* Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, pp. 255-260 refiere la muerte del acreedor, el vencimiento del plazo por el que se concedió la pensión, la disposición del acreedor, la prescripción, la caducidad de la acción, la reconciliación y la nulidad del matrimonio.

13 En este sentido, *vid.* Arza Arteaga, A.: *Remedios jurídicos a los matrimonios rotos,* Universidad de Deusto, Bilbao, 1995, pp. 134-135. Sea como fuere, como apunta Sánchez Rodríguez, M. P.: *La extinción del derecho a la pensión compensatoria,* Comares, Granada, 2005, p. 21, "existe práctica unanimidad en la utilización de la expresión «causas de extinción» para referirse a todos aquellos supuestos que, con independencia de que se contemplen o no en el artículo 101, determinen la desaparición hacia el futuro de la pensión por desequilibrio económico".

14 STS 31 enero 2022 (*Tol 8797534*).

respecto, no se puede obviar que este juicio requiere de un examen, *ad casum,* de las particulares circunstancias que concurren, debiendo llevarse a cabo una ponderación de los potenciales intereses en juego.

II. LA STS 31 ENERO 2022: HECHOS RELEVANTES, PRONUNCIAMIENTOS ANTERIORES Y DECISIÓN FINAL.

D. Cándido y Dña. Asunción decidieron extinguir su vínculo matrimonial y solicitaron el divorcio en diciembre de 1991. En dicho momento, acordaron un convenio regulador que reconocía una pensión compensatoria de 600 € mensuales a favor de Dña. Asunción, siendo aprobado el mismo en sentencia del juzgado de primera instancia de 19 de diciembre de ese mismo año.

Sin embargo, en octubre de 2008, se instó una modificación de medidas y se refrendó un nuevo pacto de los ex cónyuges en el que se incrementaba la mencionada pensión hasta la suma de 1.387 € al mes. En todo caso, se acordó la reducción de esta pensión a 700 euros cuando se procediera a la enajenación de una finca propiedad de Dña. Asunción (al ser condonada la deuda de 27.035,42 € por parte de D. Cándido).

Dos años más tarde, el ex esposo solicitó la extinción de la pensión compensatoria y, subsidiariamente, su reducción a 700 €, con base en una serie de hechos acaecidos; a saber, la pérdida considerable de ingresos del obligado al abono, las nuevas obligaciones adquiridas por este último (al tener que atender al sustento de dos hijas nacidas de una nueva relación), la desidia en la búsqueda de empleo por parte de la perceptora de la pensión y la venta del inmueble que se había fijado anteriormente como criterio para dar lugar a una rebaja de la citada pensión.

No obstante, tanto en primera instancia (que desestimó completamente la pretensión) como en apelación[15], no se atendió a la solicitud de D. Cándido. En todo caso, en el pronunciamiento de la Audiencia Provincial sí se acogió la petición subsidiaria, esto es, la modificación de la pensión a la cantidad de 700 € mensuales.

Posteriormente, en el año 2019, el ex cónyuge volvió a formular una nueva demanda en la que, de nuevo, se instaba a la extinción de la pensión debido a que, a todo lo anterior, se sumaba que había transcurrido un periodo de tiempo razonable desde la fijación de este derecho (unos 26 años) y la percepción de una herencia por parte de la demandada.

15 SAP Madrid 23 febrero 2012 (*Tol 2488401*).

En primera instancia, a pesar de que no se acogió completamente la pretensión del actor, sí estableció la rebaja a la suma de 200 € y, además, le atribuyó un carácter temporal (de 2 años). Sea como fuere, en apelación se revocó este pronunciamiento y, aplicando la cláusula incluida en el convenio regulador referida a la enajenación del bien inmueble, determinó la cantidad de la pensión en 700 €.

Contra esta sentencia, D. Cándido interpuso recurso extraordinario por infracción procesal y casación. A este respecto, el Tribunal Supremo, en la mencionada STS 31 enero 2022, se plantea una serie de cuestiones para resolver el caso. En primer lugar, en cuanto al tiempo transcurrido desde la constitución de la pensión, esto es, acerca de la temporalidad de la misma, prevé que no siempre este extremo supone una causa de extinción, salvo que se hubiera pactado o se decidiese en sede judicial.

En segundo lugar, se refiere el Tribunal a la incidencia de la adjudicación de bienes en la liquidación de la sociedad ganancial, reconociendo que la atribución de bienes puede conllevar la desaparición del desequilibrio económico y, por tanto, la finalización del derecho.

En tercer lugar, se ocupa de analizar el impacto de los negocios jurídicos de Derecho de familia y, en concreto, la validez de los pactos que los ex cónyuges incluyan en el convenio regulador. Sobre el particular, la sentencia objeto de estudio reconoce su carácter vinculante, siempre que no sean contrarios, como indica el art. 1255 CC, a las leyes, a la moral y al orden público. Por lo que se refiere a la pensión compensatoria, parece evidente que cabe recurrir a dichas facultades en este ámbito, pudiendo definir las partes tanto su cuantía como su duración.

Todos estos criterios, unidos a las circunstancias concurrentes en el supuesto, son suficientes a juicio del Tribunal Supremo para declarar la extinción de la pensión compensatoria. Entre esas circunstancias, hemos de destacar la reducción de ingresos del actor y sus nuevas cargas familiares, la percepción de una herencia por parte de la demandada, así como el propio montante económico de que disponía esta última en cuentas corrientes, bastante superior al del primero. A ello, hay que anudar, a mayor abundamiento, que la ex esposa había estado disfrutando de esta pensión, en el momento de enjuiciar los hechos, durante 29 años.

III. ANÁLISIS DE LAS CAUSAS DE EXTINCIÓN DE LA PENSIÓN COMPENSATORIA EN EL SUPUESTO PLANTEADO EN LA STS 31 ENERO 2022.

En el caso que nos ocupa, interesa especialmente la causa de extinción relativa al "cese de la causa que lo motivó", que se refiere, fundamentalmente, a las variaciones que se producen en el patrimonio de los cónyuges, esto es, a la

evolución que experimentan sus respectivas situaciones económicas. En particular, este extremo concurre o bien cuando el ex cónyuge que recibe la prestación consigue una mejora o, por el contrario, cuando el obligado al abono sufre un empeoramiento considerable.

A este respecto, se han producido diversos sucesos que, sin duda, tienen incidencia en este ámbito y que pueden dar lugar a la extinción de la pensión; a saber, la reducción de los ingresos del ex esposo, el nacimiento de nuevas obligaciones alimenticias para este último, la atribución de bienes por la liquidación de la sociedad de gananciales, así como la percepción de una herencia por la ex esposa.

A ello, hay que anudar otras circunstancias que influyen en este campo: de un lado, la desidia en la búsqueda de empleo; de otro lado, la propia temporalidad de la pensión; y, por último, la eficacia de los pactos que tuvieran suscritos las partes.

Asimismo, se plantea la cuestión, íntimamente ligada a lo anterior, de determinar el momento en el que la sentencia dictada despliega sus efectos, es decir, si cabe aplicar el fallo con carácter retroactivo. No se puede obviar que, en determinados contextos, podemos encontrarnos ante situaciones injustas.

Generalmente, en los supuestos de la práctica se plantea la extinción de la compensación con base en una o varias causas previstas en el art. 101.1 CC, pero en la STS 31 enero 2022 se pueden detectar una multiplicidad tan amplia de circunstancias que conlleva que nos encontremos ante un escenario particular. Por este motivo, es todavía más necesario que se acoja una visión completa, sin reduccionismos, en la que se ponderen todas ellas de forma global.

1. Las variaciones en la posición económica de la acreedora de la pensión y la incidencia de los pactos acordados, de la temporalidad y de la actitud adoptada: una interpretación de conjunto.

En primer lugar, por lo que respecta a la adquisición de una herencia por parte del acreedor, podemos extraer una suerte de regla general de la jurisprudencia[16]. En este sentido, la STS 3 octubre 2011[17] señaló que:

"En teoría, es razonable valorar el hecho de recibir una herencia como una circunstancia no previsible y, por ende, que no procedía tomar en cuenta cuando se

16 Con carácter previo a la STS 3 octubre 2011 (*Tol 2258920*), lo cierto es que se manejaban diferentes criterios en las audiencias provinciales. A este respecto, a favor de la reducción, temporalización o extinción de la pensión, encontramos, entre otras, la SAP Girona 26 octubre 2010 (*Tol 1986774*) o la SAP Barcelona 13 abril 2011 (*Tol 2130086*). Por su parte, en contra de tal extremo, *vid.* la SAP La Coruña 15 septiembre 2010 (*Tol 1952235*) o la SAP Madrid 15 octubre 2010 (*Tol 2017312*).

17 STS 3 octubre 2011 (*Tol 2258920*).

fijó la pensión compensatoria. Entendida pues como una circunstancia sobrevenida, de imposible o difícil valoración a priori, susceptible de incidir favorablemente en la situación económica del beneficiario o acreedor de la pensión, la percepción de la herencia tendría cabida en el concepto de alteración sustancial de aquellas iniciales circunstancias, que es el presupuesto contemplado en el artículo 100 CC para que pueda estimarse la pretensión de modificar la cuantía de la pensión reconocida. Sin embargo, que en la práctica tal alteración tenga efectivamente lugar con ese carácter de sustancial o esencial a consecuencia de la herencia aceptada es algo que no puede afirmarse sino tras examinar las circunstancias del caso concreto, y en particular, después de valorar su entidad en el plano económico, la disponibilidad que al acreedor corresponde sobre los bienes que la integran, y, en suma, la posibilidad efectiva de rentabilizarlos económicamente (pues sin esta rentabilización, la mera aceptación de la herencia no se va a traducir en una mejora de la situación económica)".

Desde esta perspectiva, a pesar de que no declara la extinción de la pensión por cuanto "el disfrute de la mayoría de los bienes relictos corresponde a la viuda usufructuaria" y, además, tal hecho ha quedado probado por la Audiencia Provincial y no cabe revisión en casación, lo cierto es que establece unas bases muy relevantes a este respecto. Así, señala que la adquisición de una herencia es una circunstancia no previsible que puede repercutir en la situación económica del acreedor de la prestación y, por tanto, acabar con el "desequilibrio". No obstante, tal extremo no puede predicarse con carácter general, sino que es necesario acudir al caso concreto para determinar si, efectivamente, generan una verdadera renta para el beneficiario.

Precisamente esta es la línea que, posteriormente, sigue la STS 17 marzo 2014[18] para sentar "como doctrina jurisprudencial en la interpretación de estos dos artículos que el hecho de recibir una herencia es una circunstancia en principio no previsible, sino sobrevenida, susceptible de incidir favorablemente en la situación económica del beneficiario o acreedor de la pensión, y como tal determinante de su modificación o extinción". Además, esta sentencia es especialmente importante, ya que determina la distribución del *onus probandi* en este ámbito, a saber:

"que la carga de la prueba concerniente a la parte actora para hacer efectivo su derecho era acreditar la existencia de esta herencia adquirida por su esposa, lo que no se niega por esta, mientras que la prueba de los pormenores y detalles de la

18 STS 17 marzo 2014 (*Tol 4142357*). Pues bien, este razonamiento ha sido acogido en otros supuestos en los que, en función de las particularidades concurrentes, se ha aceptado o no la extinción de la pensión. Sea como fuere, la mayor parte de las resoluciones no suelen apreciar este hecho como determinante de la finalización de la extinción. Por ejemplo, la STS 16 noviembre 2016 (*Tol 5892438*), aceptó la valoración realizada por la Audiencia Provincial en la que, entre otras cuestiones, quedó probado que la acreedora tuvo que enajenar la vivienda heredada para adquirir otra. Por todo ello, señaló que no procedía la extinción de la compensación. En unos términos similares resuelve la STS 3 febrero 2017 (*Tol 5960246*).

herencia, obstativos al éxito de la acción entablada, correspondía a la demandada que los alega al tratarse de hechos que impedirían la eficacia jurídica de los hechos constitutivos de la acción, de tal forma que la falta de prueba (o insuficiencia de prueba) acerca de un hecho necesitado de ella, como son los extremos relativos a esta herencia, no cabe que opere en perjuicio de aquel a quien no incumbía la probanza, según el artículo 217 LEC, conforme, además, a la mejor posición probatoria que en este orden ocupa la demandada, en base a los principios de disponibilidad y facilidad probatoria que establece referida norma".

En atención a las premisas señaladas y teniendo en cuenta que la ex esposa percibió una herencia de su madre cuyo importe ascendía, al menos, a la suma de 135.851,72 €, entendemos que este hecho, de forma aislada y única, resulta determinante para valorar el mantenimiento de la compensación.

Si hiciéramos un cómputo, tal y como efectúa la sentencia, este importe le permitiría disfrutar de unos 6.500 € al mes durante 21 años (hasta alcanzar cerca de los 90 años de edad). Desde nuestra perspectiva, se trata de una cantidad suficiente para subsistir de una forma adecuada, sin que sea preciso contar con otras retribuciones.

Por lo que se refiere a la liquidación de la sociedad ganancial, lo cierto es que la jurisprudencia del Tribunal Supremo no se ha mantenido constante acerca de su consideración como una causa que comporte la extinción de la pensión. En contra de este extremo, se manifiesta, entre otras, la STS 3 octubre 2008[19].

En realidad, se parte de un argumento, en ocasiones circular, de que la liquidación simplemente concreta los bienes que, en atención al régimen económico vigente, le correspondían al acreedor, por lo que no existe, desde esta perspectiva, incremento patrimonial alguno.

Sea como fuere, en otros pronunciamientos se han matizado estos aspectos y, o bien se ha procedido a eliminar la compensación[20] o, al menos, se ha dejado constancia de dicha posibilidad. A este respecto, *vid.* las SSTS 24 noviembre 2011[21], 14 febrero 2018[22].

19 STS 3 octubre 2008 (*Tol 1386042*). En idénticos términos, encontramos, entre otras, las SSTS 10 marzo 2009 (*Tol 1474923*), 27 junio 2011(*Tol 2191098*) y 1 marzo 2016 (*Tol 5661629*), ya que incorporan un argumento similar para no admitir la extinción de la pensión. Tampoco concede tal extremo la STS 10 diciembre 2012 (*Tol 2722256*), pero en este caso se recurre al convenio pactado por los cónyuges. Asimismo, algunas audiencias se han manifestado a favor de este extremo. Entre otras, *vid.* SAP Zamora 18 junio 2012 (*Tol 2588001*), SAP Asturias 19 octubre 2012 (*Tol 2686573*).

20 También encontramos manifestaciones en este sentido en la jurisprudencia menor. En este sentido, entre otras, *vid.* SSAP Navarra 22 mayo 2013 (*Tol 3914630*), Cáceres 11 marzo 2020 (*Tol 7925850*).

21 STS 24 noviembre 2011 (*Tol 2301349*). En igual sentido, *vid.* la STS 11 mayo 2016 (*Tol 5728503*).

22 STS 14 febrero 2018 (*Tol 6516542*).

En el supuesto resuelto por la STS 31 enero 2022, parece desprenderse que se adjudicó la vivienda familiar a la ex esposa y que, además, la misma fue enajenada. De hecho, esta venta se llevó a cabo por una cantidad nada desdeñable (452.000 €). A priori, no puede negarse que estamos ante una circunstancia a tener muy en cuenta y que podría dar lugar a la extinción de la compensación por la elevada cantidad.

Si volvemos a realizar el mismo ejercicio y hacemos un cómputo global, tal y como efectúa la sentencia, este importe le permitiría disfrutar de unos 21.500 € al mes durante 21 años (hasta alcanzar cerca de los 90 años de edad). De nuevo, nos encontramos ante un importe más que suficiente para que la acreedora pueda desarrollarse con plenitud.

Sin embargo, en este caso se había hecho constar expresamente esta posibilidad (la enajenación del inmueble) en el pacto alcanzado por las partes, acordando que daría lugar a una rebaja de la pensión a 700 €.

Sobre el particular, hay que tener en cuenta que nos encontramos ante una materia de carácter dispositivo y que, por tanto, es disponible y negociable. En este sentido, ya desde la STS 22 abril 1997[23] se admitió la validez de los acuerdos celebrados por los cónyuges. Doctrina[24] esta, que reitera posteriormente la STS 31 marzo 2011[25] y que se resume en la STS 20 abril 2012[26].

Pues bien, aplicando unos criterios similares, entiende la STS 31 enero 2022 que la venta del piso ganancial, de acuerdo con lo previsto en el pacto adoptado por las partes, ha de dar lugar a una reducción de la pensión a 700 € al mes. Sin embargo, "existe otra circunstancia importante, que debe ser valorada, cuál es que la demandada heredó bienes de su madre que, según resulta de la escritura pública de división y adjudicación de su caudal hereditario, ascendían, al menos, a la suma de 135.851,72 euros", lo cual supone, teóricamente, la percepción de la pensión durante, al menos 16 años, "independientemente de la cantidad cobrada por la venta del piso común".

Y es que, no se puede obviar que la existencia del mencionado pacto y su apreciación judicial no excluye que se revisen otras causas, como lo es, en el

23 STS 22 abril 1997 (*Tol 5119376*).

24 En iguales términos se manifiesta la STS 30 abril 2013 (*Tol 3706592*) en la que prevé que "los cónyuges pueden pactar lo que consideren más conveniente sobre la regulación de las relaciones que surgen como consecuencia del divorcio o la separación". Insistiendo en esta línea, la STS 11 diciembre 2015 (*Tol 5595880*) fija como doctrina jurisprudencial que "a los efectos de la extinción de la pensión compensatoria, habrán de tenerse en cuenta los acuerdos contenidos en el convenio regulador, con absoluto respeto a la autonomía de la voluntad de ambos cónyuges, siempre que no sea contraria a la Ley, la moral y el orden público".

25 STS 31 marzo 2011 (*Tol 2114961*).

26 STS 20 abril 2012 (*Tol 2532595*).

supuesto, la recepción de la herencia o el empeoramiento de la situación del deudor (a la que nos referiremos posteriormente).

Sin embargo, en algunos de los últimos pronunciamientos, el Tribunal Supremo ha descartado la valoración de otras causas previstas en los arts. 100 y 101 CC para la modificación o extinción de la prestación, cuando los cónyuges han pactado expresamente las circunstancias que deben operar en este sentido. Es el caso de la STS 21 febrero 2022[27], en el que se afirma que:

"En definitiva, las partes decidieron determinar convencionalmente cuando la prestación del actor quedaba extinguida (…). Este acuerdo, al que le dieron carácter vinculante, es perfectamente válido, al entrar en el marco de las facultades dispositivas de las partes, y sin que plantearan cuestión alguna relativa a que su suscripción se llevara efecto bajo la concurrencia de un vicio en el consentimiento (arts. 1265 y siguientes del CC), de difícil apreciación, además, cuando los litigantes estaban debidamente asesorados por sus respectivas letradas".

A) Reflexiones sobre el acuerdo sobre la venta del inmueble y la posible aplicación de la cláusula rebus sic stantibus.

En todo caso, sin negar lo cierto de los argumentos anteriores, entendemos que los negocios jurídicos del Derecho de familia y, en concreto, los acuerdos recogidos en los convenios reguladores a tal efecto no pueden impedir que se apliquen ciertas reglas cuya vigencia es universal. A este respecto, podemos concluir, a priori, que estos documentos constituyen una suerte de contratos atípicos[28] y, por tanto, de forma excepcional puede modificarse su contenido.

Lógicamente, ello quedará restringido a aquellos casos en los que se produzcan cambios que den lugar a una alteración de las circunstancias que fueron tenidas en cuenta inicialmente y han de ser sobrevenidos[29], relevantes y estables. Se trata, en definitiva, de una variación imprevista de las condiciones esenciales que justificaron la celebración del negocio en los términos en los que se expresó.

En suma, en este contexto, las peculiares características que rodean al supuesto provocan que sea especialmente gravoso para una de las partes el cumplimiento

27 STS 21 febrero 2021 (*Tol 8820487*).

28 En todo caso, a pesar de que simplifiquemos la cuestión relativa a la naturaleza jurídica de los convenios reguladores, así como el contenido de los mismos, hay que tener en cuenta que existen diversas posiciones doctrinales que difieren en cuanto a la propia tarea encomendada al juez. A este respecto, destaca Lathrop Gómez, F.: "Naturaleza jurídica del convenio regulador de las crisis matrimoniales", en AA.VV.: *Perspectivas del derecho de familia en el siglo XXI: XIII Congreso Internacional de Derecho de Familia* (coord. por C. Lasarte Álvarez; A. Donado Vara; M. F. Moretón Sanz; F. Yáñez Vivero), Instituto de Desarrollo y Análisis del Derecho de Familia en España, Sevilla, 2004 que se trata de un acto jurídico familiar en el que se tiene que diferenciar entre las relaciones económicas de los cónyuges y las relaciones paterno filiales.

29 Para más información, *vid.* Castiñeira Jerez, J.: "*Pacta sunt servanda*, imprevisión contractual y alteración sobrevenida de las circunstancias", *Revista Aranzadi de derecho patrimonial,* núm. 29, 2012, pp. 71-106.

de las prestaciones a las que se vinculó. Esta facultad se canaliza a través de la denominada cláusula *rebus sic stantibus* –o, como apunta algún sector, teoría de la imprevisión[30]–, cuyo origen se vinculó a los contratos de tracto sucesivo. El efecto que se produce con este tipo de cláusula es, fundamentalmente, la modificación de los términos en que se fijaron las prestaciones, pudiendo dar lugar, en los casos extremos, a la finalización de la relación obligacional.

Como destacan algunos autores[31], "El Derecho moderno es un proceso de cambio y de adaptación que debe estar engrasado a través de mecanismos que permitan esa adaptación. La figura que mejor ejemplifica dicho mecanismo es la cláusula *rebus sic stantibus*, que está directamente conectada con esa perspectiva del Derecho de adaptación al cambio de circunstancias para la obtención soluciones rápidas".

No obstante, no es una cuestión pacífica en la doctrina científica y existen voces contrarias a la cláusula. Así, advierten del riesgo de la expansión de esta regla en la jurisprudencia del Tribunal Supremo[32]. En este sentido, "Una aplicación de la regla *rebus sic stantibus* tan extensiva como la comentada podría llevar a efectos indeseados en el tráfico jurídico y económico, en la medida en que, a nuestro juicio, conlleva una falta de consideración a la distribución de riesgos contractuales y, en definitiva, a la voluntad de las partes, y genera una evidente inseguridad jurídica".

Igualmente, la jurisprudencia ha ido variando y no siempre se ha mostrado favorable a la cláusula *rebus sic stantibus*[33]. Los últimos pronunciamientos hacen referencia a la necesidad de que exista una modificación imprevisible o inevitable

30 En este sentido, *vid.* Rivera Restrepo, J. M.: "Historia y fundamentos de la cláusula *rebus sic stantibus* (teoría de la imprevisión). Una mirada a la doctrina española2, *Ars Boni Et Aequi,* núm. 1, pp. 31-48.

31 Orduña Moreno, F. J.: "Webinar COVID-19: La *rebus* en tiempos de crisis", *vLex,* núm. 2020, disponible en: https://libros-revistas-derecho.vlex.es/ (fecha de última consulta 02.05.2022). Para más información sobre esta cláusula, *vid.* Orduña Moreno, F. J. y Martínez Velencoso, L. M.: *La moderna configuración de la cláusula Rebus Sic Stantibus. Desarrollo de la nueva doctrina jurisprudencial aplicable y Derecho comparado*, Civitas, Madrid, 2017.

32 Luna Yerga, A. y Xiol Bardají, M.: "*Rebus sic stantibus*: ¿Un paso atrás? Comentario a la STS, 1ª, 15.10.2014 (Ar. 6129) y a la jurisprudencia posterior de la Sala Primera del Tribunal Supremo sobre la regla *rebus sic stantibus*", *InDret,* núm. 2, 2015, p. 8.

33 Esta evolución puede observarse, entre otras, en las SSTS 17 noviembre 2000 (RJ 2000, 9343), 28 diciembre 2001 (RJ 2002, 1650), 17 enero 2013 (RJ 2013, 1819), 30 junio 2014 (RJ 2014, 3526), 30 abril 2015 (RJ 2015, 2019).
En contra de la vigencia de la cláusula *rebus sic stantibus* en los contratos temporales se manifiesta la reciente STS 6 marzo 2020 (RJ 2020, 879) que, sin rechazar de plano su aplicación, la limita a los supuestos en los que se produzca un hecho que afecte al negocio y no pueda quedar amparado en el riesgo propio del mismo. En palabras del tribunal, "El cambio de estas características que, bajo las premisas que establece la jurisprudencia, podría generar un supuesto de aplicación de la regla de la *rebus sic stantibus* es más probable que se dé en un contrato de larga duración, ordinariamente de tracto sucesivo. Pero no en un supuesto, como el presente, de contrato de corta duración, en el que difícilmente puede acaecer algo extraordinario que afecte a la base del contrato y no quede amparado dentro del riesgo propio de ese contrato".
Tampoco la aplicación de esta cláusula ha sido pacífica en el resto de tribunales. A modo de ejemplo, *vid.* SAP A Coruña 18 febrero 2013 (JUR 2013, 127710), SAP Granada 17 enero 2014 (JUR 2014, 99088), SAP Baleares 17 octubre 2014 (JUR 2015, 5552), SJ de lo Mercantil Murcia núm. 2 23 enero 2018 (AC 2018, 852).

de las circunstancias, cuyos riesgos no puedan subsumirse en los derivados del propio contrato. De esta forma, no cabe alegar una situación de crisis económica para fundamentar una alteración del negocio. A modo de ejemplo, la STS 18 julio 2019[34] recuerda que:

La alteración de las circunstancias que puede provocar la modificación o, en último término, la resolución de un contrato, ha de ser de tal magnitud que incremente de modo significativo el riesgo de frustración de la propia finalidad del contrato. Y por supuesto, es preciso que tales circunstancias sobrevenidas fueran totalmente imprevisibles para los contratantes. (…)

Si las partes han asumido expresa o implícitamente el riesgo de que una circunstancia aconteciera o debieron asumirlo porque, en virtud de las circunstancias y/o naturaleza del contrato, tal riesgo era razonablemente previsible, no es posible apreciar la alteración sobrevenida que, por definición, implica lo no asunción del riesgo.

Desde nuestra perspectiva, entendemos que cabe recurrir a la misma con independencia del contrato de que se trate, pues los perjuicios que se derivan pueden predicarse en todos los negocios jurídicos[35]. Con base en la misma, se podría justificar tanto la modificación de un negocio jurídico[36] como su finalización, máxime cuando se deriva una imposibilidad sobrevenida[37] para ejecutar los servicios o entregar los bienes pactados. Ello no supondría una contradicción del principio *pacta sunt servanda,* sino una excepción al mismo[38] o, si se quiere, un mecanismo complementario al régimen general. Además, a pesar de que el campo de aplicación de esta excepción se ha vinculado, fundamentalmente, al

34 STS 18 julio 2019 (RJ 2019, 3010). En igual sentido, *vid*. SSTS 9 enero 2019 (RJ 2019, 5), 15 enero 2019 (RJ 2019, 146), 5 abril 2019 (RJ 2019, 1360).

35 En esta línea, *vid*. Orduña Moreno, F. J.: "Cláusula *Rebus*. STS 156/2020, de 6 de marzo. Distinción entre contratos de «larga y corta duración». Una clasificación carente de rango o de categorización aplicativa: inoportuna y fuera de contexto social", *Revista de Derecho vLex,* núm. 191, 2020.

36 No obstante, algunos autores ponen de relieve que, a pesar de que «Es evidente que el objetivo prioritario de la *rebus* como institución debería ser procurar y alentar que los contratantes renegocien en términos mutuamente satisfactorios», lo cierto es que «la cláusula *rebus* como tal no crea incentivos a negociar, ni, *ceteris paribus*, puede crearse tal incentivo por la mera existencia -como en la propuesta FIDE- de un mandato perentorio a negociar bilateralmente de buena fe. En consecuencia, el incentivo poderoso a negociar debe ser buscado fuera de la cláusula *rebus* o de la *rebus* como institución mixta de regla material + procedimiento de aplicación».
En este sentido, *vid*. Carrasco Perera, Á.: "Al fin la madre de todas las batallas del COVID 19: «rebus sic stantibus». Con ocasión de una reciente propuesta institucional", *Publicaciones Jurídicas,* p.11, disponible en: http://centrodeestudiosdeconsumo.com/images/Al_fin_la_madre_de_todas_las_batallas_del_covid_19-_rebus_sic_stantibus.pdf (fecha de última consulta: 02.05.2022).

37 Para más información, *vid*. Clarizia, O.: "Coronavirus ed esonero da responsabilità per inadempimento di obbligazione ex art. 1218 c.c.: impossibilità sopravvenuta oppure inesigibilità della prestazione?", *AJJ,* núm. 12 *bis,* 2020, pp. 352-365.

38 En este sentido, destaca Albiñana Cilveti, I.: "La reciente doctrina jurisprudencial de la cláusula *rebus sic stantibus* y su aplicación a las operaciones inmobiliarias", *Actualidad Jurídica Uría Menéndez,* núm. 49, 2018, p.116 que «La cláusula *rebus* supone una flexibilización y factor mitigador del rigor del principio *pacta sunt servanda*, en virtud del cual el contrato es fuente de obligaciones que han de cumplirse con arreglo a lo convenido».

sector patrimonial, ello no ha de ser así necesariamente. En esta línea, parte de la doctrina ha destacado la viabilidad de este recurso.

Así, Magro Servet[39] vincula estas causas a la fuerza mayor al señalar que "La operatividad de estas circunstancias se plasma como una causa de fuerza mayor, pero, sobre todo, con las características de imprevisible e inesperada que vienen a modificar las circunstancias iniciales del contrato y que atempera y modula esos incumplimientos por razón de las circunstancias sobrevenidas".

En el ámbito de los convenios reguladores, algunas sentencias han limitado, en cierta medida, la validez de ciertos pactos. A modo de ejemplo, la STS 12 marzo 2019[40] se ocupa del problema relativo a "si el derecho dispositivo de la pensión compensatoria permite que en un convenio regulador se puedan pactar las causas por las que procedería la modificación o extinción de la pensión alterando el régimen general previsto en los arts. 100 y 101 CC". Desde esta perspectiva, admitiendo dicha posibilidad, determina que no procede la extinción por cuanto:

"la interpretación que hace la parte recurrente de la cláusula décimo primera del convenio de 27 de diciembre de 1991 no puede conducir a extraer el resultado pretendido. Es cierto que ambos cónyuges pactaron que el convenio de esa data, acordado para la separación conyugal, sería válido para el posterior proceso de divorcio, pero también es cierto que ello se encontraba estrechamente entrelazado con el compromiso de ambos cónyuges, contenido en la misma cláusula, de tramitar la demanda de divorcio, una vez transcurrido un año desde la interposición de la demanda de separación; lo que, a todas luces, no se ha cumplido, por avatares matrimoniales entre los cónyuges".

En el caso que nos ocupa (el planteado en la STS 31 enero 2022), no cabe duda que existe una variación de las circunstancias que fueron previstas, por lo que, quizás, podría recurrirse, a instancia de parte, a la cláusula *rebus.* Ello podría suponer, por ejemplo, la no aplicación de la rebaja prevista y su sustitución por la extinción de la pensión.

Por más que se hubiera previsto la venta del inmueble familiar, no se puede obviar que la demandada contaba en sus cuentas corrientes con una suma líquida de 388.000 € (frente a los 14.000 € del actor). No parece, en estas condiciones, que continuar abonando una pensión sea una solución justa y ponderada. Máxime porque la evolución patrimonial de la acreedora ha mejorado muy sustancialmente

39 En este sentido, *vid.* "La crisis del coronavirus y la aplicación de las cláusulas «rebus sic stantibus» en los contratos", *El Derecho*, pp. 1-4, disponible en: https://elderecho.com/la-crisis-del-coronavirus-la-aplicacion-las-clausulas-rebus-sic-stantibus-los-contratos (fecha de última consulta: 02.05.2022).

40 STS 12 marzo 2019 (*Tol 7119477*).

con respecto al momento inicial y le ha permitido disponer de un escenario, incluso, más favorable que el contexto del deudor.

En definitiva, esta atribución sería suficiente, desde esta perspectiva, con independencia de la herencia, para haber declarado la finalización de la compensación. Sin entrar en mayores disquisiciones acerca de la naturaleza de la pensión[41], baste con indicar que, a nuestro entender y en la línea de lo mantenido por parte de la doctrina[42], para determinar cuándo nos encontramos ante la finalización del desequilibrio no hemos de entender que tal hecho se produce con una equiparación total y absoluta entre los patrimonios de ambas partes.

Conviene tener en cuenta que, el mencionado art. 97.1 CC vincula el "desequilibrio económico" al "empeoramiento en su situación anterior en el matrimonio", de tal suerte que el objetivo es prestar una "ayuda" al menos desfavorecido como consecuencia del matrimonio. Por este motivo, consideramos que no procede realizar un análisis de las economías de los cónyuges al momento de examinar si procede la extinción de la compensación. Y ello, porque lo más relevante no es si ha desaparecido el "desequilibrio". Muy al contrario, la cuestión principal radica en establecer si se ha suprimido "el empeoramiento" del cónyuge desfavorecido por el matrimonio[43], lo cual resulta evidente en el caso analizado.

41 En este sentido, se suelen identificar dos corrientes doctrinales, a saber, las tesis "objetivas u objetivistas" y las posiciones "subjetivas o subjetivistas". Tales interpretaciones aparecen explicadas en la STS 19 enero 2010 (*Tol 1790759*) a la que posteriormente nos referiremos, que destaca que "el artículo 97 CC ha dado lugar a dos criterios en su interpretación y aplicación. La que se denomina tesis objetivista, en cuya virtud, el desequilibrio afecta a un cónyuge respecto al otro, determinando un deterioro con relación a la posición mantenida durante el matrimonio por el cónyuge que va a resultar acreedor de la pensión; según esta concepción del artículo 97 CC, las circunstancias enumeradas en el párrafo segundo de dicho artículo serían simplemente parámetros para valorar la cuantía de la pensión ya determinada. La tesis subjetivista integra ambos párrafos y considera que las circunstancias del artículo 97 CC determinan si existe o no desequilibrio económico compensable por medio de la pensión del artículo 97 CC".
Todo ello, también ha tenido reflejo en nuestra doctrina científica. Por todos, *vid.* Valladares Rascón, E.: *Nulidad, separación, divorcio. Comentarios a la Ley de reforma del matrimonio*, Civitas, Madrid, 1982;
García Cantero, G.: "Comentario a los arts. 97 a 101 CC", en AA.VV.: *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales* (dir. por M. Albaladejo), t. II, Edersa, Madrid, 1982; Roca Trías, E.: "Comentario al art. 97 CC", en AA.VV.: *Comentarios a las reformas del Derecho de familia*, vol. I, Tecnos, Madrid, 1984; Lalana del Castillo, C.: *La pensión por desequilibrio en caso de separación o divorcio*, Bosch, Barcelona, 1993; C. Lasarte Álvarez, y Mª R. Valpuesta Fernández: "Comentario al art. 97 CC", en *Matrimonio y divorcio. Comentarios al nuevo título IV del Libro primero del Código civil* (coord. J.L. Lacruz Berdejo), Civitas, Madrid, 1994, 2ª ed.

42 En este sentido, Torres Lana, J. Á.: "Comentario al art.", cit., pp. 787-788 pone de relieve que, en realidad, el art. 97.1 CC contempla dos variables: "el desequilibrio *relativo* y el empeoramiento respecto a la situación matrimonial anterior". De hecho, es este último punto el que aparece como "la verdadera causa eficiente del derecho a la pensión".

43 Así, destaca Torres Lana, J. Á.: "Comentario al art.", cit., pp. 787-788 que "el enriquecimiento del acreedor puede restituir a éste la situación económica de que disfrutaba en su matrimonio, sin equilibrarla, sin embargo, con la que ostente el otro cónyuge; ello no obstante, el derecho a la pensión se extingue porque su finalidad, el mantenimiento de un determinado *status,* queda lograda aunque no haya sido precisamente a expensas del otro cónyuge y aunque siga existiendo desequilibrio".
Igualmente, Montero Aroca, J.: *La pensión compensatoria*, cit., p. 266 pone de relieve que "la desaparición del desequilibrio no requiere que se alcance una igualdad aritmética entre las fortunas de ambos cónyuges, sino la constatación de que cada uno de ellos ha llegado a alcanzar una posición económica autónoma que se corresponde con sus propias aptitudes y capacidades para generar recursos económicos".
En una línea similar. Indica Pérez Martín, A. J.: "Comentario a los arts. 90 a 101 CC", en *Comentarios al Código Civil,* en AA.VV.: *Comentarios al Código Civil* (dir. por A. Domínguez Luelmo), Lex Nova, Valladolid, 2010, p. 208. Asimismo, *vid.* Pérez Martín, A. J.: *Tratado de Derecho de Familia*, tomo I, vol. I, Lex Nova,

B) La temporalidad de la pensión y la desidia por parte de la acreedora.

A todo lo examinado, hemos de anudar dos últimas cuestiones que están presentes, de alguna forma, en la STS 31 enero 2022. Nos referimos a la temporalidad de la pensión y a la actitud adoptada por la acreedora con posterioridad a la constitución de la misma.

Sobre la primera, cabe señalar que, como regla general, para el Tribunal Supremo el paso del tiempo no constituye una causa de extinción. Únicamente se produce tal extremo por acuerdo entre los ex cónyuges, o porque se imponga judicialmente de esta forma. Así puede deducirse, entre otras, de las SSTS 10 de marzo 2009[44], 27 octubre 2011[45] y 23 enero 2012[46]. De hecho, este es el planteamiento que sigue la STS 31 enero 2022.

Siendo ello cierto, en realidad, aunque se afirme que no es un criterio definitivo, sí se hace referencia al mismo (al menos, indirectamente y a mayor abundamiento). Así, se menciona en varias ocasiones (tanto por los tribunales inferiores como por el Tribunal Supremo), a los efectos de comparar la duración del matrimonio (9 años) y la de la pensión (más de 28 años).

A nuestro entender, consideramos que, si bien no puede afirmarse que la temporalidad sea una característica esencial y definitoria de la prestación, sí se trata de un criterio a tener en cuenta[47]. De hecho, con carácter general, la misma

---

Valladolid, 2011, p. 839 que la situación que se debe tener en cuenta para verificar si existe el desequilibrio "es la existente en el momento en que se produjo la separación o el divorcio, ya que no se trata de analizar si existe o no desequilibrio en la situación actual puesto que ninguna vinculación ha existido entre los cónyuges tras la separación, sino que lo determinante es si han desaparecido aquellas desventajas que justificaron la concesión de la pensión".
Asimismo, observa Díaz Martínez, A.: "Comentario al art. 101 CC", en AA.VV.: *Comentarios al Código Civil* (dir. por R. Bervovitz Rodríguez-Cano), Tomo I, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p. 1063 que el reequilibrio que lleva a la extinción de la pensión no tiene que suponer una igualdad entre los patrimonios de ambos cónyuges sino que "se basa en que cada uno de ellos se halle de forma autónoma en la posición económica que le corresponde según sus propias actitudes y capacidades para generar recursos económicos".

44 STS 10 marzo 2009 (*Tol 1474923*).

45 STS 27 octubre 2011 (*Tol 2279486*).

46 STS 23 enero 2012 (*Tol 2407043*).

47 En este sentido, la reciente STS 23 noviembre 2021 (*Tol 8661187*) resume los criterios que se han de seguir a este respecto en los siguientes:
"1) El establecimiento de un límite temporal en las pensiones compensatorias depende de que no se resienta la función de restablecer el equilibrio que le es consustancial, cuya apreciación obliga a tomar en consideración las específicas circunstancias concurrentes en cada caso.
2) Que para fijar la procedencia, cuantía y duración temporal de la pensión compensatoria es necesario atender a los factores a los que se refiere el art. 97 del CC .
3) En tal función, los tribunales deben ponderar, como pauta resolutiva, la idoneidad o aptitud del beneficiario/a para superar el desequilibrio económico en un tiempo determinado, y alcanzar, de esta forma, la convicción de que no es preciso prolongar más allá el límite temporal establecido.
4) Tal juicio prospectivo o de futuro deberá de llevarse a efecto, con prudencia y con criterios de certidumbre o potencialidad real, determinada por altos índices de probabilidad.
5) El plazo, en su caso, habrá de estar en consonancia con la previsión racional y motivada de superación del desequilibrio.
6) La fijación de una pensión, como indefinida en el tiempo, no impide se deje sin efecto o que sea revisable por alteración de fortuna y circunstancias en los supuestos de los arts. 100 y 101 del CC".

debería poseer dicho rasgo, pues su finalidad es permitir que el ex cónyuge que haya sufrido un empeoramiento como consecuencia del matrimonio, pueda reponer y mejorar su situación gracias a la compensación.

En este sentido, en la reciente STS 25 noviembre 2021[48] se plantea un escenario bastante similar al analizado, en el que la ex esposa había percibido bienes y dinero de una cuenta bancaria que "equivaldría a un sueldo de más 4.000 euros mensuales durante 10 años" y que todavía existían más bienes por liquidar "por un valor cercano al millón de euros". En este contexto, a pesar del desequilibrio sufrido por el largo periodo de tiempo en el que la misma dejó de trabajar fuera de casa, hay que tener en cuenta que en el futuro no se ve sujeta al cuidado de los hijos y que no es una mujer de avanzada edad ni padece enfermedades, de una salud precaria o de algún tipo de discapacidad.

Repárese en que la acreedora tenía 49 años cuando se produjo la separación y que, por todo ello, considera que "no resulta utópico que pueda prescindir de la pensión y obtener sus propios ingresos económicos, gestionar autónomamente sus oportunidades e independizarse económicamente de quien fuera su marido" y desestima la compensación indefinida.

Por lo que respecta a la segunda cuestión, para evitar situaciones de abuso así como los efectos negativos derivados, la jurisprudencia ha admitido la extinción de la pensión cuando el mantenimiento del desequilibrio se debe a una actitud voluntaria del acreedor de la misma[49].

Sobre la falta de búsqueda de empleo por parte de la acreedora de la prestación, la STS 15 junio 2011[50] rechazó que el mero hecho de figurar como demandante de empleo fuera suficiente para acreditar el interés en la obtención de un trabajo. Así, a pesar de que no declara la extinción de la compensación, la limita temporalmente.

Por su parte, la STS 24 septiembre 2018[51] considera que no procede tal extremo "salvo que se acredite que las circunstancias concurrentes en quien resulta ser beneficiario de la pensión demuestren una verdadera desidia y desinterés respecto del acceso al mercado laboral".

48 STS 25 noviembre 2021 (*Tol 8661739*).

49 Sobre el particular, *vid.,* entre otras, las SSTS 15 junio 2011 (*Tol 2188737*) y 23 enero 2012 (*Tol 2407043*).

50 STS 15 junio 2011 (*Tol 2188737*).

51 STS 24 septiembre 2018 (*Tol 6814702*). En este sentido, encontramos un comentario de esta sentencia en Ordás Alonso, M.: "La desidia en la búsqueda de empleo extingue el derecho a percibir una pensión compensatoria. ¿O no? Comentario a la STS de 24 de septiembre de 2018 (RJ 108, 3856)", *Cuadernos Civitas de jurisprudencia civil,* núm. 110, 2019, pp. 121-142.

En el supuesto que nos ocupa, no se plantea estas disquisiciones la STS 31 enero 2022 porque, de hecho, la demandada se encuentra en situación de jubilación. Sin embargo, sí se refiere en el recurso de apelación planteado por estar la acreedora en edad laboral. Así, la SAP Madrid 23 febrero 2012 observa que la ex esposa carecía de otros ingresos y que su dedicación pasada al cuidado de la familia y su edad provocaban que su acceso al mundo laboral era poco halagüeño.

En todo caso, siendo ello cierto durante el matrimonio, no puede predicarse lo mismo con respecto al año 2012, en el que la dedicación a la familia era nula por la edad de los hijos y alude a su falta de interés por incorporarse al mundo laboral. A ello hay que anudar la desidia, indica la sentencia, en realizar gestión alguna de su patrimonio que le reporte ingresos con los que atender digna y autónomamente su sustento, "pues es titular de vivienda excesiva para ella sola, de cuya venta obtendría un no despreciable capital susceptible de generar recursos periódicos y estables, los que igualmente le reportaría el alquiler del meritado inmueble, si accediera a ocupar otro, si bien igualmente digno, si de inferiores dimensiones y con costes de mantenimiento más moderados, no solo en régimen de propiedad, lo que no es preceptivo, sino incluso en el de alquiler".

Y es que, no se puede obviar que, cuando los ex cónyuges decidieron romper su vínculo matrimonial en 1991, la acreedora tenía unos 38 años, lo cual le permitía acceder a un puesto de trabajo. Es más, en 2012, que ya no se encargaba de los hijos, tenía 59 años, una edad con la que, si bien con ciertas dificultades, podría haberse desempeñado laboralmente (o, al menos, haberlo intentado).

A pesar de que, como hemos visto, el mero hecho de figurar como demandante de empleo no es suficiente para acreditar el interés en la obtención de un trabajo, en el caso planteado en la STS 31 enero 2022 ni siquiera consta que la ex esposa estuviera inscrita en dicho registro.

Además, a todo ello hay que sumar que, como muy acertadamente destaca la Audiencia Provincial, la acreedora disponía de medios para haber mejorado muy sustancialmente su situación económica, gestionando adecuadamente su patrimonio. No obstante, tampoco mostró una actitud favorable en este sentido y decidió continuar percibiendo la compensación.

Desde nuestra perspectiva, ya en 2012, con base en los dos aspectos anteriores, existían razones suficientes para haber declarado la extinción de la pensión, si bien el actor únicamente solicitó una rebaja y, por el principio de justicia rogada, tal extremo es el que le fue concedido. De hecho, en dicho momento se había producido una merma en los ingresos del obligado al abono.

En todo caso, no hay forma cabal de entender cómo la sentencia de primera instancia de 2019, en la que ya se había procedido a la venta del inmueble, se había obtenido una herencia por parte de la demandada y la situación económica del actor había empeorado notablemente, no se estima la extinción y únicamente se rebaja a 200 € la pensión. Mucho menos comprensible resulta la posición de la SAP Madrid 18 febrero 2021 en la que, con base en el acuerdo inicial, vuelve a fijar la compensación en 700 €.

C) A modo de conclusión inicial.

De todo lo analizado hasta el momento, podemos afirmar que, de forma aislada, cualquiera de los hechos acaecidos podría ser suficiente para haber declarado la extinción y en un momento anterior a la STS 31 enero 2021: la percepción de la herencia, la adjudicación y venta del inmueble ganancial, así como el propio plazo de duración de la misma unido a la falta de interés de la acreedora en mejorar su posición económica.

Siendo ello así y teniendo en cuenta que todos se producen en la práctica, con más razón, debería haberse accedido a la pretensión cuando se formuló por el actor. De otro modo, la prestación estaría adquiriendo ciertos tintes sancionadores, lo cual desvirtúa, desde nuestra perspectiva, la naturaleza y finalidad de la misma.

2. Las variaciones en la posición económica del deudor de la compensación y el nacimiento de nuevas "cargas".

A pesar de que, como hemos visto, con el análisis de la situación patrimonial de la acreedora sería suficiente para declarar la extinción, es que, además, en este caso hay un empeoramiento considerable del deudor lo que refuerza más, si cabe, la solución adoptada.

No obstante, si se depara con detenimiento, el razonamiento que hemos mantenido no es totalmente válido para justificar que este hecho tenga que ser relevante a los efectos de la finalización de la prestación. En este sentido, este extremo no debería dar lugar a la extinción de la compensación, ya que, en puridad, no se ha indemnizado al cónyuge desfavorecido. Sea como fuere, el motivo por el cual se declara la misma es que nos encontramos ante una imposibilidad fáctica, esto es, ante una situación en la que el mantenimiento de la pensión es excesivamente gravoso para el obligado[52] o, incluso, en la que los ingresos de este último no son suficientes para llevar a cabo el pago de las sumas establecidas.

52 En este sentido, la reciente SAP Cáceres 11 marzo 2020 (*Tol 7925850*) analiza un caso en el que el marido fue sometido a un procedimiento judicial de modificación de la capacidad en el que se nombró tutor a su hijo. Este acontecimiento supuso un incremento considerable de los gastos del deudor (como los derivados de las sesiones sanitarias que precisaba). Además, el tribunal tiene en cuenta los ingresos que estaba recibido la acreedora como consecuencia de la liquidación de gananciales. Así las cosas, la Audiencia

A este respecto, señala la doctrina científica[53] que la razón de esta circunstancia se centra en que "la norma no puede pretender, por razones de equidad, gravar al deudor, incluso sobre su mínimo vital, para mantener al acreedor en una posición confortable o al menos desahogada". De esta suerte, el empeoramiento del cónyuge desfavorecido ha de ser soportada por ambos[54].

En el ámbito de la figura del deudor pueden resultar factores determinantes, entre otros, la pérdida del empleo del obligado[55], de la prestación pública que venía recibiendo, el paso a la jubilación[56] o la declaración de incapacidad laboral. Sobre el particular, por ejemplo, la SAP Asturias 22 enero 2016[57] analizó un supuesto en el cual se declaró la extinción debido a que el deudor había pasado a una situación de desempleo (con la consiguiente percepción de la prestación pública).

En definitiva, la pensión se debe mantener (si es posible). No obstante, tal extremo no podrá adoptarse cuando no disponga de ingresos suficientes para satisfacer su mínimo vital. Por ello, en estos últimos casos, la posibilidad de suspender la compensación podría resultar, indudablemente, una opción para ofrecer una solución adecuada[58].

---

entiende que procede la extinción de la pensión por cuanto se había producido tanto un empeoramiento en la calidad de vida del deudor como una mejora en el patrimonio de la acreedora.

53 Torres Lana, J. Á.: "Comentario al art.", cit., p. 788.

54 Cabe plantear si es posible solicitar una suspensión de la compensación en los casos en los que se produce una insolvencia del deudor. En este último escenario parece que, por razones de justicia y por la propia lógica del funcionamiento de la prestación, tendría que darse acceso y amparo a la opción planteada. Sea como fuere, el tenor literal del Código no permite adoptar esta solución porque no contempla resquicio alguno. En igual sentido, Torres Lana, J. Á.: "Comentario al art.", cit., p. 788.

55 A este respecto, *vid*., por ejemplo, la SAP Granada 30 enero 2015 (*Tol 5011146*).

56 Por lo que respecta al paso del deudor a una situación de jubilación, lo cierto es que encontramos diferentes sentencias que, si bien aprecian una rebaja en la prestación, no admiten la extinción de la misma. Es el caso de la SAP Badajoz 8 octubre 2014 (*Tol 4551906*), en la que tal extremo se fundamenta en que, a pesar "se trata de una alteración sustancial de las circunstancias, alteración que además tiene naturaleza permanente" y que tal hecho comporta una reducción notoria de sus ingresos, "esta circunstancia no determina la extinción del derecho de Dª Florencia, pues, pese a esta merma, no se ha restablecido el equilibrio económico. Ella no percibe pensión, ni ingresos conocidos de clase alguna". Así las cosas, "En la medida en que el fin de la pensión es nivelar el desequilibrio existente, esa merma de ingresos ha reducido el desequilibrio, aunque, desde luego, éste subsiste. Sí, aun con la jubilación, los ingresos de uno y otro siguen siendo notoriamente desiguales". Por lo anterior, se acuerda una reducción de la compensación.
Por su parte, la SAP Zaragoza 19 noviembre 2019 (*Tol 7745750*) estima que se ha producido unas variaciones concurrentes en el supuesto enjuiciado que "consisten en el descenso del salario del actor, tras su jubilación a mediados de 2017, y en el incremento del de la demandada". Sin embargo, como el deudor contaba con otros ingresos procedentes de fondos, acciones y planes de pensiones, destaca el Tribunal que no procede la extinción. Sea como fuere, el incremento de los ingresos de acreedora permite mantener una rebaja en la pensión.

57 SAP Asturias 22 enero 2016 (*Tol 5648986*).

58 En palabras de Castán Cobeñas, J.: *Derecho civil español, común y foral,* tomo III, Reus, Madrid, 1983, p. 287 se trata de medidas "que tienden a mantener íntegro el patrimonio del deudor que constituye la garantía del acreedor, impidiendo que valores integrantes de dicho patrimonio salgan del mismo o que valores a éste debidos no entren en él por negligencia o dolo del deudor". Así, como apunta H. Campuzano Tomé: *La pensión*, cit., pp. 199-200 el acreedor dispondrá, en tales escenarios, de las acciones recogidas en el art. 1111 CC, a saber, la acción subrogatoria o indirecta y la acción revocatoria o pauliana.

En el caso objeto de análisis, ya en 2012 se produjo una reducción considerable de los ingresos del deudor, pues pasó de percibir unos 63.000 € a recibir unos 41.000 € y la facturación de la empresa que gestionaba sufrió un descenso próximo al 50%. Es cierto que, quizás, esta primera pérdida de renta no es suficiente (aisladamente) para que cese la prestación totalmente y se sitúa más en el ámbito de la modificación (rebaja) de la misma.

Sin embargo, no se puede obviar que, como señala la STS 31 enero 2022, de los datos obrantes se deduce que el actor contaba en sus cuentas corrientes de una suma líquida de 14.000 € (frente a los 388.000 € de la demandada), lo cual refleja que, por un lado, la situación del obligado es bastante peor que la que disfrutaba antaño y que, por otro lado, en este momento la posición de la acreedora es sustancialmente más favorable.

De algún modo, este hecho pone de manifiesto que se ha cumplido con el fin de la prestación, pues se ha compensado la mayor dedicación de la ex esposa al cuidado de los hijos, la cual se sitúa, en la actualidad, en una situación económicamente holgada e, incluso, superior a la del obligado.

De este extremo, podría deducirse que al encontrarnos, en cierta medida, ante una alteración total y desproporcionada en las respectivas situaciones de ambos ex cónyuges, se debería constituir una "pensión de signo inverso". Sin embargo, entendemos que ha de responderse en sentido negativo, pues, sencillamente, tal extremo se debe a otros motivos que poca relación guardan con la extinción del vínculo matrimonial[59].

A lo anterior, hemos de anudar que el deudor ha aumentado sus "cargas[60]" económicas, ya que tiene que atender al sustento de dos hijas nacidas de una nueva relación. En todo caso, a pesar de que, como hemos visto, en algunos supuestos la jurisprudencia ha admitido la posibilidad de declarar la extinción de la pensión compensatoria cuando se produce un empeoramiento económico por parte del deudor, no se puede llevar a cabo una exégesis excesivamente amplia de tales circunstancias, máxime cuando tal hecho deriva de una actitud voluntaria del mismo. Así, si este escenario se debe a una renuncia al empleo, a una asunción de nuevas deudas u obligaciones (como el nacimiento de hijos), no cabe recurrir, en principio, únicamente a dichas premisas para eliminar la compensación.

59 En este sentido, destaca Torres Lana, J. Á.: "Comentario al art.", cit., p. 789 que "Una alteración como la descrita (…) no sería consecuencia de la separación o divorcio, sino de otras causas (acierto y desacierto en la gestión, golpe de fortuna, coyuntura económica, etc.)".

60 Otro ejemplo de aumento de cargas lo encontramos en la SAP Sevilla 4 mayo 2018 (*Tol 6963606*), que se refiere a la celebración de un préstamo hipotecario por parte del obligado y a la incidencia que tiene en el campo de la compensación. Sobre el particular, entiende la Audiencia Provincial que no ha lugar a la eliminación de la pensión al considerar que no ha desaparecido el desequilibrio económico por el hecho de haber contraído un préstamo hipotecario, ya que, precisamente, este hecho "constata una importante capacidad económica, la cual ha permitido abonar las cuotas, pues no consta se hayan incumplido el pago de algunas mensualidades".

En este sentido, no se tiene que interpretar extensivamente dicho "cambio de circunstancias". Sobre la asunción de nuevas obligaciones por parte del deudor se ha instaurado un criterio restrictivo en algunas sentencias. A este respecto, por ejemplo, en cuanto a la posibilidad de que el deudor tenga nueva familia y descendencia[61], la SAP Asturias 29 mayo 2000, a pesar de que concede la extinción de la pensión por la falta de implicación de la acreedora en la búsqueda de empleo, señala que la asunción de nuevas obligaciones no puede servir de obstáculo para continuar cumpliendo con su obligación anterior. En similares términos se manifiesta la SAP Cádiz 12 junio 2006[62] en tanto en cuanto prevé que "El incremento de obligaciones alimenticias del esposo para con su nueva prole no es circunstancia nueva que por sí misma incida en la pensión compensatoria".

Igualmente, la SAP Zaragoza 12 diciembre 2007[63] destaca que es cierto "que ha contraído el actor nuevas obligaciones familiares pero ello no le autoriza a desatender las anteriores cargas, máxime cuando no se justifica la necesidad de los nuevos préstamos que se dicen contraídos". Asimismo, la STS 3 octubre 2008[64] añade que para determinar la economía del acreedor es necesario concretar todos los medios de que dispone en atención a su nueva unidad familiar. Así pues, es preciso atender a los ingresos de la pareja del mismo.

De todo lo examinado, podemos concluir que, siempre que la pérdida de ingresos del deudor no tenga su origen en una decisión voluntaria del mismo (lo cual no parece que se produzca en el caso planteado), este hecho tendrá que ser valorado para el mantenimiento de la pensión. Al menos, si se quiere, como un criterio más a tener en cuenta, a pesar de que no sea definitivo. No parece que pueda señalarse lo mismo con respecto a los hijos nacidos del nuevo matrimonio, pues siendo cierto que el actor tendrá que atender a esas obligaciones alimenticias, de ello no se deduce que pueda olvidar las que estaban constituidas con anterioridad.

III. EL MOMENTO TEMPORAL EN EL QUE SE PRODUCEN LOS EFECTOS DE LA EXTINCIÓN DE LA PENSIÓN: A VUELTAS CON LA POSIBLE APLICACIÓN RETROACTIVA.

En atención a todos los hechos descritos, la STS 31 enero 2022 decreta la extinción de la pensión compensatoria, lo cual parece una solución correcta por todos los motivos que hemos tenido ocasión de señalar. Sin embargo, lo realiza

61 En contra, Cañizares Laso, A., de Pablo Contreras, P., *et al.*: *Código civil comentado*, vol. I, Cizur Menor, Navarra, 2011, pp. 542 y 543.

62 SAP Cádiz 12 junio 2006 (*Tol 6235348*).

63 SAP Zaragoza 12 diciembre 2007 (JUR 2008, 82603).

64 STS 3 octubre 2008 (*Tol 1386042*).

"con efectos desde la fecha de esta sentencia", lo que puede generar ciertas dudas interpretativas.

A este respecto, no se puede obviar que desde el año 2012 existían, en principio, razones suficientes para acordar esta medida. Véase, a tal efecto, la desidia de la acreedora tanto en la búsqueda de empleo como en la utilización de otros medios, unido a la reducción de ingresos del deudor.

Asimismo, no se debe olvidar que era este último quien atendía, de forma exclusiva, las necesidades del hijo común, que no había accedido al mundo laboral, para lo que se destinaba un importe de 1.475 €. En todo caso, lo cierto es que el obligado al abono no solicitó una finalización de la compensación, sino una reducción que, además, fue concedida judicialmente.

Sea como fuere, en el año 2019, cuando presentó la tercera demanda de modificación de medidas definitivas sí requirió que se declarase la extinción. Y es que, en este momento, a los sucesos anteriores hemos de anudar la recepción de una herencia por parte de la ex esposa y la venta de la vivienda ganancial, que permitían que la demandada disfrutara de una holgada situación económica.

Es por ello que entendemos que los efectos de la sentencia deberían haberse retrotraído, al menos, a este último instante (2019). En este sentido, podemos afirmar que se había producido, de largo, una verdadera compensación del desequilibrio causado por el vínculo matrimonial, por lo que no existía razón aparente para que se mantuviera, en ninguna medida, la prestación.

Sin duda, este extremo ha generado una suerte de enriquecimiento injusto en favor de la acreedora en tanto en cuanto ha estado percibiendo unas cantidades que no le correspondían, sencillamente porque no las necesitaba para subsistir. A todo ello hay que anudar el empeoramiento sustancial que había sufrido a lo largo de este periodo el obligado al abono, que se encontraba en una posición patrimonial muy inferior a la de su ex esposa.

Y es que, como destaca la doctrina[65] al referirse a la temporalidad de la pensión, "Para decidir la forma de prestación 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

65 En este sentido, *vid.* de Verda y Beamonte, J.R.: "La temporalidad de la pensión compensatoria: criterios jurisprudenciales", *IDIBE (Tribuna)*, 2021, p. 1. A este respecto, se alude a la realización de un "juicio prospectivo", que como señala la jurisprudencia debe realizarse "con prudencia, ponderación y con criterios de certidumbre", esto es, "con certidumbre o potencialidad real determinada por altos índices de probabilidad, que es ajena a lo que se ha denominado futurismo o adivinación". Sobre el particular, *vid.* SSTS 2 junio 2015 (*Tol 5185809*), 11 mayo 2016 (*Tol 5728503*), 24 marzo 2017 (*Tol 6010408*), 11 diciembre 2018 (*Tol 6963918*), 3 junio 2020 (*Tol 7969778*) y 13 julio 2020 (*Tol 8037049*).

del desequilibrio), atendiendo a las circunstancias del art. 97.II CC, que, de este modo, se convierten no solo en criterios para determinar la existencia de un desequilibrio compensable y de su cuantía, sino también para decidir si debe ser vitalicia o temporal".

Sobre el particular, no cabe duda de que, en el caso que nos ocupa, se ha producido una desaparición del desequilibrio económico con anterioridad a la emisión de la STS 31 enero 2022, por lo que los efectos de la sentencia deberían haberse aplicado con carácter retroactivo en atención al punto concreto a partir del cual puede afirmarse que, en puridad, se produjo tal circunstancia.

Esta problemática, se ha planteado en relación con la convivencia *more uxorio* que constituye otra causa para extinguir la pensión. Como regla general, las voces más autorizadas[66] ponen de relieve que "esta causa producirá efectos desde el momento en que logre probarse la fecha de su inicio, si bien, en este caso, la prueba será más difícil, que en el de la celebración de nuevo matrimonio".

Así, a pesar de que no se trata de una prueba sencilla para el demandante, lo cierto es que encontramos supuestos en los que se pudo probar tal extremo y en los que, en consecuencia, se decretó la finalización de la compensación. A modo de ejemplo, podemos citar las SSAP Albacete 9 julio 2018[67] y Oviedo 5 julio 2019[68].

Desde nuestra perspectiva, es posible recurrir, por analogía, estas premisas al ámbito de la causa relativa al sector económico de los ex cónyuges. Conviene tener en cuenta que, como señala la doctrina científica[69], la desaparición del desequilibrio no opera de forma automática, ya que "la complejidad en la ponderación de los distintos elementos tomados en cuenta en su determinación exige para su supresión una declaración judicial, de modo que sólo a partir de la sentencia firme que declara la extinción puede considerarse producida ésta". Sin embargo, entendemos, en la línea de algunos autores[70], que sí cabe solicitar la restitución de las cantidades indebidamente pagadas (y la indemnización, en su caso), esto es, que se aplique con efectos retroactivos[71].

En este sentido, encontramos un planteamiento similar (pero de signo inverso) en la STS 20 junio 2017[72], en la que se afirma que la finalidad de la pensión es:

66 En este sentido, de Verda y Beamonte, J.R.: "La compensación", cit., p. 18.

67 SAP Albacete 9 julio 2018 (*Tol 6824539*).

68 SAP Oviedo 5 julio 2019 (*Tol 7828565*).

69 En este sentido, *vid.* Díaz Martínez, A.: "Comentario al art.", cit., p. 1064.

70 Torres Lana, J. Á.: "Comentario al art.", cit., p. 789.

71 En contra, Montero Aroca, J.: *La pensión,* cit., p. 261.

72 STS 20 junio 2017 (*Tol 6201568*).

"compensar por el desequilibrio que se produzca en el momento de la separación o el divorcio. Puesto que fue la sentencia de primera instancia la que declaró disuelto el matrimonio por divorcio, sin que existiera previa resolución que fijara compensación alguna, es a la fecha de la notificación de esa sentencia a la que debe estarse para fijar los efectos de la pensión compensatoria, con independencia de que fuera la sentencia de segunda instancia la que, al valorar los mismos hechos de una manera diferente elevara la cuantía de la pensión compensatoria. La cuantía fijada por la sentencia de segunda instancia produce efectos desde la sentencia de primera instancia en la que se reconoció el derecho a la pensión compensatoria".

Asimismo, parece que esta interpretación sobre los posibles efectos retroactivos ha sido acogida posteriormente en la STS 17 diciembre 2019[73]. En este último caso, afirma el Tribunal que "carece de sentido prolongar más allá del ejercicio del derecho por el demandante la existencia de la obligación de pago de la pensión, cuya extinción podía haberse producido en la práctica mucho tiempo atrás".

Igualmente, cabe extraer una doctrina similar de la jurisprudencia más reciente. A este respecto, resultan especialmente interesantes las SSTS 8 octubre 2021[74] y 31 enero 2022[75]. En el primer caso, plantea la recurrente que la Audiencia provincial declaró la reducción de la pensión indicando que los efectos operaban desde la sentencia de primera instancia. Sin embargo, el Tribunal que procede desestimar esta pretensión, ya que indica que "no se trata de modificar una pensión establecida en otro procedimiento, sino que en sentencia de apelación se rebajó la cantidad que en primera instancia del mismo procedimiento se había fijado, por lo que los efectos de la sentencia de apelación se harán valer desde la sentencia de primera instancia". Por su parte, en el segundo supuesto, con unos argumentos similares, señala que la rebaja operada en la compensación por la sentencia de apelación rige desde la fecha de primera instancia.

73 STS 17 diciembre 2019 (*Tol 7628262*). No obstante, pone de relieve Muñoz Rodrigo, G.: "Extinción de la pensión compensatoria por convivencia «more uxorio». Pero, ¿a partir de qué momento?", *IDIBE (Tribuna),* 2020, p. 5 que, a pesar de que "Puede parecer que el Supremo en dicha sentencia abra la puerta a una extinción incluso anterior", no parece que "esa fuera la voluntad del Tribunal, máxime cuando resulta harto difícil determinar cuando una relación reúne los requisitos de «marital». Considero más sensato atribuir el momento de extinción a la interposición de la demanda, tiempo en la cual se supone que el demandante habrá reunido las pruebas suficientes para demostrar que la relación que su ex cónyuge mantiene con un tercero ha superado la situación de esporádica u ocasional para convertirse en una relación caracterizada por la permanencia y estabilidad".

74 STS 8 octubre 2021 (*Tol 8623947*).

75 STS 31 enero 2021 (*Tol 8797792*).

BIBLIOGRAFÍA

Albiñana Cilveti, I.: "La reciente doctrina jurisprudencial de la cláusula *rebus sic stantibus* y su aplicación a las operaciones inmobiliarias", *Actualidad Jurídica Uría Menéndez,* núm. 49, 2018.

Arza Arteaga, A.: *Remedios jurídicos a los matrimonios rotos,* Universidad de Deusto, Bilbao, 1995.

Barceló Doménech, J.: "La compensación por desequilibrio económico en caso de separación o divorcio", en AA.VV.: *Las crisis familiares. Tratado Práctico interdisciplinar* (dir. J. R. de Verda y Beamonte), Tirant lo Blanch, Valencia, 2021.

Cañizares Laso, A., de Pablo Contreras, P., *et al.*: *Código civil comentado*, vol. I, Cizur Menor, Navarra, 2011.

Carrasco Perera, Á.: "Al fin la madre de todas las batallas del COVID 19: «rebus sic stantibus». Con ocasión de una reciente propuesta institucional", *Publicaciones Jurídicas*.

Castán Cobeñas, J.: *Derecho civil español, común y foral,* tomo III, Reus, Madrid, 1983,

Castiñeira Jerez, J.: "*Pacta sunt servanda*, imprevisión contractual y alteración sobrevenida de las circunstancias", *Revista Aranzadi de derecho patrimonial,* núm. 29, 2012.

Clarizia, O.: "Coronavirus ed esonero da responsabilità per inadempimento di obbligazione ex art. 1218 c.c.: impossibilità sopravvenuta oppure inesigibilità della prestazione?", *AJI,* núm. 12 *bis,* 2020.

De Verda y Beamonte, J.R.:

- "La compensación por desequilibrio económico en la separación y el divorcio: últimas tendencias jurisprudenciales", *Actualidad Civil*, núm. 10, 2020.

- "La temporalidad de la pensión compensatoria: criterios jurisprudenciales", *IDIBE (Tribuna)*, 2021.

Díaz Martínez, A.: "Comentario al art. 101 CC", en AA.VV.: *Comentarios al Código Civil* (dir. por R. Bervovitz Rodríguez-Cano), Tomo I, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.

García Cantero, G.: "Comentario a los arts. 97 a 101 CC", en AA.VV.: *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales* (dir. por M. Albaladejo), t. II, Edersa, Madrid, 1982.

Lalana del Castillo, C.: *La pensión por desequilibrio en caso de separación o divorcio*, Bosch, Barcelona, 1993.

Lasarte Álvarez, C. y Valpuesta Fernández, Mª R.: "Comentario al art. 97 CC", en AA.VV.: *Matrimonio y divorcio. Comentarios al nuevo título IV del Libro primero del Código civil* (coord. por J. L. Lacruz Berdejo), Civitas, Madrid, 1994.

Lathrop Gómez, F.: "Naturaleza jurídica del convenio regulador de las crisis matrimoniales", en AA.VV.: *Perspectivas del derecho de familia en el siglo XXI: XIII Congreso Internacional de Derecho de Familia* (coord. por C. Lasarte Álvarez; A. Donado Vara; M. F. Moretón Sanz; F. Yáñez Vivero), Instituto de Desarrollo y Análisis del Derecho de Familia en España, Sevilla, 2004.

Luna Yerga, A. y Xiol Bardají, M.: "*Rebus sic stantibus*: ¿Un paso atrás? Comentario a la STS, 1ª, 15.10.2014 (Ar. 6129) y a la jurisprudencia posterior de la Sala Primera del Tribunal Supremo sobre la regla *rebus sic stantibus*", *InDret,* núm. 2, 2015.

Magro Servet, V.: "La crisis del coronavirus y la aplicación de las cláusulas «rebus sic stantibus» en los contratos", *El Derecho*.

Montero Aroca, J.:

- *La pensión compensatoria en la separación y el divorcio (La aplicación práctica de los artículos 97, 98, 99, 100 y 101 del Código Civil),* Tirant lo Blanch, Valencia, 2002.

- *Separación, divorcio y nulidad matrimonial*, tomo III, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003.

Muñoz Rodrigo, G.: "Extinción de la pensión compensatoria por convivencia «more uxorio». Pero, ¿a partir de qué momento?", *IDIBE (Tribuna),* 2020.

Ordás Alonso, M.: "La desidia en la búsqueda de empleo extingue el derecho a percibir una pensión compensatoria. ¿O no? Comentario a la STS de 24 de septiembre de 2018 (RJ 108, 3856)", *Cuadernos Civitas de jurisprudencia civil,* núm. 110, 2019.

Orduña Moreno, F. J.: "Cláusula *Rebus*. STS 156/2020, de 6 de marzo. Distinción entre contratos de «larga y corta duración». Una clasificación carente de rango

o de categorización aplicativa: inoportuna y fuera de contexto social", *Revista de Derecho vLex,* núm. 191, 2020.

Orduña Moreno, F. J. y Martínez Velencoso, L. M.:

- *La moderna configuración de la cláusula Rebus Sic Stantibus. Desarrollo de la nueva doctrina jurisprudencial aplicable y Derecho comparado*, Civitas, Madrid, 2017.

- "Webinar COVID-19: La *rebus* en tiempos de crisis", *vLex,* núm. 2020, disponible en: https://libros-revistas-derecho.vlex.es/ (fecha de última consulta 02.05.2022).

Pérez Martín, A. J.:

- "Comentario a los arts. 90 a 101 CC", en AA.VV.: *Comentarios al Código Civil* (dir. por A. Domínguez Luelmo), Lex Nova, Valladolid, 2010.

- *Tratado de Derecho de Familia*, tomo I, vol. I, Lex Nova, Valladolid, 2011.

Rivera Restrepo, J. M.: "Historia y fundamentos de la cláusula *rebus sic stantibus* (teoría de la imprevisión). Una mirada a la doctrina española2, *Ars Boni Et Aequi,* núm. 1.

Roca Trías, E.: "Comentario al art. 97 CC", en AA.VV.: *Comentarios a las reformas del Derecho de familia*, vol. I, Tecnos, Madrid, 1984.

Sánchez Rodríguez, M. P.: *La extinción del derecho a la pensión compensatoria,* Comares, Granada, 2005.

Torres Lana, J. Á.: "Comentario al art. 101 CC", en AA.VV.: *Matrimonio y divorcio. Comentarios al nuevo Título IV del Libro Primero del Código Civil* (coord. por J. L. Lacruz Berdejo), Civitas, Madrid, 1982.

Valladares Rascón, E.: *Nulidad, separación, divorcio. Comentarios a la Ley de reforma del matrimonio*, Civitas, Madrid, 1982.

Zarraluqui Sánchez-Eznarriaga, L.: *La pensión compensatoria de la separación conyugal y el divorcio,* segunda edición, Lex Nova, Valladolid, 2003.

¿SIGUE SIENDO LA SANGRE MÁS PESADA QUE EL VÍNCULO AFECTIVO? LOS PADRES SOCIALES Y LA VÍA DEL ART. 87 DE LA LEY 15/2015, DE JURISDICCIÓN VOLUNTARIA, PARA LA ADOPCIÓN DE MEDIDAS DE PROTECCIÓN DE LOS MENORES CON QUIENES CONVIVEN

IS THE BLOOD STILL HEAVIER THAN THE AFFECTIVE BOND? THE SOCIAL PARENTS AND ART. 87 OF THE LAW 15/2015, OF VOLUNTARY JURISDICTION, TO TAKE MEASURES FOR THE PROTECTION OF MINORS WITH WHOM THEY COHABIT

Rev. Boliv. de Derecho Nº 34, julio 2022, ISSN: 2070-8157, pp. 282-301

Miriam PACHO JIMÉNEZ

ARTÍCULO RECIBIDO: 10 de junio de 2022
ARTÍCULO APROBADO: 15 de junio de 2022

RESUMEN: Los nuevos modelos de familia han ampliado su tradicional estructura, dando cabida a otros sujetos sin vínculo de sangre pero que participan activamente en el ejercicio de la parentalidad: los padres sociales. El objeto del presente trabajo es delimitar la viabilidad del expediente de jurisdicción voluntaria del art. 87 para la adopción de medidas de protección de los menores en favor de los "padres de hecho".

PALABRAS CLAVE: Padres sociales; menores; jurisdicción voluntaria; parentalidad; protección.

ABSTRACT: *The new family models have expanded their traditional structure, making room for other subjects without blood ties but who actively participate in the exercise of parenthood: the social parents. The purpose of this paper is to delimit the viability of the voluntary jurisdiction proceedings of art. 87 for the adoption of measures for the protection of minors in favor of "the facto parents".*

KEY WORDS: *Step parents; children; voluntary jurisdiction; parenthood; protection.*

SUMARIO.- I. INTRODUCCIÓN.- II. DE LA FAMILIA NUCLEAR A LAS CONSTELACIONES FAMILIARES: LA RECONFIGURACIÓN DEL PARENTESCO.- 1. La familia nuclear.- 2. Los nuevos modelos de familia: las constelaciones familiares.- 3. Los padres sociales: otras formas de entender el parentesco.- III. EL ENCAJE JURÍDICO DEL PADRE SOCIAL EN LA DISOLUCIÓN DE LA FAMILIA RECOMPUESTA POR LA RUPTURA DE LA PAREJA.- 1. El marco normativo básico.- 2. La vía ordinaria.- A) Medidas provisionales.- B) Medidas definitivas.- 3. La vía de urgencia: el art. 87 de la Ley de Jurisdicción Voluntaria.- A) El carácter accesorio del expediente de jurisdicción voluntaria.- B) La necesaria existencia de medidas provisionales o definitivas previas.- C) El carácter de urgencia.- D) Los sujetos legitimados activamente para instar el expediente de jurisdicción voluntaria.- IV. CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN.

La institución de la familia en España ha sido objeto de una profunda transformación durante las últimas décadas. Los cambios experimentados en nuestra sociedad a partir de la segunda mitad del siglo XX han incidido de manera determinante en el modelo de familia que tradicionalmente conformaba los hogares españoles. La composición nuclear formada por padre, madre e hijos ya no constituye el modelo de familia natural, sino que existen otras alternativas basadas en la posibilidad de disociar la relación de pareja de la paternidad, y en la reconstrucción y recomposición de las familias a consecuencia de una ruptura previa. El parentesco ya no se construye exclusivamente en virtud de un lazo biológico o de afinidad, sino que el sentido de pertenencia entre individuos que conviven ha creado un nuevo modelo de parentesco nacido de los lazos sociales. Hoy en día, "en la constitución de la familia, el elemento carnal, biológico, ha perdido su importancia en provecho del elemento psicológico, afectivo… La familia ya no es el indivisible sistema tejido "jure sanguinis", es un medio educativo que solo existe a condición de ser diariamente vivido"[1].

Sin embargo, la evolución experimentada por nuestra sociedad en lo que a la institución familiar se refiere, requiere de un marco jurídico igual de flexible y actualizado, acorde a las necesidades reales de estas familias y de la sociedad en su conjunto. Nuestro Ordenamiento Jurídico ha de garantizar la igualdad de oportunidades de los ciudadanos con independencia de su situación económica y social[2], reconociendo y protegiendo por igual a cada una de las familias que componen nuestra sociedad, independientemente de su estructura o procedencia. Y esto es, a día de hoy, una tarea pendiente.

1 Rebourg, M.: "Les familles recomposées: la prise en charge de l´enfant par son beau-parent pendant la vie commune", *Actualite juridique famille*, 2007, p. 290.

2 Arts. 1.1 y 14 CE, en consonancia con el art. 39, de protección social, económica y jurídica de la familia, y protección integral de los hijos.

• Miriam Pacho Jiménez
Abogada y Criminóloga. Investigadora Predoctoral CEU. Correo electrónico: miriampachojimenez@gmail.com.

II. DE LA FAMILIA NUCLEAR A LAS CONSTELACIONES FAMILIARES: LA RECONFIGURACIÓN DEL PARENTESCO.

1. La familia nuclear.

La familia dominante durante la práctica totalidad del siglo XX se basaba en un modelo jerárquico y patriarcal, construido sobre los sólidos cimientos del sagrado matrimonio católico, y compuesto por el núcleo indisoluble esposos e hijos. Esta superioridad manifiesta del hombre frente a la mujer se mostraba no sólo a nivel social en lo que al ejercicio de derechos se refería, sino también en el marco privado del hogar, en el que la esposa continuaba sometida a la voluntad del cabeza de familia. La autoridad ejercida por el marido frente a su mujer e hijos abarcaba tanto el aspecto económico como el ideológico, y sus decisiones jamás eran cuestionadas. Ni qué decir tiene que la sexualidad y la fecundidad se reservaban de manera exclusiva a la perpetuación del linaje dentro de la sagrada institución del matrimonio. Por su parte, la labor de la esposa y madre se circunscribía a la función de cuidadora del marido y de los hijos, a la llevanza del hogar familiar y al desarrollo de las tareas domésticas.

No fue hasta mediados del siglo XX cuando la institución de la familia comenzó a cambiar debido a la influencia de una serie de factores externos[3]: la reducción demográfica[4], la incorporación de la mujer al trabajo[5], la intervención del Estado en muchas de las esferas familiares[6], el proceso de industralización, el fin de la dictadura franquista, la emigración a los núcleos urbanos y el decaimiento del medio rural, el desarrollo del turismo o la mejora de los niveles de bienestar contribuyeron a la transformación de los sistemas familiares y de la sociedad en su conjunto.

2. Los nuevos modelos de familia: las constelaciones familiares.

Las familias actuales son plurales y diversas. El modelo tradicional formado por los esposos y los hijos ha ampliado su tejido estructural, abriendo paso a otras posibilidades, cada vez más frecuentes, de crear familias. Algunas parten de una recomposición tras una ruptura previa; otras muchas se construyen, de raíz,

3 Reher, D.: "El cambio familiar en España en el marco de la evolución histórica", *Arbor,* 2004, pp. 187-203.

4 La mejora de la eficacia de la reproducción y la disminución de la mortalidad infantil alteró la forma de concebir existente hasta entonces. Este hecho, sumado a la pérdida de relevancia de los grandes sistemas familiares en pro de las familias nucleares, favorecieron la transformación de la demografía española, permitiendo a muchos progenitores criar "hijos de calidad", tal y como los denominaban los demógrafos.

5 La disminución del número de hijos y la transformación de la forma de concebir la fecundidad favoreció el acceso de la mujer al mercado laboral a partir de la década de los 70. La incorporación de la esposa al trabajo fuera del hogar obligó a otros miembros de la familia a asumir ciertos roles que hasta entonces había desarrollado la madre y que tradicionalmente no les competían.

6 En el llamado "Estado de bienestar", el Estado suplanta a las familias en ciertas funciones y esferas, especialmente en lo relativo al ámbito educativo y sanitario, lo que potencia el desarrollo y protección de la institución.

sobre la base de la monoparentalidad, en pro de la disolución del binomio "pareja-filiación"; otras, aunque cada vez son menos, mantienen su carácter tradicional; también existen aquellas formaciones que no cumplen con la heteronormatividad, y se componen por uniones hombre-hombre, mujer-mujer, personas bisexuales o personas transgénero[7]; pero todas ellas coinciden, en definitiva, en mantener el sentido de pertenencia, ya sea natural o adquirido, dando continuidad a la institución de la familia mediante la aceptación de los diversos modelos, todos ellos igual de válidos.

Nuestro sistema actual es, por tanto, plural, y mezcla lo nuevo con lo tradicional, es decir, "que desde el punto de vista constitucional tienen la consideración de familias aquellos grupos o unidades que constituyen un núcleo de convivencia, independientemente de la forma que se haya utilizado para formarla y del sexo de sus componentes, siempre que se respeten las reglas constitucionales" (STS 12 mayo 2011[8]). Las relaciones han cambiado y se han diversificado y, sin embargo, a pesar de ello (o, más bien, gracias a ello), seguimos hablando de familias[9].

Los nuevos modelos de familia han roto, como decíamos, con una serie de patrones[10] sobre los que se asentaban los más tradicionales. Para lo que aquí respecta, conviene analizar la formación de familias basada en la ruptura conceptual del binomio "pareja conyugal-pareja progenitora", a través de la cual se reinventa el ejercicio de la paternidad. Se integran aquí todas aquellas familias reestructuradas tras una separación previa, formadas ahora por una pareja con hijos no comunes de una relación anterior, que circulan entre los hogares paternos y maternos y en las que el tiempo y el espacio aparecen como dimensiones fundamentales[11], lo que ha llevado a algunos autores a denominarlas "constelaciones familiares"[12]. En estos escenarios, alguno de los adultos que convive con los menores no es su padre biológico y carece de vínculo sanguíneo, pero ejerce activamente determinadas

7 Blanco Álvarez, T.: "Parentalidades en familias diversas", *Revista de Ciencias Sociales,* núm. 148, 2015, pp. 39-48.

8 STS 12 mayo 2011 (EDJ 2011/78873).

9 Algunos autores, como Gómez García, consideran que los nuevos modelos de familia y la ideología antimatrimonial y antifamiliar desnaturalizan y disuelven los lazos familiares y que terminarán por abolir la familia. Véase: Gómez García, P.: "Los confines del sistema de parentesco y su evolución histórica", *Gazeta de Antropología,* núm. 28°, art. 8, 2012.

10 Siguiendo a Rivas, los cambios introducidos en la composición de las familias han introducido una serie de rupturas conceptuales, que se resumen en: la disociación entre las relaciones conyugales y las relaciones filiales; la posibilidad de crear lazos de filiación sin necesidad de tener una relación de pareja; las técnicas de reproducción asistida y la posibilidad de procrear sin tener relaciones sexuales; y la disociación de la residencia como epicentro de la familia. Véase: Rivas Rivas, A. M.: "Las nuevas formas de vivir en familia: el caso de las familias reconstituidas", *Cuadernos de relaciones laborales,* núm. 1, 2008, pp. 179-202.

11 Jociles Rubio, M. I. y Villaamil Pérez, F.: "La duplicación de funciones y posiciones de parentesco como estrategia para la construcción de la paternidad/maternidad en las familias reconstituidas", *Anthropologica,* núm. 26, 2008, pp. 63-85.

12 Rivas, citando a Beck-Gernsheim (2003), considera que el concepto "constelación familiar" contempla la red de hogares que están interrelacionados y conectados a través de la circulación de los hijos, en Rivas Rivas, A. M.: "Las nuevas", cit., pp. 179-202.

funciones parentales. Es el denominado "padre social", aquel individuo que ha contribuido a reinventar la paternidad, transformándola en un hecho social buscado. Padre ya no es sólo aquel que tiene lazo biológico con el menor con quien convive, sino que también lo es quien cimenta este vínculo sobre la voluntad, ejerce las funciones de padre y construye así las raíces de la filiación.

3. Los padres sociales: otras formas de entender el parentesco.

Aunque no privados de dificultades, los nuevos modelos de familia han favorecido de manera inequívoca la pérdida de importancia del elemento biológico en beneficio del vínculo afectivo[13], convirtiendo en familia a aquellos que no lo eran. Ahora, resulta tan importante el "ser" en una persona como el "hacerse"[14].

La aparición del denominado "padre social" en el seno de estas formaciones ha contribuido a la reconfiguración de la tradicional figura paterna, que abarcaba de manera indisoluble el vínculo biológico con las funciones parentales, y ha transformado no sólo el concepto hegemónico de la paternidad sino también la relación filial y el parentesco en su conjunto.

En primer término, se ha experimentado una evolución que ha derivado en una disociación de la figura paterna en dos procesos bien distintos: el de paternidad, como estado que inscribe al individuo en una genealogía, y el de parentalidad, como la función que cumple quien aporta al niño medios materiales, educativos y afectivos para su crianza[15]. Esta disolución ha contrapuesto ambas funciones[16] y las ha diferenciado entre sí, permitiendo que su ejecución se desarrolle ahora por sujetos distintos (el padre y el padre social).

En segundo término, las nuevas formas de crear familias han logrado desestabilizar los cimientos sobre los que se construía la teoría del parentesco. Tradicionalmente, hemos hablado de parentesco para hacerlo de identidad, de pertenencia, de lazos. De legitimidad, de herencia. De la fuerza de la sangre. Sin embargo, la transformación experimentada en las últimas décadas por la sociedad en lo que a los modelos de familia se refiere ha demostrado que el parentesco

13 En este sentido reflexiona Carbonnier, citado por Rebourg, M.: "Les familles", cit., p. 290.

14 Schneider elaboró una distinción entre el "ser" y el "hacer", ambos términos considerados estados de construcción cultural de una persona, en Jociles Rubio, M. I. y Villaamil Pérez, F.: "Cambios en la concepción y representación del parentesco a raíz del uso de las técnicas de reproducción asistida con donante", *Ankulegi,* núm. 20, 2016, pp. 63-77.

15 Tamayo Haya, S.: "La reconstrucción de nuevas familias y la ausencia de reconocimiento legal", en AA.VV.: *El estatuto jurídico de los padrastros. Nuevas perspectivas jurídicas,* Colección Scientia Iuridica, Madrid, 2009, p. 23.

16 La distinción y contraposición de conceptos fue esbozada por el autor francés Mourat, y constituye la raíz sobre la que poder explicar la evolución del parentesco, en Tamayo Haya, S.: "La reconstrucción", cit., p. 22.

también puede crearse[17]. Que la distinción entre lo natural y lo construido no es tan nítida como parecía. Que el vínculo entre sujetos puede construirse en base a los genes, pero también a la socialización, a la educación y al afecto. Que ambos dominios, el natural y el social, contribuyen en igual medida a la formación de la persona. Y que su combinación es importante, y no existe una frontera clara que determine qué parte de la formación de un sujeto proviene del vínculo sanguíneo o del afectivo. El parentesco es una mezcla de lo que viene dado (parentesco biológico), y lo construido (parentesco por afinidad y por adopción). Es una forma de establecer relaciones, un modelo de conocimiento que define un lazo social y vincula a un sujeto respecto de otro. Ahora el parentesco también puede ser social, y basarse exclusivamente en las relaciones de apego bidireccionales entre individuos que crean vínculos paterno-filiales entre sí[18].

No obstante, y pese a ser uno de los cambios más notables en los hogares españoles desde la década de los años 90[19], a día de hoy estas relaciones no se encuentran debidamente legitimadas y se enfrentan a continuos desafíos y procesos de experimentación ante las limitaciones sociales y jurídicas existentes[20]. A pesar de que cada vez son más niños los que viven con las parejas de sus padres, y que estos "padres de hecho" ostentan un papel esencial en el desarrollo, crianza y educación de los menores con quienes conviven, no son nadie a ojos de nuestro Ordenamiento Jurídico.

III. EL ENCAJE JURÍDICO DEL PADRE SOCIAL EN LA DISOLUCIÓN DE LA FAMILIA RECOMPUESTA POR LA RUPTURA DE LA PAREJA.

1. El marco normativo básico.

Ya hemos referido con anterioridad que nuestro país, como Estado social y democrático de Derecho (art. 1.1 CE), ha de asegurar la igualdad efectiva entre los individuos y grupos que integran la sociedad (art. 9.2 CE). Y, entre dichos grupos, se encuentran las familias, cuya protección dispensa la Constitución Española (en adelante, CE) en su art. 39, al proclamar que "los poderes públicos aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia". Nuestro marco jurídico interno contempla la pluralidad de las formas de familia e incluye en esta

17 ¿Acaso en el parentesco por afinidad o en el parentesco por adopción no se construye de manera artificial el vínculo?

18 El estudio elaborado por Jociles y Villaamil analiza las reconfiguraciones creadas a partir de estructuras familiares post divorcio y cómo estas pueden servir como escenario útil para comprobar cómo la paternidad y la maternidad puede reencarnarse en sujetos parentales nuevos, que desarrollan funciones propias de los padres y crean redes de convivencia interfilial, interparental e interfiloparental, en Fernández-Rasines, P.: "Parentalidad: leyes, normas y prácticas parentales", *Quaderns-e,* 2016, pp. 119-1234.

19 Jociles Rubio, M. I. y Villaamil Pérez, F.: "Estrategias de sustitución en la construcción de la paternidad y la maternidad dentro de las familias reconstituidas", *Papers 90 UCM,* 2005, pp. 213-240.

20 Hetherington, M. y Stanley-Hagan, M.: "Diversity among stepfamilies", en Demo, D., Allen, K. y Fine, M.: "Handbook of family diversity", *Oxford University Press*, 2000, pp. 173-196.

diversidad las familias recompuestas, siendo relevante al respecto la Ley 40/2003, de 18 de noviembre, de Protección a las Familias Numerosas, en cuyo art. 2.1 se instituyó como novedad la consideración de familia numerosa a aquella formada por uno o dos ascendientes con tres o más hijos, sin necesidad de que estos fueran o no comunes. Igualmente destacable por su importancia la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, que abordó una reforma en profundidad de las tradicionales instituciones de protección del menor y conformó los cimientos sobre los que se han construido los actuales derechos de la infancia y la protección de su interés superior.

Para completar el marco de defensa de la institución familiar, hemos de tener en consideración los textos internacionales que vinculan a nuestro país, tales como la Declaración Universal de Derechos Humanos de 10 de diciembre de 1948[21], el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales[22], la Carta de Derechos Humanos Fundamentales del año 2000[23] o el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales[24].

Sin embargo, la situación concreta de los padres sociales en los supuestos de disolución por ruptura de la pareja en las familias recompuestas es, en la actualidad, bastante confusa. La evolución experimentada en las últimas décadas por la sociedad en lo que a los modelos de familia se refiere no ha transcurrido a la par que el marco normativo que regula la materia, por lo que en la actualidad nos encontramos ante un escenario prácticamente vacío de contenido, a lo que se añade la dificultad de encajarlo dentro de las instituciones jurídicas clásicas. Tengamos en cuenta que uno de los miembros de la pareja ha convivido con menores que no son sus hijos biológicos, ejerciendo activamente funciones parentales y contribuyendo a su crianza y desarrollo. ¿Qué vías existen para la continuidad de la relación con un hijo que no es suyo en caso de la ruptura de pareja, más allá de la vía del allegado recogida en el art. 160.2 del Código Civil[25]?

21 El art. 16 establece el derecho de hombres y mujeres de casarse y fundar una familia, como elemento básico, natural y fundamental de la sociedad. Además, el art. 25 recoge el derecho de los niños, nacidos dentro o fuera del matrimonio, de ser protegidos socialmente.

22 En su art. 8 se proclama el derecho al respeto de la vida privada y familiar.

23 Los arts. 7 y 9 recogen el respeto a la vida privada familiar y el derecho a contraer matrimonio y fundar una familia. Estos derechos fueron ampliados para incluir a las familias "reconstruidas o atípicas" en la STJUE 2004/269, de 30 de septiembre de 2004, sobre el asunto C-275/02.

24 El art. 10, en el mismo sentido que el art. 23 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos anteriormente referenciado.

25 El art. 160.2 CC recoge la posibilidad que se establezcan medidas entre los menores y sus hermanos, abuelos y otros parientes y allegados, favoreciendo así el mantenimiento de las relaciones familiares independientemente de la ruptura de los progenitores.

2. La vía ordinaria.

Dentro de lo que denominamos "vía ordinaria" incluimos aquellos procedimientos de nulidad, separación o divorcio[26] sustanciados a través de un proceso jurisdiccional y tramitados bien por la vía contenciosa, bien por la del mutuo acuerdo (en caso de no existir controversia entre las partes), y dirigidos a fijar las medidas que regirán las relaciones con posterioridad a la ruptura de pareja. ¿Es la vía ordinaria aplicable al caso que planteamos?

A) Medidas provisionales.

El Capítulo X del Código Civil, que regula las medidas provisionales para los casos de nulidad, separación o divorcio, recoge la posibilidad de que el Juez encomiende a otras personas que no sean los progenitores el cuidado de los menores. Concretamente, el párrafo segundo del art. 103.1º dispone:

"Admitida la demanda, el Juez, a falta de acuerdo de ambos cónyuges aprobado judicialmente, adoptará, con audiencia de estos, las medidas siguientes:

1. Determinar, en interés de los hijos, con cuál de los cónyuges han de quedar los sujetos a la patria potestad de ambos… Excepcionalmente, los hijos podrán ser encomendados a los abuelos, parientes u otras personas que así lo consintieren… confiriéndoseles las funciones tutelares que ejercerán bajo la autoridad del Juez".

Por su parte, las disposiciones generales previstas en el apartado sexto del art. 158 del Código Civil, que han de interpretarse conjuntamente y en consonancia con el artículo anterior, fijan la posible "suspensión cautelar en el ejercicio de la patria potestad y/o en el ejercicio de la guarda y custodia, la suspensión cautelar del régimen de visitas y comunicaciones establecidos en resolución judicial o convenio judicialmente aprobado… a fin de apartar al menor de un peligro o de evitarle perjuicios en su entorno familiar o frente a terceras personas".

Las anteriores vías prevén, como decíamos, la eventual atribución de la guarda y custodia de los menores a un tercero y la suspensión cautelar a quien la tenga atribuida, aunque resulta indiscutible el carácter excepcional de esta medida, tal y como determina la literalidad del propio precepto. En su interpretación, la excepcionalidad se traduce en la necesaria concurrencia de una serie de circunstancias especialmente graves que desaconsejen la atribución de la tutela a los padres, a pesar de que estas medidas excedan, en muchos casos, de las relaciones puramente paterno filiales. Entre estas circunstancias, en la práctica suele resultar

26 Por analogía, incluimos también los procedimientos de medidas paterno filiales para regular las obligaciones y derechos que recaen sobre los hijos en caso de que no exista vínculo matrimonial entre la pareja (arts. 748 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil).

determinante para el juzgador que el tercero que solicita la atribución de la guarda y custodia ya haya ejercido de guardador de hecho del menor, "supliendo con su cuidado el incumplimiento de los progenitores de los deberes de protección respecto de la guarda del niño"[27]. No olvidemos tampoco que nos encontramos ante medidas provisionales, por lo que este régimen tendrá siempre un carácter intermedio o temporal, en tanto en cuanto no existan otras medidas, y mientras duren las circunstancias tenidas en cuenta para su atribución.

En definitiva, por el interés público que informa estos procedimientos con relación a los hijos menores de edad, resulta posible encomendar a los menores a quien no es padre biológico pero ha ejercido sus funciones de hecho, por la vía del art. 103.1º párrafo segundo y 158[28] del Código Civil, en consonancia con el 11.2 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor[29]. Si bien estas medidas tendrán siempre el carácter de excepcional, y deberán concurrir una serie de circunstancias previas de suficiente entidad como para desaconsejar la atribución de la guarda al padre biológico.

B) Medidas definitivas.

El capítulo IX del Código Civil regula los efectos comunes a la nulidad, separación o divorcio, incluyendo las medidas definitivas que será aplicables para regular la nueva situación post ruptura.

No obstante, en ninguno de los artículos que conforman este capítulo encontramos disposición alguna acerca de la posibilidad de atribuir a un tercero distinto de los progenitores funciones tutelares respecto de los menores, a diferencia de lo que ocurre en las medidas provisionales. Más concretamente, la medida del párrafo segundo del art. 103.1º del Código Civil no está contemplada dentro de las del art. 92. Y, en consecuencia y al menos de manera aparente, no es posible atribuir por esta vía la custodia al que no es padre biológico, a pesar de que haya ejercido sus funciones.

Sin embargo, la falta de previsión legal para la atribución de la tutela a un pariente como medida definitiva no ha sido óbice para que nuestros Tribunales, en

27 En este sentido, la STS 27 octubre 2014 (EDJ 2014/188239) establece como doctrina: "cuando un guardador de hecho preste a un menor la asistencia necesaria, supliendo al incumplimiento de los progenitores de los deberes de protección respecto de la guarda de aquel, ni se excluye ni se impone declarar la situación de desamparo, debiendo ser las circunstancias concretas, interpretadas al amparo del interés superior del menor, las determinantes a la hora de decidir la situación jurídica respecto de su especial protección".

28 Las medidas contenidas en el art. 158 del Código Civil podrán ser dictadas de oficio por el Juez, o bien solicitadas a instancias del propio menor, de cualquier pariente o del Ministerio Fiscal. Por tanto, una interpretación restrictiva de este artículo no incluiría al padre social como sujeto legitimado activamente para instar esta solicitud al carecer de parentesco.

29 El art. 11.2 de la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor regula los principios rectores de la actuación de los poderes públicos en relación con los menores, destacando entre estos la supremacía de su interés superior, el mantenimiento en su familia de origen y su integración familiar y social.

determinados supuestos, hayan considerado oportuno interpretar ampliamente el art. 92 del Código Civil para atender debidamente a la protección de interés del menor.

Esto precisamente es lo que determinó nuestro Alto Tribunal en la STS 14 septiembre 2018[30], que otorgó la guarda y custodia de una menor a su tía paterna por ser quien de hecho y de manera continuada la venía ostentando desde el fallecimiento de la madre. En el procedimiento, la tía paterna de la menor solicitó la guarda y custodia de su sobrina bajo el argumento de ser ella quien se había hecho cargo de la niña desde que la madre cayó enferma, prolongándose esta situación durante bastante tiempo, y alegando además que el padre se había desentendido de la niña. El demandando, por su parte, como padre biológico de la menor, se opuso a la demanda, negando los anteriores extremos y aseverando que su hermana le había impedido ver a su hija durante meses.

En primera instancia, el Juzgado atribuyó la guarda y custodia a la tía por ser quien había ostentado una guarda de hecho prolongada[31], y todo ello a pesar de no ostentar la patria potestad. Sin embargo, la Audiencia Provincial revocó la sentencia y atribuyó de manera definitiva la guarda y custodia al padre, concediendo a la tía, como pariente cercano, un régimen de visitas transitorio hasta la consolidación de la menor en el hogar paterno. Por su parte, el Tribunal consideró necesario "efectuar una interpretación conjunta y armónica" de las normas que rigen las relaciones de familia. En este sentido, analizó en primer término la compatibilidad de las circunstancias del caso con el desarrollo integral de la menor, y la incidencia que podría tener la atribución de la guarda y custodia al padre biológico en la vida de la niña, teniendo en cuenta su edad y el tiempo de convivencia con la tía paterna. En segundo lugar, determinó que las medidas a adoptar debían abordarse "desde la situación actual de la tía como guardadora de hecho y del interés de la menor, y no desde la condición de padre biológico titular de la patria potestad", y todo ello para evitar dañar a la niña. Y todo ello a pesar de que "esta medida no está contemplada entre las que pueden adoptarse en el artículo 92 del Código Civil con carácter definitivo en los procesos matrimoniales".

Por tanto, como argumenta la Sala, no se debe plantear ningún problema en que se instaure este régimen intermedio y extraordinario que permita atender a la protección de la niña, aplicando en sentido amplio el citado art. 92, y sin perjuicio de que la medida acordada pueda ser revisada en un futuro.

30 STS 14 septiembre 2018 (EDJ 2018/564723)

31 Como hemos referido en el apartado anterior, la práctica seguida en las relaciones con los menores, siempre y cuando esta haya sido positiva y de evolución favorable, es tenida en cuenta por el juzgador a la hora de fijar las medidas, sean estas de carácter provisional o definitivo.

Tampoco ha sido inconveniente para los Tribunales ir un paso más allá y otorgar la guarda y custodia a un padrastro de su hijastra, hermana de los dos hijos comunes de éste con su madre, por la misma vía de interpretación del art. 92, en relación con el 103.1º párrafo segundo.

La problemática planteada en este caso coincide plenamente con el supuesto de hecho que venimos planteando a lo largo del presente trabajo. Tal y como refiere la resolución, el demandante solicitó la custodia de una hija común y de una segunda que, a pesar de no ser su hija biológica, siempre la había cuidado como tal, ejerciendo con ella las labores propias de un padre y de manera indistinta respecto de su hija biológica, y considerando a ambas hermanas de doble vínculo, pese a que la realidad genética era otra bien distinta. En primera instancia, el Juzgado dio la razón al padre social, justificándolo, respecto de la hija que carecía de vínculo biológico, en razón a "las especiales relaciones que ha tenido con este y por ser hermana de los dos hijos comunes de este con su madre…". Dicha atribución se efectuó, como indicábamos, al amparo de lo dispuesto en los ya citados arts. 92, 103.1º párrafo segundo y 158 del Código Civil, así como del art. 11.2 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor. Sin embargo, la Audiencia Provincial revocó la resolución del Juzgado, atribuyendo la guarda y custodia a la madre biológica y sin señalar, ni tan siquiera, un régimen de visitas en favor del padre social. Consideró la Sala que otorgar unos derechos sobre una menor a un tercero que carece de vínculo biológico era alargar o demorar una situación de hecho basada en el desconocimiento de la niña de su verdad biológica.

Finalmente, una vez recurrida la resolución en vía casacional, nuestro Alto Tribunal decidió, en base al interés superior real de la menor, conceder la guarda y custodia de las menores, incluida la niña con la que carecía de vínculo biológico, al padre. El argumento que favoreció tal decisión, alejado del estricto cauce normativo vigente, no fue otro que "la evidencia de la existencia de vínculos afectivos que hacen inviable la extinción de los vínculos familiares que existieron entre ambos". Predominó, por tanto, el vínculo afectivo por encima del biológico, al considerar la Sala que, en la adopción de las medidas paterno filiales derivadas de una ruptura de pareja, se han de valorar los hechos desde la realidad de la vida familiar, siendo el eje central para la adopción de tales medidas el propio interés de los niños, su situación afectiva y el beneficio y protección de los menores y de los intereses en juego.

A pesar de todo, y conforme recoge la propia resolución, pese a que ningún problema se ha planteado al interpretar de manera amplia el art. 92, todo apunta a que, con carácter ordinario y siempre que las circunstancias no lo desaconsejen, será preferible otorgar la guarda y custodia a los progenitores biológicos sobre aquellos que carezcan de vínculo de sangre. Tan sólo de manera extraordinaria

y con carácter intermedio, una vez ponderadas debidamente las circunstancias concurrentes en cada caso y en defecto de los anteriores, podrá romperse con la regla general e instaurar un régimen de guarda con funciones tutelares al padre social.

3. La vía de urgencia: el art. 87 de la Ley de Jurisdicción Voluntaria.

Hemos analizado ya el deficiente marco normativo de que disponen hasta el momento los padres sociales para el mantenimiento de las relaciones con los hijos de sus parejas en los casos de ruptura. Nos centraremos ahora en valorar la viabilidad del art. 87 de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de Jurisdicción Voluntaria (en adelante, LJV), para la adopción de medidas en su favor.

El citado art. 87 LJV recoge la posibilidad de adoptar determinadas medidas de protección en relación al ejercicio inadecuado de la potestad de guarda de menores… en los casos a que se refiere, entre otros, el art. 158 del Código Civil. Por su parte y para lo que aquí interesa, el apartado 6º del art. 158 refiere:

"El Juez, de oficio o a instancia del propio hijo, de cualquier pariente o del Ministerio Fiscal[32], dictará… la suspensión cautelar en el ejercicio de la patria potestad y/o en el ejercicio de la guarda y custodia, la suspensión cautelar del régimen de visitas y comunicaciones establecidos en resolución judicial o convenio judicialmente aprobado y, en general, las demás disposiciones que considere oportunas, a fin de apartar al menor de un peligro o de evitarle perjuicios en su entorno familiar o frente a terceras personas".

Del tenor de los anteriores preceptos podemos extraer los siguientes criterios a tener en cuenta para determinar la viabilidad del presente cauce.

A) El carácter accesorio del expediente de jurisdicción voluntaria.

De conformidad con lo previsto en el apartado segundo del art. 1 de la LJV, los expedientes de jurisdicción voluntaria serán todos aquellos que "requieran la intervención de un órgano jurisdiccional para la tutela de derechos e intereses en materia de Derecho civil y mercantil, sin que exista controversia que deba sustanciarse en un proceso contencioso". En consonancia con dicho artículo, el 6.2 LJV es clarísimo al establecer que no se podrá iniciar o continuar con la tramitación de un expediente de jurisdicción voluntaria que verse sobre un objeto que esté siendo sustanciado en un proceso jurisdiccional, toda vez que es un expediente

32 En consonancia con este punto, el apartado 3 del citado art. 87 LJV también recoge la legitimación activa para la adopción de las medidas de protección del propio menor, de cualquier pariente, del Ministerio Fiscal o de oficio por el Juez.

de carácter vicario, accesorio del procedimiento principal contencioso (AAP León 7 julio 2020[33]).

Para lo que aquí respecta, en caso de que el interesado en el establecimiento de las medidas decida recurrir al art. 87 LJV, se habrá de asegurar previamente de que no existe un procedimiento jurisdiccional en curso que verse sobre el mismo objeto, en cuyo caso la petición de inicio del procedimiento de jurisdicción voluntaria no será admitida a trámite, o dará lugar a su archivo en cuanto se tenga conocimiento de la existencia del primero, ya que ambos procedimientos no pueden concurrir. Lo que se trata de evitar es el efecto de cosa juzgada, es decir, que puedan existir sentencias contradictorias sobre el mismo objeto procesal, por lo que se excluye la existencia de un ulterior proceso con idéntico objeto a un proceso ya iniciado.

Es el caso del AAP Toledo 5 julio 2017[34], que resolvió desfavorablemente un recurso de apelación contra un Auto del Juzgado de Instancia que estimó en un expediente de jurisdicción voluntaria relativo a medidas de protección al ejercicio inadecuado de la potestad de guarda del art. 87 LJV, la excepción de litispendencia[35] porque ante el mismo juzgado y entre las mismas partes pendía un procedimiento de modificación de medidas en el que se ejercitaba idéntica pretensión. Según recoge la Sala, "siendo indiscutible que se incoa un procedimiento de modificación de medidas que se sigue en el mismo juzgado y posteriormente este que nos ocupa, con el mismo objeto de suspender al padre el derecho de visitas respecto a su hija, es claro que la petición de inicio de este procedimiento de jurisdicción voluntaria ni siquiera debió ser admitida a trámite, por lo que procede el archivo de este último".

B) La necesaria existencia de medidas provisionales o definitivas previas.

El art. 87 recoge en su apartado primero, como hemos visto anteriormente, que su ámbito de aplicación se circunscribe a aquellos casos en que se requiera adoptar medidas de protección en relación al "ejercicio inadecuado de la potestad de guarda de menores". Por su parte, el apartado sexto del 158 CC habla de "suspensión cautelar en el ejercicio".

De la literalidad de los anteriores preceptos se extraen dos conclusiones: la primera de ellas, la necesaria existencia de una serie de medidas previas sobre un

33 AAP León 7 julio 2020 (EDJ 2020/636139).

34 AAP Toledo 5 julio 2017 (EDJ 2017/199168).

35 Para que pueda entenderse que concurre litispendencia ha de existir identidad subjetiva (identidad de partes), identidad objetiva (identidad del objeto del proceso) y la pendencia de auténticos procesos.

menor en favor de un sujeto determinado[36]; y la segunda, el ejercicio inadecuado de tales medidas por el sujeto que ostenta dichas facultades, siendo este punto una suerte de "cajón de sastre" donde cualquier actuación que pueda tener la consideración de "inadecuada" respecto de lo que se espera del "buen padre de familia" podría constituir la base de la acción.

C) El carácter de urgencia.

El expediente de jurisdicción voluntaria del art. 87 tiene carácter de urgencia, y se ha de instar con el objetivo de "apartar al menor de un peligro o de evitarle perjuicios en su entorno familiar o frente a terceras personas". Nos encontramos, por tanto, ante un procedimiento que pretende la adopción de medidas urgentes que modificarían las establecidas en sentencia firme dictada en un procedimiento anterior, y que se basa en la necesidad de suspender las medidas ya establecidas a fin de apartar al niño de un peligro inminente, para lo que se habrá de acreditar una causa grave que lo justifique.

En el caso de la SAP Guadalajara 28 julio 2017[37], la madre de la menor promovió este procedimiento de jurisdicción voluntaria por sospecha de abusos sexuales y maltrato por parte del padre hacia la menor, solicitando la suspensión del régimen de visitas y la valoración de la niña por el servicio de psiquiatría o psicología del hospital. Por su parte, la SAP Madrid 26 febrero 2021[38] resolvió acerca de la modificación del régimen de custodia de un menor instada por su padre, a consecuencia de la existencia debidamente acreditada de episodios de intoxicación etílica de la madre de tal gravedad que había dejado de recoger al menor en el colegio.

D) Los sujetos legitimados activamente para instar el expediente de jurisdicción voluntaria.

Tanto el art. 87 LJV como el 158 CC establecen que las medidas se adoptarán de oficio por el Juez, o a instancia del propio menor, de cualquier pariente o del Ministerio Fiscal[39]. Consecuentemente, la norma parece no legitimar al padre social para instar por sí mismo el presente expediente, habida cuenta de que no concurre relación de parentesco entre este y el menor, debiendo limitarse, quizá, a poner en conocimiento del Juzgado o del Ministerio Fiscal las circunstancias concurrentes para que fueran estos quienes ejercitaran la acción. Sin embargo,

36 Nada se dice del carácter que han de tener tales medidas por lo que entendemos que las mismas podrían, consecuentemente, tener carácter provisional, definitivo, o bien que su ejercicio se esté desarrollando de hecho, sin que exista una resolución de derecho que las ampare.

37 SAP Guadalajara 28 julio 2017 (EDJ 2017/229942).

38 SAP Madrid 26 febrero 2021 (EDJ 2021/563072).

39 A lo que el art. 87 LJV añade la posibilidad de adopción por cualquier interesado cuando se soliciten respecto de una persona con discapacidad.

se nos plantea seriamente la posibilidad de interpretar ampliamente la norma, por analogía con lo que ocurre con el art. 92 CC respecto del 103.1º. ¿Podríamos otorgar así, por analogía, legitimación activa al padre social para la iniciación del presente procedimiento?

IV. CONCLUSIONES.

Resulta innegable que nuestra sociedad avanza a pasos agigantados, y que las familias presentan formas y estructuras cada vez más amplias, alejadas de los modelos tradicionales. Lo que hasta hace unos años eran excepciones, a día de hoy son realidades. Y es que cada vez son más los niños que se crían con adultos que no son sus padres, a quienes les une un vínculo construido sobre el afecto que sustituye en muchos casos al de la sangre.

Sin embargo, la evolución que ha experimentado la sociedad en lo que a la institución familiar se refiere no ha ido en consonancia con el marco legal que la regula. La situación jurídica de estos padres sociales se encuentra, a día de hoy, vacía de contenido, y pese a que los Tribunales abogan por interpretar ampliamente la normativa que regula las situaciones de crisis familiar, en la práctica se plantean multitud de situaciones en las que resulta bastante complicado encontrar una respuesta adecuada.

A lo largo del presente trabajo, hemos analizado las vías procedimentales de los arts. 92 y 103.1º CC para la adopción de medidas para los padres sociales respecto de los menores con quienes conviven concluyendo que, en tanto en cuanto no resulte conveniente el establecimiento de las mismas en favor de los padres biológicos, su concesión sí que resulta posible. Si bien, en la práctica, los Tribunales parecen valorar positivamente un ejercicio "de hecho" previo por parte del padre social, requiriendo asimismo que las excepcionales circunstancias que concurran en el caso sean determinantes para justificar la adopción de la medida con el único objetivo de proteger el interés superior del menor.

En el análisis expuesto, también hemos valorado la posibilidad de utilizar la vía del art. 87 de la LJV como alternativa al anterior marco teórico. Desde nuestra perspectiva, consideramos factible seguir la estrategia del expediente de jurisdicción voluntaria siempre y cuando haya certeza de que no existe un procedimiento jurisdiccional en curso, en primer término, por el carácter accesorio de este tipo de expediente. En segundo lugar, que la construcción de la solicitud se cimiente sobre la urgencia de la adopción de tales medidas para la salvaguarda del interés superior del menor, ya que parece requisito ineludible según los enunciados de los artículos referidos en el apartado anterior. Conjuntamente, nos parece que, a pesar de que la figura del padre social trasciende de los límites establecidos en lo que a la legitimación activa se refiere, una interpretación amplia del citado

precepto debería permitir el ejercicio de la acción al tercero, dando cuenta de que la protección del menor debe prevalecer sobre el excesivo formalismo en que incurre muchas veces nuestro Ordenamiento Jurídico.

Por último, y tras una revisión exhaustiva de la normativa vigente en materia de familia, conviene reflexionar acerca del enorme desafío que supone para el Derecho de Familia estos cambios sociales, pero también para la sociedad en su conjunto que, a través de sus prácticas, está creando otra forma de emparentarse. La construcción de un nuevo parentesco experimentada en los últimos tiempos, el parentesco social, está transformando la institución hegemónica y solidificando la idea de que, para el individuo, es tan importante "el ser" como "el hacerse". Que el apego puede ser tan pesado, o más, que la sangre y que, en nuestra sociedad actual, plural y diversa, la familia también se elige. Y traducir jurídicamente la realidad social y reconocer y regular debidamente la figura de los padres sociales y del parentesco social en su conjunto es, a día de hoy, una tarea tan necesaria como pendiente.

BIBLIOGRAFÍA

Blanco Álvarez, T.: "Parentalidades en familias diversas", *Revista de Ciencias Sociales,* núm. 148, 2015.

Fernández-Rasines, P.: "Parentalidad: leyes, normas y prácticas parentales", *Quaderns-e,* 2016.

Gómez García, P.: "Los confines del sistema de parentesco y su evolución histórica", *Gazeta de Antropología,* núm. 28º, artículo 8, 2012.

Hetherington, M. y Stanley-Hagan, M.: "Diversity among stepfamilies", en Demo, D., Allen, K. y Fine, M.: "Handbook of family diversity", *Oxford University Press*, 2000.

Jociles Rubio, M. I. y Villaamil Pérez, F.:

- "Cambios en la concepción y representación del parentesco a raíz del uso de las técnicas de reproducción asistida con donante", *Ankulegi,* núm. 20, 2016.

- "Estrategias para evitar u obstaculizar la paternidad de los padrastros en las familias reconstituidas", *Revista Mexicana de Ciencias Políticas y Sociales,* 2008.

- "La duplicación de funciones y posiciones de parentesco como estrategia para la construcción de la paternidad/maternidad en las familias reconstituidas", *Anthropologica,* núm. 26, 2008.

Rebourg, M.: "Les familles recomposées: la prise en charge de l´enfant par son beau-parent pendant la vie commune", *Actualite juridique famille*, 2007.

Reher, D.: "El cambio familiar en España en el marco de la evolución histórica", *Arbor,* 2004.

Rivas Rivas, A. M.:

- "Las nuevas formas de vivir en familia: el caso de las familias reconstituidas", *Cuadernos de relaciones laborales,* núm. 1, 2008.

- "Pluriparentalidades y parentescos electivos. Presentación del volumen monográfico", *Revista de Antropología Social*, núm. 18, 2009.

TAMAYO HAYA, S.: "La reconstrucción de nuevas familias y la ausencia de reconocimiento legal", en AA.VV.: *El estatuto jurídico de los padrastros. Nuevas perspectivas jurídicas,* Colección Scientia Iuridica, Madrid, 2009.

LA RESPONSABILIDAD CIVIL DE PADRES, TUTORES Y CURADORES

TORT LAW OF PARENTS, GUARDIANS AND CURATORS

Rev. Boliv. de Derecho Nº 34, julio 2022, ISSN: 2070-8157, pp. 302-329

Juan
PANISELLO
MARTÍNEZ

ARTÍCULO RECIBIDO: 20 de abril de 2022
ARTÍCULO APROBADO: 30 de abril de 2022

RESUMEN: La responsabilidad civil de padres, tutores y curadores tal como está diseñada normativamente y se aplica en la práctica presenta una serie de desajustes e incoherencias. Su regulación presenta una triple fuente normativa: Código civil, Código penal y Ley Orgánica de Responsabilidad Penal del Menor. La aplicación de una de las normativas depende de la edad del autor de los daños y de la tipificación o no como ilícito penal del acto que causa el daño. Esta fragmentación normativa provoca inseguridad jurídica, resoluciones contradictorias y falta de coherencia.

PALABRAS CLAVE: Responsabilidad civil; daño; padres; tutores; curadores; menores; culpa; diligencia.

ABSTRACT: *Tort law of parents, guardians and curators as designed normatively and applied in practice presents a series of mismatches and inconsistencies. Its regulation presents a triple normative source: Civil Code, Criminal Code and Organic Law of Criminal Responsibility of Minors. The application of one of the regulations depends on the age of the perpetrator of the damage and the criminalization or not of the act causing the damage. This regulatory fragmentation causes legal uncertainty, contradictory resolutions and lack of coherence.*

KEY WORDS: Tort law; damage; parents; guardians; curators; minors; fault; diligence.

SUMARIO.- I. CUESTIONES PREVIAS.- II. LA RESPONSABILIDAD CIVIL EN EL CÓDIGO CIVIL.- III. LA RESPONSABILIDAD CIVIL EN EL CÓDIGO PENAL.- 1. La responsabilidad por los daños causados por el inimputable penal. 2. La responsabilidad por los daños causados por mayores de edad sujetos a curatela. IV. LA RESPONSABILIDAD CIVIL EN LA LEY ORGÁNICA DE LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LOS MENORES.- 1. Hechos punibles cometidos por menores de catorce años. 2. Hechos punibles cometidos por los menores de edad mayores de catorce años. V. CONSIDERACIONES CRÍTICAS.- VI. A MODO DE REFLEXIÓN.

I. CUESTIONES PREVIAS.

La responsabilidad civil de padres, tutores y curadores tal como está diseñada normativamente y se aplica en la práctica presenta una serie de desajustes e incoherencias que hacen de ella una figura difícilmente justificable. En el ordenamiento español su regulación presenta una triple fuente normativa: por un lado, la contenida en el Código civil, por otro lado la recogida en el Código penal y finalmente la que contempla y regula la Ley Orgánica de Responsabilidad Penal del Menor (LORPM). La aplicación de una de las normativas depende de la edad del autor de los daños y de la tipificación o no como ilícito penal del acto que causa el daño.

Esta enorme fragmentación normativa provoca inseguridad jurídica, resoluciones contradictorias y falta de coherencia entre las diversas hipótesis contempladas. Así, por ejemplo, por los ilícitos penales cometidos por un menor de edad mayor de 14 años los padres responden de manera objetiva sólo si éste es penalmente imputable (supuesto en que también lo será civilmente) (art 61.3 LORPM) respondiendo por culpa en caso contrario (art. 5.1 LORPM y art. 118.1.1ª CP)[1].

El ordenamiento carece de una idea clara y de una filosofía estable que sustenten el régimen de responsabilidad civil de los padres, tutores o curadores. No se sabe si los padres y tutores deben responder por guarda[2], por patria potestad, por vigilancia o por educación: se impone no sólo el deber de velar por los menores y tenerlos en su compañía, sino también el de educarlos y procurarles una educación integral. No cabe duda de que estos otros aspectos son mucho más relevantes en el origen de los comportamientos delictivos del menor que los simples defectos en el ejercicio del deber de guarda en que se suele fundamentar la responsabilidad civil extracontractual y la responsabilidad civil *ex delicto*. Se considera que el fundamento

1 Gómez Calle, E.: "Responsabilidad de padres y centros docentes", en AA.VV.: *Tratado de Responsabilidad civil* (coord. por L. F. Reglero Campos), Aranzadi, Cizur Menor, 2006, p. 1287.

2 Como estableció la STS 19 octubre 1983 (JUR 1983, 5333), la guarda es "la función de los padres de velar por sus hijos y tenerlos en su compañía".

• Juan Panisello Martínez
Licenciado en Derecho por la Universidad de Navarra. Diploma Estudios Avanzados por la Universidad "Rovira I Virgili", en Economía Financiera y Contabilidad (2002) y Derecho Civil (2007). Letrado en ejercicio desde 1995. Secretario Tribunal Arbitral de Tarragona de 2006 a 2013. Correo electrónico: bufetepanisello@gmail.com.

de este nuevo modelo de responsabilidad civil se encuentra no sólo en el deber de guarda sino también en el deber de educación y en el adecuado uso de las facultades de corrección que los padres y tutores tienen sobre los menores[3].

II. LA RESPONSABILIDAD CIVIL EN EL CÓDIGO CIVIL.

En los supuestos en que se cause un daño que no revista caracteres de delito por un menor o por una persona que precise apoyo, en el ámbito civil general la responsabilidad se atribuye a los padres y tutores o a los curadores[4]. Pero éstos quedan exonerados de responsabilidad civil cuando prueben que obraron con la diligencia de un buen padre de familia para prevenir el daño (art. 1903,7º CC)[5], como por otro lado se establece para todos los supuestos de responsabilidad por hecho ajeno[6].

Esta carga de probar que padres, tutores o curadores emplearon toda la diligencia de un buen padre de familia para prevenir el daño -si es que desean liberarse de responsabilidad por actos de los menores o de las personas a las que presten apoyo- hace que, sobre la base de los principios culpa *in educando* y culpa *in vigilando*[7], la responsabilidad en la práctica pase a ser directa y cuasiobjetiva o por riesgo[8], facilitando en gran medida la indemnización de la víctima[9]. En la búsqueda de un responsable que atienda la reparación del daño causado, señala Yzquierdo, el Tribunal Supremo ha acabado por convertir a los guardadores legales en una especie de compañía de seguros que debe responder siempre atendiendo a criterios objetivos de acaecimiento del daño[10].

3 Base datos Aranzadi (DOC 2018, 417). Familia: Patria potestad. Contenido de la patria potestad. Derechos y obligaciones de los padres.

4 Con efectos de 3 de septiembre de 2021 la Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica, ha modificado el párrafo tercero del art. 1903 CC reservando la tutela sólo para los menores al suprimir la referencia a los incapaces; y ha añadido un párrafo cuarto que incorpora la responsabilidad de los curadores con facultades de representación plena.

5 En este sentido la SAP Baleares 19 marzo 2012 (ECLI:ES:APIB:2012:743), indica lo siguiente (F.J. 2º): "El fundamento de esta responsabilidad en culpa invigilando, en términos teóricos, debiera suponer que padres y tutores quedan exentos de responsabilidad cuando acrediten haber sido personas diligentes y cuidadores respeto de la conducta de los menores o incapacitados sometidos a su autoridad (...) Conforme a dicha concepción la responsabilidad paterna vendría caracterizada sencillamente por una presunción *iuris tamtum* de culpa, que admitiría para padres y tutores".

6 Art. 1903, 2º, 3º y 4º CC: "Los padres son responsables de los daños causados por los hijos que se encuentren bajo su guarda. Los tutores lo son de los perjuicios causados por los menores que están bajo su autoridad y habitan en su compañía. Los curadores con facultades de representación plena lo son de los perjuicios causados por la persona a quien presten apoyo, siempre que convivan con ella". Y, con arreglo a lo establecido en el art. 1903,7º CC, la responsabilidad de padres, tutores y curadores cesara cuando "prueben que emplearon toda la diligencia de un buen padre de familia para prevenir el daño".

7 Gómez Calle, E.: "Responsabilidad de padres", cit., p. 1287.

8 Sobre la responsabilidad de los padres por los hechos de sus hijos, vid. SSTS 8 marzo 2006 (RJ 2006, 1076) y 10 noviembre 2006 (RJ 2006, 7170); así como SSAP Valencia 23 enero 2012 (JUR 2012, 171580) y Madrid 28 septiembre 2011 (JUR 2011, 24867).

9 STS 29 diciembre 1962 (RJ 1962, 5141).

10 Yzquierdo Tolsada, M.: "¿Por fin menores civilmente responsables? Reflexiones a propósito de las reformas de 2015", *FORO. Revista De Ciencias Jurídicas y Sociales, Nueva Época*, vol. 19, núm. 2, 2016, p. 39.

Resulta prácticamente imposible localizar un solo caso en el que los padres, tutores o curadores hayan conseguido probar que fueron diligentes en la vigilancia o educación del menor o persona con discapacidad: responden, sencillamente, porque son padres, tutores o curadores[11]. El Tribunal Supremo ha venido optando por declarar la responsabilidad de los padres por ser negligentes, descuidados e imprudentes, enturbiando el fundamento culpabilístico de la responsabilidad[12]. En la práctica la jurisprudencia eleva tanto el nivel de exigencia en la admisión de la prueba de la diligencia debida, que en contadas ocasiones tiene lugar la exoneración de los padres por la responsabilidad de sus hijos[13]. E incluso en ocasiones la absolución de los padres no es debido a que probaran la no concurrencia de culpa, sino más bien porque faltaba la relación de causalidad[14].

Los pronunciamientos del Tribunal Supremo evidencian que en la práctica totalidad de los casos se declara la responsabilidad civil de los padres sin ninguna posibilidad real de exoneración. Esta realidad jurisprudencial ha sido objeto de crítica por diversos autores, que consideran que parece que la responsabilidad de los padres y tutores por los hechos dañosos de los menores es una auténtica obligación derivada de la patria potestad o de la tutela, y no una responsabilidad basada en el criterio de la culpa. Igualmente, como no se establece una obligación de responsabilidad por los daños ocasionados por los menores y las obligaciones legales no se presumen (art. 1090 CC), el Tribunal Supremo ha tenido que deformar y forzar el art. 1903 CC hasta tal punto que ha cambiado completamente su significado: la responsabilidad de los padres, tutores o curadores se ha convertido por obra de nuestro Tribunal Supremo en la más objetiva de las responsabilidades por el hecho ajeno, que recoge el art. 1903 CC[15].

En la jurisprudencia española se encuentran abundantes supuestos de lo que podría denominarse "la presunción de negligencia de los padres", a los que se les termina atribuyendo siempre la responsabilidad civil con independencia del cuidado y diligencia adoptados. Así: condena a los padres que omitieron la debida supervisión de un menor que causó daños por la explosión de petardos en discoteca durante

11 Tenreiro Busto, E.: "Análisis del fin de las incapacitaciones judiciales: reforma efectuada por la Ley 8/2021, de 2 de junio", *Revista Jurídica Colex*, núm. 21, 2021, p. 5.

12 SSTS 11 marzo 2000 (RJ 2000, 1520), 30 junio 1995 (RJ 1995, 5272), 13 octubre 1998 (RJ 1998, 8068), 30 abril 1969 (RJ 1969, 2411).

13 Uno de estos supuestos de exoneración de responsabilidad de los padres lo encontramos en el caso de un hijo mayor de edad y esquizofrénico paranoide sin incapacitar, que mató a tres niños por los disparos efectuados con la pistola reglamentaria de su padre (que éste ocultaba), en el que se pedía la responsabilidad directa de los padres por no haber instado la declaración de incapacitación de su hijo. En STS 5 marzo 1997 (RJ 1997, 1650) se exoneró a los padres pues "ignoraban la clase de enfermedad que padecía su hijo", habiéndoles comunicado el médico que su hijo "en los últimos tiempos (…) había mejorado de su enfermedad", y que "no presentaba rasgos de violencia".

14 SSTS 10 junio 2008 (RJ 2008, 4244) y 28 diciembre 2001 (RJ 2002, 3094).

15 Yzquierdo Tolsada, M.: "¿Por fin menores", cit., p. 37; López Beltrán de Heredia, C.: *La responsabilidad civil de los padres por hechos de sus hijos*, Tecnos, Madrid, 1998, p. 105.

las fiestas del pueblo[16]; presunción de culpa de los progenitores de un menor que agredió sexualmente a otro, sin que sea causa de exoneración el haber solicitado ayuda a las instituciones públicas[17]; responsabilidad de los padres de un menor por los daños causados con una raqueta en la mandíbula de otro menor en el ejercicio del deporte[18]; condena por presunción de culpa a los padres de un menor de 17 años que causó lesiones irreversibles en el ojo a una menor de 16 años al propinarle un balonazo en la cara, daño que el menor debería haber previsto[19]; atribución de la responsabilidad a un padre por culpa *in vigilando* al caerle a su hijo una máquina expendedora de golosinas cuando se colgó del tirador[20]; condena a los padres de un menor que causó una muerte con una escopeta de balines, a pesar de acreditar que le tenían prohibido su uso[21]; responsabilidad de los padres de un menor que conducía el coche de sus padres y al chocar con un árbol provocó la muerte de su novia que le acompañaba, a pesar de que acreditaron que le tenían prohibido coger el coche y las llaves estaban escondidas, siendo condenados al considerar que las llaves podían haberse escondido mejor[22]… entre otras[23].

Detrás de todos estos fallos puede encontrarse o deducirse una línea argumental que -quizá al margen de los que el legislador estableció inicialmente en el art. 1903 CC- considera que mientras los hijos o pupilos no sean mayores de edad o se emancipen, los padres o tutores deben responder de los actos de aquéllos, con independencia de si los padres o tutores son conscientes[24] o no[25] de las actividades de sus hijos o pupilos, o de si hubiera mediado prohibición expresa[26]. En consecuencia, con arreglo al principio *culpa in vigilando*, los padres y tutores siempre deben controlar[27] las actividades normales de los menores mientras están bajo su custodia[28]. Incluso cuando no estén con el menor en el preciso momento de causar el daño[29], serían responsables de los actos de sus hijos o pupilos por la misma razón:

16 STS 23 febrero 2010 (RJ 2010, 1293).

17 STS 10 noviembre 2006 (RJ 2006, 7170).

18 SAP Málaga 27 octubre 2003 (AC 2003, 1694).

19 STS 8 marzo 2002 (RJ 2002, 1912).

20 STS 21 octubre 2002 (RJ 2002, 8438).

21 STS 12 mayo 1999 (RJ 1999, 4576).

22 STS 22 septiembre 1992 (ROJ: STS 18444, 1992).

23 En sentido opuesto, admitiendo la falta de responsabilidad de los padres, por todas, STS 27 enero 2006 (ROJ: STS 124, 2006), un menor de 10 años lanza una piedra a un autobús desde un puente de una autopista causando la muerte de un pasajero, responsabilizando a la concesionaria de la autopista al no haber adoptado medidas en el puente que hubieran evitado el riesgo.

24 SAP Albacete 24 julio 2004 (JUR 2004, 243409).

25 STS 12 mayo 1999 (RJ 1999, 4576).

26 STS 14 abril 1977 (RJ 1977, 1654).

27 SSTS 4 mayo 1984 (RJ 1984, 2396) y 22 septiembre 1984 (RJ 1984, 4332).

28 STS 22 septiembre 1984 (ROJ: STS 174, 1984), la responsabilidad civil de los padres por los actos realizados por los hijos que se encuentran bajo su potestad se justifica por la transgresión del deber de vigilancia que les incumbe.

29 Por ejemplo, el niño está jugando solo en un parque y daña a otro niño.

no deberían haber dejado al menor solo y deberían haberse ocupado de él[30]. La *culpa en vigilando* cesa cuando el menor es puesto bajo la custodia de otra persona -p. ej. la escuela, la entidad deportiva-, pero se reanuda cuando el padre o tutor lo recoge[31]. La *culpa in educando* de los padres o tutores, a diferencia de la *culpa in vigilando*, igualmente se aprecia aun cuando no tengan la custodia en el momento en el que se causa el daño[32]. A esto hay que añadir que con la reforma operada en el Código civil por la Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de adopción internacional se suprimió la posibilidad de padres y tutores de "corregir razonable y moderadamente a los hijos"[33], por lo que la labor de educación y socialización de los menores ha quedado prácticamente vedada[34].

La presunción de culpa y la cuasiobjetivación de la responsabilidad de los padres y tutores mediante la elevación de la diligencia exigible comporta que:

a) Los padres tienen una responsabilidad directa y conjunta si el menor no emancipado está bajo su custodia al mismo tiempo, lo que significa que la víctima puede demandar a cualquiera de ellos directamente, sin necesidad de demandar al menor primero. Si uno de los padres no tiene la custodia del menor en algún momento -p. ej., los padres están divorciados y tienen custodia en diferentes momentos, por ejemplo, fines de semana alternos, la mitad de las vacaciones, etc.- no es responsable del comportamiento del menor[35], ya que el que tiene la custodia es el que podría haber evitado el acto perjudicial[36].

b) Para valorar la diligencia debida o grado de cumplimiento de los deberes parentales deben tenerse en consideración varios factores, como pueden ser: la edad del niño -a menor edad, más necesidad de control-[37], su estado de ánimo, hábitos, salud mental, grado en desarrollo intelectual, educación, etc.[38]; el número de hijos de la pareja y sus recursos económicos -si bien no son una causa para exonerar a los padres de la responsabilidad, deben tenerse en cuenta-[39]; el barrio donde vive la familia, fuentes de peligros en la zona[40], juegos y juguetes peligrosos[41]. Los padres deben haber educado, controlado o corregido al niño de acuerdo con todos estos

30 STS 11 marzo 2000 (RJ 2000, 1520).

31 SSTS 10 diciembre 1996 (RJ 1996, 8975), 3 diciembre 1991 (RJ 1991, 8910) y 10 noviembre 1990 (RJ 1990, 8538).

32 SSAP Navarra 12 noviembre 2004 (AC 2004, 2085) y La Coruña, 2 febrero 1998 (AC 1998, 3967).

33 Disposición final 1.2 y 1.5, respectivamente, de la Ley 54/20017, de 28 de diciembre.

34 Yzquierdo Tolsada, M.: "¿Por fin menores", cit., p. 39.

35 SAP Castellón 26 enero 1999 (AC 1999, 187).

36 STS 11 octubre 1990 (RJ 1990 1990, 7860).

37 STS 10 octubre 1995 (RJ 1995, 7186).

38 STS 15 diciembre 1994.

39 STS 29 diciembre 1962.

40 SAP Cantabria 6 febrero 1996 (AC 1996, 333).

41 STS 21 noviembre 1991.

factores y el estándar de diligencia debida; de lo contrario; de no resultar posible, deberían haber solicitado la ayuda de la autoridad (art. 154 *in fine* y 172.2 CC)[42].

III. LA RESPONSABILIDAD CIVIL EN EL CÓDIGO PENAL.

El art. 19 del Código penal de 1995 estableció que los menores de dieciocho años no son responsables criminalmente con arreglo al Código penal y remitió el establecimiento del régimen de responsabilidad en estos casos en que un menor comete un acto tipificado, a lo que estableciera la futura Ley reguladora de la responsabilidad penal del menor. El tenor literal del art. 19 CP es el siguiente: "Los menores de dieciocho años no serán responsables criminalmente con arreglo a este Código. Cuando un menor de dicha edad cometa un hecho delictivo podrá ser responsable con arreglo a lo dispuesto en la ley que regule la responsabilidad penal del menor".

De esta manera, la responsabilidad civil por delitos cometidos por menores se ve afectada por un primer reenvío del art. 1092 CC al art. 19 CP y por un segundo reenvío de éste a la LORPM, sin que los reenvíos acaben aquí ya que la LORPM realiza a su vez un doble reenvío: por un lado remite al CP para la regulación de la extensión de la responsabilidad civil, y por otro lado, remite al CC y a la LEC para regular todo lo relativo a la responsabilidad civil cuando el perjudicado se reserve la acción civil para ejercitarla ante el orden jurisdiccional civil (art. 61.1 LORPM)[43].

Por tanto, el esquema básico es el siguiente:

- Si los hechos cometidos por un menor de edad generadores de responsabilidad civil no son típicos penalmente, su régimen jurídico será el previsto en los arts. 1903 CC y ss.

- Si los hechos cometidos por un menor de edad generadores de responsabilidad civil son típicos penalmente pero el perjudicado se reserva las acciones civiles, su régimen jurídico será el previsto en los arts. 1903 CC y ss.

- Aunque los hechos cometidos por menores sean penalmente típicos quedarán en todo caso sometidos al Código Civil cuando los infractores sean menores de catorce años.

42 Gómez Calle, E.: "Responsabilidad de padres", cit., pp. 1246 y ss.

43 El tenor literal de este sorprendente precepto dice así: "La acción para exigir la responsabilidad civil en el procedimiento regulado en esta Ley se ejercitará por el Ministerio Fiscal, salvo que el perjudicado renuncie a ella, la ejercite por sí mismo en el plazo de un mes desde que se le notifique la apertura de la pieza separada de responsabilidad civil o se la reserve para ejercitarla ante el orden jurisdiccional civil conforme a los preceptos del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil".

- Si los hechos cometidos por un menor mayor de 14 años generadores de responsabilidad civil son típicos penalmente y el perjudicado no se reserva las acciones civiles, su régimen jurídico será el previsto en la LORPM.

En el caso de que sea aplicable la LORPM en tanto en cuanto el régimen de responsabilidad civil e*x delicto* es regulado por la misma de forma fragmentaria, tanto en sus aspectos procesales como sustantivos, debe resolverse como paso previo a cualquier labor exegética la cuestión de las normas que supletoriamente integrarían el sistema, teniendo en cuenta que el problema se complica ante la concurrencia, en la regulación de la responsabilidad civil, de varios textos normativos, concurrencia que obliga a optar por una ordenación de fuentes que a su vez va a condicionar la solución de muchos problemas.

Esta doble regulación y fragmentación normativa de lo que en puridad es una misma cuestión provoca inseguridad, falta de coherencia y resoluciones contradictorias. Desde el punto de vista del Derecho sustantivo aplicable la jerarquía normativa es la siguiente:

1º) En primer lugar, hay que estar a lo dispuesto en los art. 61 a 64 LORPM y arts. 2.2, 18, 19.2 y 22 LORPM.

2º) En segundo lugar, conforme a la remisión específica prevista en el art. 62 LORPM, habrá que estar a las disposiciones contenidas en el Código Penal sobre extensión de la responsabilidad civil, en el capítulo I, título V del Libro I (arts. 109 a 115)[44].

3º) En tercer lugar, con arreglo a la remisión genérica de la Disposición Final 1ª LORPM, habrá que estar a las disposiciones contenidas en el Código Penal sobre personas civilmente responsables, en el capítulo II título V del Libro I (arts. 116 a 122)[45].

4º) Y, en último lugar, en virtud de lo dispuesto en el art. 4.3 CC, resultan de aplicación las disposiciones del Código Civil sobre el régimen general de las obligaciones y sobre responsabilidad extracontractual para lo que no esté expresamente regulado en los anteriores textos normativos[46].

44 Art. 62 LORPM: "La responsabilidad civil a la que se refiere el artículo anterior se regulará, en cuanto a su extensión, por lo dispuesto en el capítulo I del Título V del Libro I del Código Penal vigente".

45 Disposición Final 1ª LORPM: "Tendrán el carácter de normas supletorias, para lo no previsto expresamente en esta Ley Orgánica, en el ámbito sustantivo, el Código Penal y las leyes penales especiales, y, en el ámbito del procedimiento, la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en particular lo dispuesto para los trámites del procedimiento abreviado regulado en el Título III del Libro IV de la misma".

46 Art. 4.3 CC: "Las disposiciones de este Código se aplicarán como supletorias en las materias regidas por otras leyes".

La distinción normativa entre una responsabilidad civil de carácter general y una forma específica que se define como dimanante de un ilícito penal debería de haber dejado de existir hace tiempo. El legislador de 1995 ignoró la reiterada crítica de la doctrina, ante todo la civilista, al hecho de que aparezca regulado en cuerpos normativos penales un tema netamente civil como es el de la reparación del daño que una persona ocasiona, sea cual sea el carácter del ilícito del que ese daño trae causa[47]. Pero más grave aún es que ese desplazamiento de normas claramente civiles hacia leyes penales es que el régimen de responsabilidad civil varíe tanto según que el hecho dañoso esté o no penalmente tipificado, dato éste que solo debería ser relevante a los efectos de la sanción penal. Así, no se comprende por qué la responsabilidad de padres o tutores deje de ser subjetiva[48] para convertirse en objetiva[49] cuando el acto dañoso del menor de edad y mayor de 14 años sea constitutivo de un ilícito penal. Si quisiera justificarse por la mayor reprochabilidad del hecho dañoso penalmente tipificado, no tendría razón de ser que en los supuestos en que el autor del acto dañoso es mayor de edad e imputable se establezca para los curadores una responsabilidad subsidiaria y por culpa que ha de ser probada[50], mientras que si se trata de un ilícito meramente civil es directa y se exonera al demandante de acreditar la culpa de los padres, tutores o curadores[51]. Tampoco se adivina por qué razón al sujeto incapaz de discernir se le trata de modo tan diferente a los efectos de responsabilidad civil, según que su acto esté o no penalmente tipificado: si lo está responde, y no solo subsidiariamente sino de modo directo, aunque quepa la graduación judicial equitativa, conforme al art. 118.1.1ª CP; y si no lo está, por aplicación del art. 1902 CC, no responderá de ningún modo[52].

Los arts. 118.1 y 120.1 CP contienen el régimen de esta cuestión[53], preceptos que como ya señalaba Yzquierdo antes de la reforma operada por la Ley 8/2021, de 2 de junio, están "compitiendo entre sí para saber cuál es el más defectuoso de los dos"[54]. Por un lado, el art. 118.1.1.ª CP se aplica a quienes ejerzan apoyo legal o de hecho de quien, siendo menor o mayor de edad, se encuentre bajo su autoridad y quede eximido de responsabilidad penal por concurrir alguna de las causas de exención

47 Díez-Picazo y Ponce de León, L.: *Derecho de daños*", cit., p. 283.

48 Como prevé el art. 1903 CC.

49 En virtud del art. 61.3 LORPM.

50 De acuerdo con el art. 120.1 CP.

51 De acuerdo con el art. 1903 CC.

52 Gómez Calle, E.: "Responsabilidad de padres", cit., p. 1286.

53 La reforma del Código civil, en materia de medidas de apoyo a las personas con discapacidad para el ejercicio de su capacidad jurídica, señala Tenreiro Busto, E.: "Análisis del fin", cit., p. 8, sienta las bases del nuevo sistema basado en el respeto a la voluntad y las preferencias de la persona con discapacidad, siendo necesaria la modificación del art. 118, primer párrafo de la regla 1ª, y el ordinal 1ª del art. 120, dos preceptos del Código penal que regulan la responsabilidad civil derivada del ilícito penal cuando dicha responsabilidad recae sobre persona distinta del autor del hecho delictivo, así como la disposición adicional primera para adaptarla a la nueva regulación, aprovechado la reforma para corregir el error que implicaba la referencia a los imputables.

54 Yzquierdo Tolsada, M.: "¿Por fin menores", cit., p. 43.

previstas en los números 1º y 3º del art. 20 CP[55]. Por otro lado, el art. 120.1.º CP resulta de aplicación en los delitos cometidos por un mayor de edad sujeto a curatela, siempre y cuando dicho mayor sea penalmente imputable, siendo por defecto de los mismos responsables civiles los curadores[56]. Como puede fácilmente deducirse la regulación contenida en el CP no deja de tener un ámbito de aplicación muy reducido, sobre todo en el supuesto previsto en el art. 120.1 CP.

Con la entrada en vigor de la LORPM -a la que luego nos referiremos- corresponde a esta norma la regulación de la mayoría de los supuestos en que se ventila la responsabilidad civil de los padres y tutores por los hechos ilícitos penales de los menores de edad[57].

1. La responsabilidad por los daños causados por el inimputable penal.

El art. 118.1.1ª CP regula la responsabilidad civil de las personas que ejerzan apoyo legal o de hecho por los actos realizados por los sujetos declarados inimputables penales "siempre que haya mediado culpa o negligencia por su parte"[58]. Esta regulación prevista en el Código penal se diferencia de manera notable con la prevista en el Código civil. Como es sabido, en el Código civil la responsabilidad civil de los padres y tutores es directa pero presunta, mientras que en el Código penal se exige la prueba por el demandante de la culpa de quienes ejerzan su apoyo legal o de hecho para hacerlos responsables civiles de los hechos dañosos, por lo que parece que también quiere hacerse responder al sujeto causante del daño[59].

55 Art. 118.1 CP: "La exención de la responsabilidad criminal declarada en los números 1.º, 2.º, 3.º, 5.º y 6.º del artículo 20, no comprende la de la responsabilidad civil, que se hará efectiva conforme a las reglas siguientes: 1.ª En los casos de los números 1.º y 3.º, son también responsables por los hechos que ejecuten los declarados exentos de responsabilidad penal, quienes ejerzan su apoyo legal o de hecho, siempre que haya mediado culpa o negligencia por su parte y sin perjuicio de la responsabilidad civil directa que pudiera corresponder a los inimputables. Los Jueces o Tribunales graduarán de forma equitativa la medida en que deba responder con sus bienes cada uno de dichos sujetos". Y art. 20 CP: "Están exentos de responsabilidad criminal: 1.º El que al tiempo de cometer la infracción penal, a causa de cualquier anomalía o alteración psíquica, no pueda comprender la ilicitud del hecho o actuar conforme a esa comprensión. (…) 3.º El que, por sufrir alteraciones en la percepción desde el nacimiento o desde la infancia, tenga alterada gravemente la conciencia de la realidad".

56 Art. 120.1 CP: "Son también responsables civilmente, en defecto de los que lo sean criminalmente: 1.º Los curadores con facultades de representación plena que convivan con la persona a quien prestan apoyo, siempre que haya por su parte culpa o negligencia".

57 Art. 61.3 LORPM: "Cuando el responsable de los hechos cometidos sea un menor de dieciocho años, responderán solidariamente con él de los daños y perjuicios causados sus padres, tutores, acogedores y guardadores legales o de hecho, por este orden. Cuando éstos no hubieren favorecido la conducta del menor con dolo o negligencia grave, su responsabilidad podrá ser moderada por el Juez según los casos".

58 Con anterioridad a la reforma llevada a cabo por la Ley 8/2021, de 2 de junio, Yzquierdo Tolsada, M.: "¿Por fin menores", cit., p. 43, y Gómez Calle, E.: "Responsabilidad de padres", cit., pp. 1284 y 1285, habían señalado que el art. 118.1.1ª CP presentaba una redacción que hacía bastante complicada su inteligibilidad.

59 Yzquierdo Tolsada, M.: *Sistema de responsabilidad civil contractual y extracontractual*, Dykinson, Madrid, 2001, p. 258. En este sentido, en un supuesto de tres delitos de asesinato en grado de tentativa realizados bajo los efectos de un brote esquizofrénico, se declara la ausencia de responsabilidad civil de los padres con base en el art. 118.1.1ª CP por considerar que no había negligencia alguna en su actuación. La SAP Tarragona 19 mayo 2003 (JUR 2003, 240232) declara que "el acusado se tomaba la medicación ante los mismos para

Además, en la última parte del art. 118.1.1ª CP se declara que lo anterior es "sin perjuicio de la responsabilidad civil directa que pudiera corresponder a los inimputables", cuando la responsabilidad civil de éstos parece ya haber quedado fijada con la primera parte del redactado del artículo, con lo cual dicha redacción final sería claramente superflua[60].

El art. 118.1.1ª CP diferencia entre la inimputabilidad penal y la civil, por lo que los inimputables penales responden civilmente de los ilícitos penales que hayan cometido, puesto que tienen capacidad de entender y querer. Así, sólo en los casos en que el sujeto fuera inimputable penal, pero no civil, será cuando responda civilmente[61]. Sin embargo, por otro lado, el art. 118.1.1ª CP declara también responsables a las personas que ejerzan apoyo legal o de hecho y, en consecuencia, está considerando tácitamente la responsabilidad civil directa del inimputable penalmente[62]. Dado que el art. 118 CP afirma que "la exención de responsabilidad criminal de la persona en la cual concurran las eximentes contempladas en los números 1º, 2º, 3º, 5º y 6º del art. 20 CP no comprende la de la responsabilidad civil"[63], las personas que ejerzan su apoyo legal o de hecho responderán no sobre la base de la culpa del agente directo causante del daño, sino por el hecho de haber causado objetivamente un acto ilícito[64].

Son varias las razones que apuntan en la dirección de que el inimputable debe responder civilmente del hecho ilícito en forma directa[65]. En primer lugar, el art. 118.1.1ª CP establece que "en los casos de los números 1º y 3º son *también* responsables" quienes ejerzan su apoyo legal o de hecho y ese adverbio hace pensar que el precepto parte de la responsabilidad civil directa y previa del causante del daño[66]. En segundo lugar, el art. 118.2ª CP declara que "son

posteriormente vomitarla, nunca había tenido brotes de violencia contra las personas y cuando tenía brotes estaba en estado de euforia no de abatimiento como el día de hechos".

60 Parra Lucán, M. Á.: "Comentario a la STS de 5 de marzo de 1997. Responsabilidad civil por los daños causados por enfermo mental no incapacitado; responsabilidad civil «derivada de delito»; responsabilidad de los padres por no incapacitar al dañante", *Cuadernos Civitas de jurisprudencia civil*, núm. 44, 1997, pp. 775 y ss. Como advertía Parra Lucán antes de la modificación introducida por la Ley 8/2021, de 2 de junio, en la última parte del art. 118.1.1ª CP, en el que se declaraba que lo anterior era "sin perjuicio de la responsabilidad civil directa que pudiera corresponder a los imputables", si por "imputable" se hace referencia a la persona declarada exenta de responsabilidad penal, parecería que el término más adecuado hubiera sido el de inimputable. No obstante, continuaba apuntando, en caso de que se tratara de un error y el legislador hiciese referencia a los "inimputables", parecería que la responsabilidad civil de éstos ya habría quedado fijada con la primera parte del redactado del artículo.

61 Yzquierdo Tolsada, M.: *Aspectos civiles del nuevo Código penal*, Dykinson, Madrid, 1997, p. 243.

62 Díez-Picazo y Ponce de León, L.: *Derecho de daños*, Civitas, Madrid, 1999, p. 364.

63 Seuba Torreblanca, J.C., Farnós Amorós, E. y Fernández Crende, A.: "Daños causados por personas con trastornos mentales", *Revista InDret*, núm. 2, 2004, p. 6 y ss.

64 Gómez Calle, E.: "Responsabilidad de padres", cit., p. 1284.

65 García-Ripoll Montijano, M.: "Comentario al artículo 118", en AA.VV.: *Comentarios al Código penal,* Tomo IV (dir. por M. Cobo del Rosal), Edersa, Madrid, 1999, pp. 457 y 458.

66 No obstante, *obiter dicta* la STS 26 marzo 1999 (RJ 1999, 2054) califica la responsabilidad contemplada en la regla primera del art. 118 CP de subsidiaria, al afirmar que "También en dicha regla se exige, para que surja la responsabilidad civil subsidiaria de los que tengan bajo su patria potestad o guarda legal o de hecho a los

igualmente responsables el ebrio y el intoxicado", luego se considera que el ebrio y el intoxicado responden de la misma forma que los sujetos enumerados en los números 1º y 3º del art. 20 CP, es decir, siempre[67].

Después de comprobar la responsabilidad civil del sujeto inimputable es preciso determinar la manera en que la misma puede hacerse efectiva. Con anterioridad a la reforma operada por la Ley 8/2021, de 2 de junio, algunos autores sostenían que el art. 118.1.1ª CP no excluía la posibilidad de que los guardadores legales o de hecho -ahora tras la reforma, quienes ejerzan apoyo legal o de hecho-, fueran condenados de modo directo y, en cambio, el sujeto inimputable sólo lo fuera subsidiariamente[68]. Sin embargo, como ya entendió la mayoría de la doctrina -a pesar de la dicción del precepto que se refería a los imputables- los inimputables son siempre responsables directos y al mismo tiempo son responsables, igualmente de forma directa, -tras la reforma- quienes ejerzan su apoyo legal o de hecho siempre que hubiere mediado culpa o negligencia por su parte[69].

En este sentido el TS estableció que "frente al sistema del anterior Código Penal que cargaba directamente la responsabilidad civil por hechos cometidos por los inimputables a aquéllas personas que los tuvieran bajo su potestad, tutela o guarda (…) el nuevo Código hace recaer la responsabilidad civil directa siempre en el propio inimputable, y una vez establecida tal responsabilidad civil, admitiendo responsables solidarios, junto a esos inimputables"[70].

---

menores exentos de responsabilidad criminal que hubieren incurrido en delito o falta, que haya mediado por parte de los primeros culpa o negligencia."

67 Quintero Olivares, G., Morales Prats, F. y Prats Canut, J. M.: *Manual de Derecho Penal, Parte General*, Aranzadi, Cizur Menor, 2000, p. 695. Con arreglo a la redacción del art. 118.1.1ª CP vigente antes de la reforma llevada a cabo por la Ley 8/2021, de 2 de junio, otras razones que esgrimían Quintero Olivares, Morales Prats y Prats Canut para considerar que el inimputable debía responder civilmente del hecho ilícito de manera directa, se sustentaban en la graduación de la responsabilidad civil prevista en el segundo párrafo del art. 118.1.1ª CP, cuando afirmaba que "los Jueces o Tribunales graduarán de forma equitativa la medida en que deban responder con sus bienes cada uno de dichos sujetos", al considerar que sólo tiene sentido si se entiende que el inimputable penal responde, no obstante, civilmente. También podía considerarse que con la anterior redacción en la que se utilizaba el término "imputables" del último inciso del párrafo primero del art. 118.1.1ª CP tenía sentido si se pensaba, por ejemplo, en los casos de coautoría o participación de otros responsables criminales que hubieran cometido el acto ilícito juntamente con el inimputable penal.

68 Vigente el redactado del art. 118.1.1ª CP existente con anterioridad a la reforma operada por la Ley 8/2021, 2 junio, Yzquierdo Tolsada, M.: *Aspectos civiles*, cit., pp. 242 y 243, consideró que todo lo mencionado con anterioridad en el precepto era "sin perjuicio de la responsabilidad civil directa que pudiera corresponder a los imputables", dando a entender que cabía la posibilidad que el sujeto inimputable respondiera sólo subsidiariamente.

69 García-Ripoll Montijano, M.: "Comentario al artículo 118", cit., p. 458; Suárez González, C.: "Comentario al artículo 118", en AA.VV.: *Comentarios al Código penal* (dir. por G. Rodríguez Mourullo y coord. por A. Jorge Barreiro), Civitas, Madrid, 1997, p. 347; Montés Penadés, V. L.: "Comentario art. 118", en AA.VV.: *Comentarios al Código penal de 1995*, Volumen I (coord. por T. S. Vives Antón), Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, p. 632.

70 STS 22 abril 2004 (RJ 2004, 3992). En apoyo de la idea reseñada en el texto pude traerse a colación la jurisprudencia recaída en diversos casos en los que se ventilaba la responsabilidad civil de los inimputables por razón de enfermedad o anomalía psíquica. En un supuesto en que el acusado padece esquizofrenia paranoide encantándose el día de los hechos en una situación de pérdida muy cualificada de sus facultades, teniendo anulada su conciencia y voluntad, aunque haya sido declarado exento de responsabilidad criminal al apreciarse la eximente del art. 20.1 CP, se le declaró responsable civil directo por las lesiones causadas

No queda claro si el sujeto inimputable y quienes ejerzan su apoyo legal o de hecho responden solidariamente o, por el contrario, cada uno de ellos responde frente a la víctima con sólo la parte que le correspondiera[71]. En principio, al amparo de lo establecido en el apartado II.8 de la exposición de motivos de la LORPM que en el ámbito de atención a los intereses y necesidades de las víctimas introduce el principio en cierto modo revolucionario de la responsabilidad solidaria con el menor responsable de los hechos de sus padres, tutores, acogedores o guardadores[72], parece sensato considerar que el art. 118.1.1ª CP se basa en una responsabilidad civil solidaria entre quienes ejerzan su apoyo legal o de hecho con el sujeto inimputable[73].

La explicación más acorde es la que da al precepto el mismo sentido que tiene la responsabilidad que vino posteriormente a declararse en el art. 61.3 LORPM. Pero para ello hay que entender que los inimputables penales (art. 118.1.1ª CP), son imputables civilmente por tener suficiente capacidad para entender y comprender las consecuencias de sus actos. Son imputables en cuanto susceptibles de culpa. Así, ante el daño causado por quien, siendo penalmente inimputable, es, sin embargo, susceptible de culpa civil, habrá responsabilidad directa del inimputable y de quienes ejerzan su apoyo legal o de hecho[74]. Pero no puede perderse de vista que la responsabilidad civil que se deriva de los daños provocados por el inimputable penal no se basa en la culpa, sino que se justifica por la comisión de un acto objetivamente ilícito que está penalmente tipificado. Ahora bien, este sistema se ve dulcificado por el hecho de que los tribunales pueden moderar de forma equitativa la medida en que debían responder con sus bienes cada uno de los sujetos responsables (art. 118.1.1º, últ. párr. CP), al determinar la del inimputable pueden ponderar su situación patrimonial y su limitado discernimiento.

---

a los funcionarios de la prisión, sin perjuicio de la responsabilidad civil también directa de las personas que lo tengan bajo su potestad o guarda legal o de hecho (SAP Málaga 31 octubre 2013 (JUR 2014, 97768)). Otro pronunciamiento indicó que la regla primera del art. 118 CP establece "el régimen de responsabilidad civil para los sujetos en quienes se aprecie una anomalía o alteración psíquica, un trastorno mental transitorio, así como para aquellos que tengan gravemente alterada la conciencia de la realidad. La regla presenta como importante novedad el hecho de que ahora dichas personas son consideradas responsables civiles directos y junto a ellos lo son también quienes los tengan bajo su potestad o guarda legal de hecho, siempre que haya mediado culpa o negligencia por su parte. Estamos, por tanto, ante una responsabilidad compartida cuando el guardador o quien los tenga bajo su potestad haya obrado con culpa o negligencia. De no ser así, o no habiendo persona que lo tenga bajo su potestad o guarda, la responsabilidad será exclusiva del sujeto declarado exento de responsabilidad criminal" (STSJ Castilla y León 29 septiembre 2000 (ARP 2000, 3317)).

71 Gómez Calle, E.: "Responsabilidad de padres", cit., p. 1284.

72 Quintero Olivares, G., Cavanillas Múgica, S. y De Llera Suárez-Bárcena, E.: *La responsabilidad civil ex delicto*, Aranzadi, Cizur Menor, 2002, p. 151 y 152; Yzquierdo Tolsada, M.: *Sistema de responsabilidad*, cit., p. 259; García-Ripoll Montijano, M.: "Comentario al artículo 118", cit., p. 480.

73 El último párrafo de este inciso primero del art. 118 CP, al establecer que "Los Jueces o Tribunales graduarán de forma equitativa la medida en que deba responder con sus bienes cada uno de dichos sujetos", siembra ciertas dudas sobre si el alcance de esta responsabilidad sería externamente solidaria o no. La STSJ de Castilla y León, 29 de septiembre de 2000 (ARP 2000, 3317), por ejemplo, considera que sí es una responsabilidad solidaria, siguiendo pronunciamientos de las SSTS 28 mayo 2002 (RJ 2002, 6407) y 22 abril 2004 (RJ 2004, 3992). No parece apreciarlo, en cambio, la SAP Granada 10 junio 2000 (ARP 2000, 2864).

74 Yzquierdo Tolsada, M.: "¿Por fin menores", cit., p. 43.

2. La responsabilidad por los daños causados por mayores de edad sujetos a curatela.

El art. 120.1 CP establece la responsabilidad civil subsidiaria de los curadores por los hechos ilícitos penales cometidos por los mayores de edad sujetos a curatela, siempre que haya mediado culpa o negligencia por su parte y que vivan en su compañía[75]. Regula un supuesto distinto del contemplado en el art. 118.1.1ª CP, en el que se establece la responsabilidad civil de quienes ejerzan apoyo legal o de hecho por los daños causados por los sujetos inimputables que se encuentren bajo su autoridad, siempre que hubiera existido culpa o negligencia por su parte[76]. Así, se pueden advertir las siguientes diferencias:

1º) En primer lugar, si el sujeto causante del hecho ilícito dañoso es considerado imputable desde un punto de vista penal o sólo se le aprecia la atenuante de trastorno mental transitorio (art. 21.1ª y 2ª CP), la regla a aplicar será la prevista en el art. 120.1 CP. Por el contrario, en caso de que al sujeto se le considere inimputable por concurrir alguna de las eximentes contempladas en los párrafos 1º y 3º del art. 20 CP, la normativa a aplicar sería la contemplada en el art. 118.1.1ª CP[77].

2º) En segundo lugar, así como la responsabilidad civil de quienes ejerzan apoyo legal o de hecho prevista en el art. 118.1.1ª CP es directa, la contemplada en el art. 120.1 CP es de carácter subsidiario. En este sentido, la responsabilidad civil del mayor de edad que precise apoyo es una responsabilidad directa, pero si éste no la puede hacer efectiva por ser insolvente, entonces entraría en juego la responsabilidad subsidiaria de los curadores cuando tengan facultades de representación plena y que convivan con él[78], siempre que hubiese mediado por su parte culpa o negligencia[79].

3º) En tercer lugar, a diferencia del 118.1.1ª CP que hace referencia a quienes ejerzan apoyo legal o de hecho al inimputable, el art. 120.1 CP sólo hace referencia a la responsabilidad civil de curadores con facultades de representación plena. Así

75 Yzquierdo Tolsada, M.: "¿Por fin menores", cit., p. 45; Díez-Picazo y Ponce de León, L.: *Derecho de daños*", cit., pp. 281 y 282; Ornosa Fernández, M.R.: *Derecho penal de menores: comentarios a la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores y a su reglamento aprobado por Real Decreto 1774/2004, de 30 de julio*, Bosch, Barcelona, 2005, p. 544.

76 STS 14 octubre 2002 (RJ 2002, 9289) señala que "en primer lugar ha de tratarse de hechos cometidos por mayores de dieciocho años, en congruencia con la regulación independiente de la responsabilidad civil en caso de tratarse de menores de esa edad, irresponsables penalmente. En segundo lugar, han de estar sometidos a patria potestad o tutela; tratándose de los padres esa patria potestad es la prorrogada a que se refiere el artículo 171 del Código civil. En tercer lugar, han de vivir en su compañía y, en cuarto lugar, debe existir por su parte culpa o negligencia".

77 García-Ripoll Montijano, M.: "Comentario al artículo 120", en AA.VV.: *Comentarios al Código penal,* Tomo IV, (dir. por M. Cobo del Rosal), Edersa, Madrid, 1999, p. 554 y 555.

78 Abril Campoy, J. M.: "La responsabilidad de los padres por los daños causados por los hijos", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 675, 2003, p. 39.

79 STS 26 marzo 1999 (RJ 1999, 2054), afirma que "tanto el artículo 118.1.1 como el 120.1 CP -"lex posterior" con respecto al Código civil- exigen que haya mediado culpa o negligencia en quienes hayan de responder civilmente, lo que sólo puede ser interpretado en el sentido de que la culpa o negligencia tiene que ser probada".

parece que quienes ejerzan apoyo al inimputable estarán exentos de responsabilidad civil por los actos ilícitos penales que pueda cometer el sujeto inimputable[80].

4º) Por último, en el art. 120.1 CP se requiere que el sujeto imputable viva en compañía de los curadores, en similares términos a como lo hace el art. 1903.4 CC. Sin embargo, el requisito de la vida en compañía no aparece en el texto del art. 118.1.1ª CP. La cuestión, en principio, no tiene mayor trascendencia, puesto que en caso de que el sujeto inimputable sea internado en un colegio o un centro se rompe el nexo causal respecto de la responsabilidad civil de quienes ejerzan su apoyo legal o de hecho[81].

En todo caso existe una semejanza entre ambos preceptos porque ambos exigen la existencia de culpa o negligencia por parte de las personas que ejerzan apoyo o los curadores para que se desencadene su responsabilidad civil, si bien el régimen de responsabilidad contemplado en el art. 120.1 CP es más tolerante para los curadores que el previsto en el art. 1903.4 CC[82], puesto que en el Código civil la responsabilidad es directa y se presume, mientras que en el Código penal es subsidiaria y debe probarse la culpa o negligencia[83].

IV. LA RESPONSABILIDAD CIVIL EN LA LEY ORGÁNICA DE LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LOS MENORES.

Los menores de dieciocho años no responden criminalmente -como sabemos- con arreglo al Código penal, pero podrán ser responsables con arreglo a lo dispuesto en la Ley Orgánica 5/2000 de 12 de enero, de la Responsabilidad Penal de los Menores (art. 19 CP). El régimen que esta Ley diseñó para regular las consecuencias de los actos delictivos de los menores establece una diferenciación entre los ilícitos penales cometidos por un menor de catorce años y los cometidos por un menor de edad, pero mayor de catorce años.

1. Hechos punibles cometidos por menores de catorce años.

El art. 3 LORPM afirma que cuando el autor de los hechos delictivos sea menor de 14 años, no se le exigirá responsabilidad con arreglo a la Ley 5/2000, sino que se le aplicará lo dispuesto en las normas sobre protección de menores previstas en el Código Civil y demás disposiciones vigentes[84].

---

80 García Vicente, F., Soto Nieto, F., De Lamo Rubio, J. y Guillén Soria, J. M.: *Responsabilidad civil, consecuencias accesorias y costas procesales. Extinción de la responsabilidad criminal*, Bosch, Barcelona, 1998, p. 217.

81 García-Ripoll Montijano, M.: "Comentario al artículo 120", cit., p. 555 y 556.

82 Navarro Michel, M.: *La responsabilidad civil de los padres por los hechos de sus hijos*, Bosch, Barcelona, 1998, pp. 83 y ss.

83 Gómez Calle, E.: "Responsabilidad de padres", cit., p. 1279.

84 Continúa diciendo este precepto que "El Ministerio Fiscal deberá remitir a la entidad pública de protección de menores testimonio de los particulares que considere precisos respecto al menor, a fin de valorar su

De esta forma, el menor de 14 años que cometa un delito resulta ser inimputable, es decir, queda fuera del circuito penal, no siendo posible por parte del Estado exigirle responsabilidades penales por los presuntos delitos que pudieran haber cometido. Sin embargo, no resulta así con respecto a la responsabilidad civil derivada del daño causado por el menor. Y que será la contemplada en el art. 1903 CC, precepto que traslada la responsabilidad civil a otras personas, tales como padres, tutores o Centros educativos, que son las que van a sufrir la reparación del daño causado por el menor.

Se piensa, probablemente de manera equivocada, que los actos ilícitos penales que pueda realizar un menor de catorce años por lo general tendrán escasa importancia por lo que será preferible acudir a la vía civil y no a la penal. En todo caso los padres de los menores de catorce años podrán ser declarados responsables por los hechos cometidos por sus hijos con arreglo a lo establecido en el art. 1903.2 CC[85]. La responsabilidad civil derivada de los actos con apariencia delictiva ejecutados por un menor de 14 años recaerá generalmente en sus padres y tutores. Pero nada más allá, como el poder imponerle una medida/pena como sí se hace respecto a los menores de más de 14 años.

2. Hechos punibles cometidos por los menores de edad mayores de catorce años.

Para exigir la responsabilidad de las personas mayores de catorce años y menores de dieciocho por la comisión de hechos tipificados como ilícitos penales en el Código Penal o las leyes penales especiales se aplica la LORPM (art. 1). Se puede decir por tanto que la inimputabilidad penal real se encuentra en el menor de 14 años. Conforme al Código Penal sólo se exigirá responsabilidad penal para aquellos sujetos mayores de 18 años, mientras que los sujetos con edad comprendida entre 14 y 18 estarán sujetos a una responsabilidad penal regulada en esta específica LORPM. Las mismas figuras tipificadas en el Código Penal se aplican a unos y otros grupos de sujetos; lo que cambia son las consecuencias sancionatorias aplicables.

Pues bien, los menores de edad mayores de catorce años que respondan penalmente también responderán civilmente y, en caso de que tengan padres o tutores, responderán solidariamente con éstos[86]. Pero a diferencia de la

situación, y dicha entidad habrá de promover las medidas de protección adecuadas a las circunstancias de aquél conforme a lo dispuesto en la Ley Orgánica 1/1996, de Protección Jurídica del Menor".

85 Art. 1903.2 CC: "Los padres son responsables de los daños causados por los hijos que se encuentren bajo su guarda".

86 Gómez Calle, E.: "Responsabilidad de padres", cit., pp. 1139 y 1140.
Exposición de Motivos II.8. LORPM señala que "En este ámbito de atención a los intereses y necesidades de las víctimas, la Ley introduce el principio en cierto modo revolucionario de la responsabilidad solidaria con el menor responsable de los hechos de sus padres, tutores, acogedores o guardadores…".

responsabilidad civil prevista en el art. 1903, 2º y 3º CC, que requiere la existencia de una conducta culposa de los padres y tutores, el art. 61.3 LORPM establece una responsabilidad objetiva de los padres o tutores del menor causante de un ilícito penal, los cuales no pueden excusarse de su responsabilidad civil alegando el empleo de la máxima diligencia en el cumplimiento de sus deberes como padres[87]: "3. Cuando el responsable de los hechos cometidos sea un menor de dieciocho años, responderán solidariamente con él de los daños y perjuicios causados sus padres, tutores, acogedores y guardadores legales o de hecho, por este orden. Cuando éstos no hubieren favorecido la conducta del menor con dolo o negligencia grave, su responsabilidad podrá ser moderada por el Juez según los casos".

En este último caso en el que los padres no hubiesen favorecido la conducta del menor con dolo o negligencia grave, se faculta al tribunal para que pueda moderar su responsabilidad civil -y también, en su caso, la de los otros sujetos responsables-. Sin embargo, la realidad es que esta moderación de responsabilidad en la práctica no se lleva a cabo, pues, o bien lo habitual será que el menor sea insolvente (y en consecuencia toda la cuantía indemnizatoria deba ser aportada por los padres), o, aunque los padres puedan repetir contra el menor, no parece que en la práctica esto se lleve a término[88].

Cabe pensar que la facultad de moderación que el art. 61.3 LORPM otorga al tribunal produce efecto frente al perjudicado (*ad extra*) y no sólo en la relación interna[89]. La jurisprudencia ha señalado en algunas resoluciones que si la facultad de moderación no tuviera efectos *ad extra*, estaríamos ante una responsabilidad civil más severa aún que la que recoge el art. 1903 del Código civil en sus párrafos 2º y 7º, y no parece que sea esa la intención del legislador. Asimismo se ha señalado que tal conclusión se desprende de la propia lectura del precepto (art. 1.2 LORPM) y de que únicamente en un inciso separado se permita, no la exclusión, sino la moderación de la responsabilidad y además, deriva de su propio fundamento y de su finalidad, cual es la de establecer un sistema objetivo, y sin excusas ni fisuras, que garantice y asegure la indemnización de los daños sufridos por la víctima del delito cometido por menores. De ahí a pretender que la moderación de la

87 Abril Campoy, J. M.: "La responsabilidad", cit., p. 39; Vaquer Aloy, A.: "La responsabilidad civil en la Ley orgánica de responsabilidad penal de los menores: una propuesta de interpretación", *Revista La Ley*, núm. 1, 2001, pp. 1632 y ss.; Durany Pich, S.: "Las reglas de responsabilidad civil en el nuevo derecho penal de menores", *Revista InDret*, núm. 2, 2000, p. 9; Moreno Martínez, J.A.: "Responsabilidad civil en los centros de enseñanza no superior por daños de sus alumnos (al amparo de la Ley del menor y últimas reformas administrativas)", en Moreno Martínez, J.A. (coord.): *Perfiles de la Responsabilidad civil en el nuevo milenio*, Dykinson, Madrid, 2000, p. 421.
En sentido inverso, entendiendo que se trata de una responsabilidad de carácter subjetivo, Díaz Alabart, S.: "La responsabilidad de los centros docentes por los hechos dañosos de sus alumnos menores de edad", en S. Díaz Alabart y C. Asúa González: *Responsabilidad de la Administración en la Sanidad y en la Enseñanza*, Montecorvo, Madrid, 2000, p. 44.

88 Durany Pich, S.: "Las reglas", cit., p. 9; Vaquer Aloy, A.: "La responsabilidad civil", cit., p. 1635.

89 Gómez Calle, E.: "Responsabilidad de padres", cit., p. 1267.

responsabilidad civil solidaria sólo pueda aplicarse *ad intra* es un paso más que la Ley no autoriza a dar[90].

El establecimiento de un régimen en el que los padres respondan civilmente de manera objetiva de todos los actos ilícitos penales que pueda cometer un menor de dieciocho años mayor de catorce años cuando no haya existido culpa *in vigilando* por su parte, ha llevado a considerar que la regulación de la LORPM es desproporcionada y excesiva[91]. Seguramente esta atribución de responsabilidad objetiva a los padres tiene como objetivo atribuir mayor relevancia al defecto formativo en la educación de sus hijos, a una especie de culpa *in educando* de los padres, y no a un defecto en la vigilancia[92]. Si en el momento de cometer el hecho ilícito el menor no se encuentra bajo la guarda inmediata de sus padres no puede cimentarse su responsabilidad en una pretendida culpa *in vigilando*.

Aun así y a pesar de la diferente regulación teórica entre el art. 61.3 LORPM, que contempla una responsabilidad objetiva, y el art. 1903 CC, que contempla una responsabilidad por culpa, en la práctica la Sala Civil del Tribunal Supremo interpreta el requisito de la culpa de tal manera que hace que sólo en contadas ocasiones se declare la ausencia de responsabilidad civil de los padres por actos de sus hijos[93]. Puede decirse por tanto que existe un acercamiento entre la interpretación que la jurisprudencia realiza del art. 1903 CC y lo que establece el art. 61.3 LORPM.

Tampoco deja de ser extraño que el art. 61.3 LORPM haya fijado la responsabilidad civil de padres, tutores, acogedores y guardadores legales o de hecho y añada, "por este orden"[94]. Una interpretación literal del precepto en el sentido que en el caso de que existan padres éstos respondan siempre en primer lugar[95] puede resultar convincente cuando los padres han incumplido los deberes de guarda con respecto a

90 Son varias las sentencias que se pronuncian en este sentido de moderación de responsabilidad con efectos *ad extra*: SSAP Gerona 3 febrero 2011 (JUR 2011, 147548), Asturias 4 marzo 2005 (JUR 2005, 90490), Soria 5 marzo 2002 (JUR 2002, 127328), Córdoba 20 febrero 2004 (JUR 2004, 105382), Badajoz 25 enero 2005 (AC 2005, 333), Zaragoza 23 junio 2005 (JUR 2005, 168430) y Madrid 10 diciembre 2007 (JUR 2008, 118227).

91 Polo Rodríguez, J. J. y Huélamo Buendía, A.J.: *La nueva ley penal del menor*, Colex, Madrid, 2000, p. 58.

92 SAP Valencia 14 abril 2005 (JUR 2005, 132412) señala que "La regla general es que los padres y asimilados responden solidariamente de los daños y perjuicios causados a consecuencia de los hechos delictivos cometidos por los menores de dieciocho años, y mayores de catorce, presumiendo la ley, cuanto menos, una negligencia en la educación del menor, siendo la excepción, la moderación de dicha responsabilidad".

93 Como afirma Durany Pich, S.: "Padres y maestros", *Revista InDret*, núm. 1, 2000, p. 1, los padres responden "por el simple hecho de ser padres".

94 Guzmán Fluja, V. C.: "La responsabilidad civil en el proceso penal de menores", en AA.VV.: *Proceso penal de menores* (coord. por E. González Pillado), Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, pp. 297 y ss.

95 López Sánchez, C.: *La responsabilidad civil del menor*, Dykinson, Madrid, 2001, p. 413.

sus hijos[96], pero no parece adecuada cuando ningún reproche se les pueda formular[97]. Así, ante los daños producidos por menores, por ejemplo, en el centro de enseñanza y, en general, estando el menor bajo guarda de hecho, no podría declararse la responsabilidad civil de los padres por ir éstos primeros en el orden[98].

Aunque existen resoluciones que optan por una interpretación literal de la expresión "por este orden" del art. 61.3 LORPM, y estiman que en caso de existencia de padres, éstos son los únicos responsables civiles por los actos delictivos que cometan sus hijos menores de edad, con independencia de dónde y con quien se cometan dichos actos delictivos[99], la doctrina se decanta por una interpretación teleológica del precepto, considerando responsables civiles a la persona o personas que ostentan la guarda del menor en el momento de producirse el daño[100].

Resulta chocante que la Audiencia Provincial de Tarragona en tan solo tres meses de diferencia, coincidiendo dos de los tres magistrados firmantes, dictase una resolución atendiendo a una interpretación teleológica y otra con una interpretación literal. En la sentencia de 12 de abril de 2005 "el orden" de responsabilidad solidario del art. 61.3 LORPM se interpretó con criterio lógico y no excluyente, es decir, que "quien ejerce efectivamente el deber de guarda del menor desplaza a los restantes por ser ajenos a la custodia" y pese a ser los padres los primeros llamados a responder, "el deber de prevenir la conducta delictiva del menor es obviamente de quien lo controla y éste el primer corresponsable", por lo que en este caso se decretó la responsabilidad de la entidad pública que ostentaba la tutela y no los padres[101]. En cambio, la sentencia de 25 julio de 2005 atendió al orden específico de prelación en cascada, por lo que si un menor tiene padres, pero se encuentra bajo la guarda de la Administración en el momento de cometer la infracción, son los padres y solamente los padres los llamados a responder[102].

96 De la lectura de los arts. 170 y 222 CC parece razonable entender que, si los padres no han cumplido las obligaciones inherentes al ejercicio de la patria potestad, esto no conlleve su ausencia de responsabilidad civil, aunque el menor se encuentre en un centro dependiente de la Administración pública.

97 Por ejemplo, en el caso previsto en el art. 172.2 CC, carece de lógica que si los padres, por circunstancias económicas o simplemente por no encontrarse con capacidad suficiente para llevar a cabo las funciones propias de la patria potestad, delegan esta función en la Administración, continúen siendo ellos los responsables civiles de los hechos punibles que puedan cometer sus hijos, mientras éstos se encuentran bajo custodia de la entidad pública.

98 Díaz Alabart, S.: *La responsabilidad de los centros docentes por los hechos dañosos de sus alumnos menores de edad*, Ponencias del Congreso de la Asociación de Profesores de Derecho civil, Santiago de Compostela, 1999, p. 15.

99 SSAP Castellón 31 julio 2007 (JUR 2007, 340826), Málaga 16 septiembre 2009 (ARP 2010, 17), Ávila 20 octubre 2008 (JUR 2009, 241913).

100 Yzquierdo Tolsada, M.: "¿Por fin menores", cit., p. 47; Díaz Alabart, S.: "La responsabilidad de los centros", cit. 2000, pp. 44-45; Atienza Navarro, M.L.: *La responsabilidad civil por los hechos dañosos de los alumnos menores de edad*, Comares, Granada, 2000, p. 493.
En igual sentido, SSAP de Las Palmas 20 julio 2010 (JUR 2010, 417447) y Soria 23 julio 2010 (JUR 2010, 336125).

101 SAP Tarragona 12 abril 2005 (JUR 2005, 123453).

102 SAP Tarragona 25 julio 2005 (JUR 2006, 213811).

El art. 61.3 LORPM no afirma que los padres y demás sujetos responsables que enumera respondan solidariamente. Es más, al establecer que la responsabilidad se exigirá "por este orden" excluye de manera tácita la responsabilidad solidaria. Una explicación podría encontrarse en el hecho de que, aunque la responsabilidad civil regulada en la LORPM sea objetiva, eso no significa que todos los sujetos solidarios contemplados en la norma deban responder siempre, sino que será necesario acreditar que concurre la comisión de un acto tipificado penalmente, la producción de un daño y también la relación de causalidad. Pues bien, el nexo causal debería encontrarse en un criterio de imputación objetiva con base en el ejercicio de la guarda. En este sentido, el orden indicado en el precepto va referido al posible ejercicio de la función de la guarda y, en consecuencia, del deber y la posibilidad de control del menor causante del daño. La responsabilidad civil derivada de ilícito penal cometido por un menor de dieciocho años no emancipado vendrá determinado por el criterio de la guarda[103]. Por esta razón, los padres de un menor emancipado no responden de los hechos ilícitos penales cometidos por su hijo emancipado, ya que desaparecida la obligación de guarda de los padres, desaparece también en este caso el fundamento de imputación de su responsabilidad[104].

V. CONSIDERACIONES CRÍTICAS.

La existencia de diferentes normativas reguladoras de la responsabilidad civil de padres, tutores y curadores por hechos cometidos, respectivamente, por menores y personas a las que presten su apoyo, provoca disfunciones al resolver una única e idéntica pretensión, que no ha de ser otra que la reparación del daño producido.

La responsabilidad civil de padres, tutores y curadores establecida en el Código Civil por los daños causados por menores y personas a las que presten su apoyo es una responsabilidad por culpa presunta, pudiendo exonerarse de tal responsabilidad siempre que prueben que actuaron con la diligencia de un buen padre de familia para prevenir el daño. Si bien la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha tendido a objetivar responsabilidad la responsabilidad civil, siempre ha mantenido la culpa como criterio de imputación[105]. En cambio la responsabilidad civil prevista en la LORPM para padres

103 Díez-Picazo y Ponce De León, L. y Gullón Ballesteros, A.: *Sistema de Derecho civil*, volumen II, Tecnos, Madrid, 2005, pp. 566-567; López Beltrán de Heredia, C.: *La responsabilidad civil*, p. 62 y ss.
El art. 236-11 CCCat establece que "5. Las obligaciones de guarda corresponden al progenitor que en cada momento tenga los hijos con él, ya sea porque de hecho o de derecho residan habitualmente con él o porque estén en su compañía a consecuencia del régimen de relaciones personales que se haya establecido". Así en el Derecho civil catalán en el supuesto de vida separada de los padres, la obligación de guarda, que incluye la obligación de vigilancia, sólo corresponderá a aquél de los dos que tenga el hijo con él, sea por una razón de guarda legal, de un derecho de visita o una pura relación fáctica. En semejantes términos se formulaba el anterior art. 139.3 del Código de Familia (ver comentario de Ferrer Riba, J.: *Comentaris al Codi de Familia, a la Llei d'Unions Estables de Parella i a la Llei de Situacions Convivencials D'Ajuda Mútua*, Tecnos, Madrid, 2000, pp. 672-673).

104 Así, Vaquer Aloy, A.: "La responsabilidad civil", cit., pp. 1633-1634. Sin embargo, Durany Pich, S.: "Las reglas", cit., p. 4, entiende que los padres del menor que ha cometido el hecho ilícito penal responderán solidariamente con él, aunque se trate de un menor emancipado, pues la norma no prevé lo contrario.

105 Gómez Calle, E.: "Responsabilidad de padres", cit., pp. 1234 y ss.

y tutores por los ilícitos penales de sus hijos o tutelados es objetiva, no pudiendo exonerarse de responsabilidad alegando el empleo de la máxima diligencia, pues siempre responden solidariamente con éstos. La ley solo permite una moderación en la responsabilidad civil de padres y tutores si prueban que no han favorecido la conducta del menor con culpa o negligencia grave[106].

Resulta patente que el tratamiento de la responsabilidad civil por el hecho dañoso del que han de responder los padres y tutores es diferente en el ámbito civil y en el ámbito penal, al no resultar posible en este último sustraerse a la responsabilidad civil por más que se haya utilizado toda la diligencia, cuidado, atención y prevención posible. Esta dualidad parece injustificable habida cuenta de que, con independencia de la causa del daño, éste puede ser idéntico en ambos casos, debiendo ser el criterio de imputación el que actuara como elemento decisorio para la determinación o no de la responsabilidad civil de los padres y tutores[107].

Aun cuando en el art. 1903 CC el fundamento de la responsabilidad civil de los padres, tutores y curadores sea el mismo que en la LORPM –por la omisión de la obligada diligencia *in custodiando* o *in vigilando* y que el legislador contempla estableciendo una presunción de culpa concurrente en quien desempeña la patria potestad, con inversión de la carga probatoria–, se trata en este caso de una responsabilidad por semi riesgo con proyección cuasi objetiva[108]. Es una culpa por omisión de los necesarios deberes de vigilancia y control, pero no sin más de una imputación objetiva a los padres, tutores y curadores de los hechos dañosos causados por los menores o personas a las que presten ayuda, pese a la cuasi objetivización jurisprudencial. En la vía jurisdiccional civil, y no así en la penal, siempre se admitirá no ya la moderación, sino la plena exclusión de responsabilidad de los padres, tutores y curadores cuando prueben de manera plena, al recaerles la carga de la prueba por vía de inversión, que emplearon toda la diligencia de un buen padre de familia para prevenir el daño[109].

Conservar estas dos vías abiertas plantea problemas de índole práctico. En el caso de que el ilícito sea cometido por un menor de 14 años -que no está sometido a la aplicación de la LORPM-, la potencial indemnización a reclamar por los perjudicados a los padres o tutores deberá realizarse en la vía jurisdiccional civil amparados en el art. 1903 CC y, por tanto, los padres y tutores pueden exonerarse de responsabilidad probando su conducta adecuada para prevenir el daño, Sin embargo, a partir de los 14 años, la responsabilidad de los padres o tutores es objetiva y solidaria siempre que se emplee la vía de la LORPM y, por tanto, los mismos padres o tutores, y ante

106 Yzquierdo Tolsada, M.: "¿Por fin menores", cit., p. 46.

107 Doménech Pascual, G.: "Sobre el poder explicativo del análisis económico del Derecho. En especial, del Derecho de daños", *Revista InDret*, núm. 2, 2019, p. 20.

108 Ornosa Fernández, M. R.: *Derecho penal*, cit., pp. 540-541.

109 Guzmán Fluja, V. C.: "La responsabilidad civil", cit., pp. 299 y ss.

idéntica situación y circunstancias, sí se verán compelidos a responder civilmente, pese a adecuarse a los parámetros de diligencia de su conducta[110]. Otra situación que puede plantearse es que no se ejerza la acción civil de responsabilidad por la vía prevista en la LORPM, por expresa reserva de la misma para su ejercicio en la vía jurisdiccional civil (arts. 4 y 61.1 LORPM), por lo que a pesar de la eventual vinculación que los hechos probados de la resolución judicial dictada en el procedimiento de la LORPM pudiera tener en el procedimiento civil, resulta que los fundamentos y principios de imputación de la responsabilidad civil son diferentes, siendo posible la exoneración de responsabilidad a los padres pese al reconocimiento de la autoría de los hechos en el hijo[111].

Probablemente lo más eficaz eliminar el régimen de responsabilidad civil regulado en las normas penales para regularlo sólo en el Código civil, por no resultar conveniente que el régimen de responsabilidad civil esté regulado en normas penales.

VI. A MODO DE REFLEXIÓN

El modo en que están diseñados los actuales supuestos de responsabilidad civil en que una persona responde por los daños causados por otra, evidencia no sólo una dispersión de criterios y de constante evolución, sino que también ese modo de funcionamiento debe ser analizado desde el punto de vista de las disfunciones que provoca. Aun con todos los riesgos que toda generalización entraña cabría decir que en las sociedades más complejas, en las que se interactúa para la consecución de intereses diferentes o contrapuestos, se tiende hacia la imputación de daños con base en la titularidad de actividades o relaciones, y se abandonan en mayor o menor medida los criterios de causalidad o evitabilidad[112].

Lo que justifica que en determinados supuestos se prefiera la regla de la responsabilidad de los padres, tutores y curadores en lugar de la responsabilidad de los menores o personas con discapacidad que precisan apoyos, es la mayor solvencia y capacidad de afrontar los costes de transacción de quien ha de responder en lugar del causante del daño, la capacidad de los padres y para controlar la conducta de los menores, entre otros factores[113].

En el sistema español de responsabilidad por hecho de otro el responsable no es ajeno a la causación del daño. Al contrario, la Ley presume su participación en la causación del daño a través de una conducta negligente consistente en no haber

110 Gómez Calle, E.: "Responsabilidad de padres", cit., pp. 139-140.

111 Guzmán Fluja, V. C.: "La responsabilidad civil", cit., pp. 283 y ss.

112 Doménech Pascual, G.: "Sobre el poder", cit., p. 13.

113 Salvador Coderch, P., Gómez Ligüerre, C.I., Ruiz Garcia, J.A., Rubí Puig, A. y Piñeiro Salguero, J.: "*Respondeat Superior I*", *Revista InDret*, núm. 2, 2002, pp. 11-17; Salvador Coderch, P. y Gómez Ligüerre, C.I.: "*Respondeat Superior II*. De la responsabilidad por hecho de otro a la responsabilidad de la organización", *Revista InDret*, núm. 3, 2002, pp. 4-5.

evitado, debiendo hacerlo, el daño. Con otras palabras, no existe responsabilidad por hecho ajeno sino, más bien, un verdadero caso de responsabilidad por hecho propio[114].

La responsabilidad civil de padres, tutores y curadores por los actos cometidos por los menores o personas con discapacidad en la práctica es una garantía legal en favor de las víctimas, como una especie de un seguro obligatorio que la ley otorga a las víctimas[115].

114 Coleman, J.: *The Practice of Principle*. Oxford University Press, Oxford, 2001, p. 36; Barceló Doménech, J.: *Responsabilidad extracontractual del empresario por actividades de sus dependientes*, McGraw-Hill, Madrid, 1995, p. 195.

115 Salvador Coderch, P., Gómez Ligüerre, C.I., Ruiz Garcia, J.A., Rubí Puig, A. y Piñeiro Salguero, J.: "*Respondeat Superior I*", cit., p. 20.

BIBLIOGRAFÍA

Abril Campoy, J. M.: "La responsabilidad de los padres por los daños causados por los hijos", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 675, 2003.

Atienza Navarro, Mª. L.: *La responsabilidad civil por los hechos dañosos de los alumnos menores de edad*, Comares, Granada, 2000.

Barceló Doménech, J.: *Responsabilidad extracontractual del empresario por actividades de sus dependientes*, McGraw-Hill, Madrid, 1995.

Coleman, J.: *The Practice of Principle*, Oxford University Press, Oxford, 2001.

Díaz Alabart, S.:

- *La responsabilidad de los centros docentes por los hechos dañosos de sus alumnos menores de edad*, Ponencias del Congreso de la Asociación de Profesores de Derecho civil, Santiago de Compostela, 1999.

- "La responsabilidad de los centros docentes por los hechos dañosos de sus alumnos menores de edad", en S. Díaz Alabart y C. Asúa González: *Responsabilidad de la Administración en la Sanidad y en la Enseñanza*, Montecorvo, Madrid, 2000.

Díez-Picazo y Ponce de León, L.: *Derecho de daños*, Civitas, Madrid, 1999.

Díez-Picazo y Ponce De León, L. y Gullón Ballesteros, A.: *Sistema de Derecho civil*, volumen II, Tecnos, Madrid, 2005.

Doménech Pascual, G.: "Sobre el poder explicativo del análisis económico del Derecho. En especial, del Derecho de daños", *Revista InDret*, núm. 2, 2019.

Durany Pich, S.:

- "Las reglas de responsabilidad civil en el nuevo derecho penal de menores", *Revista InDret*, núm. 2, 2000.

- "Padres y maestros", *Revista InDret*, núm. 1, 2000.

Ferrer Riba, J.: *Comentaris al Codi de Familia, a la Llei d'Unions Estables de Parella i a la Llei de Situacions Convivencials D'Ajuda Mútua*, Tecnos, Madrid, 2000.

García-Ripoll Montijano, M.:

- "Comentario al artículo 118", en AA.VV.: *Comentarios al Código penal,* Tomo IV (dir. por M. Cobo del Rosal), Edersa, Madrid, 1999.

- "Comentario al artículo 120", en AA.VV.: *Comentarios al Código penal,* Tomo IV, (dir. por M. Cobo del Rosal), Edersa, Madrid, 1999.

García Vicente, F., Soto Nieto, F., De Lamo Rubio, J. y Guillén Soria, J.M.: *Responsabilidad civil, consecuencias accesorias y costas procesales. Extinción de la responsabilidad criminal*, Bosch, Barcelona, 1998.

Gómez Calle, E.: "Responsabilidad de padres y centros docentes", en AA.VV.: *Tratado de Responsabilidad civil* (coord. por L. F. Reglero Campos), Aranzadi, Cizur Menor, 2006.

Guzmán Fluja, V. C.: "La responsabilidad civil en el proceso penal de menores", en González Pillado, E. (coord.): *Proceso penal de menores*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008.

López Beltrán de Heredia, C.: *La responsabilidad civil de los padres por hechos de sus hijos*, Tecnos, Madrid, 1998.

López Sánchez, C.: *La responsabilidad civil del menor*, Dykinson, Madrid, 2001.

Montés Penadés, V. L.: "Comentario art. 118", en AA.VV.: *Comentarios al Código penal de 1995*, Volumen I (coord. por T.S. Vives Antón), Tirant lo Blanch, Valencia, 1996.

Moreno Martínez, J. A.: "Responsabilidad civil en los centros de enseñanza no superior por daños de sus alumnos (al amparo de la Ley del menor y últimas reformas administrativas)", en Moreno Martínez, J. A. (coord.): *Perfiles de la Responsabilidad civil en el nuevo milenio*, Dykinson, Madrid, 2000.

Navarro Michel, M.: *La responsabilidad civil de los padres por los hechos de sus hijos*, Bosch, Barcelona, 1998.

Ornosa Fernández, M. R.: *Derecho penal de menores: comentarios a la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores y a su reglamento aprobado por Real Decreto 1774/2004, de 30 de julio*, Bosch, Barcelona, 2005.

Parra Lucán, M. Á.: "Comentario a la STS de 5 de marzo de 1997. Responsabilidad civil por los daños causados por enfermo mental no incapacitado; responsabilidad civil «derivada de delito»; responsabilidad de los padres por no incapacitar al dañante", *Cuadernos Civitas de jurisprudencia civil*, núm. 44, 1997.

Polo Rodríguez, J. J. y Huélamo Buendía, A. J.: *La nueva ley penal del menor*, Colex, Madrid, 2000.

Quintero Olivares, G., Morales Prats, F. y Prats Canut, J. M.: *Manual de Derecho Penal, Parte General*, Aranzadi, Cizur Menor, 2000.

Quintero Olivares, G., Cavanillas Múgica, S. y De Llera Suárez-Bárcena, E.: *La responsabilidad civil ex delicto*, Aranzadi, Cizur Menor, 2002.

Salvador Coderch, P., Gómez Ligüerre, C. I., Ruiz Garcia, J. A., Rubí Puig, A. y Piñeiro Salguero, J.: "*Respondeat Superior I*", *Revista InDret*, núm. 2, 2002.

Salvador Coderch, P. y Gómez Ligüerre, C. I.: "*Respondeat Superior II*. De la responsabilidad por hecho de otro a la responsabilidad de la organización", *Revista InDret*, núm. 3, 2002.

Seuba Torreblanca, J. C., Farnós Amorós, E. y Fernández Crende, A.: "Daños causados por personas con trastornos mentales", *Revista InDret*, núm. 2, 2004.

Suárez González, C.: "Comentario al artículo 118", en AA.VV.: *Comentarios al Código penal* (dir. por G. Rodríguez Mourullo y coord. por A. Jorge Barreiro), Civitas, Madrid, 1997.

Tenreiro Busto, E.: "Análisis del fin de las incapacitaciones judiciales: reforma efectuada por la Ley 8/2021, de 2 de junio", *Revista Jurídica Colex*, núm. 21, 2021.

Vaquer Aloy, A.: "La responsabilidad civil en la Ley orgánica de responsabilidad penal de los menores: una propuesta de interpretación", *Revista La Ley*, núm. 1, 2001.

Yzquierdo Tolsada, M.:

- *Aspectos civiles del nuevo Código penal*, Dykinson, Madrid, 1997.
- "¿Por fin menores civilmente responsables? Reflexiones a propósito de las reformas de 2015", *FORO. Revista De Ciencias Jurídicas y Sociales, Nueva Época*, vol. 19, núm. 2, 2016.
- *Sistema de responsabilidad civil contractual y extracontractual*, Dykinson, Madrid, 2001.

LA PENSIÓN DE ALIMENTOS DE LOS HIJOS MAYORES CON DISCAPACIDAD EN CASO DE CRISIS MATRIMONIALES

THE FOOD PENSION OF OLDER CHILDREN WITH DISABILITIES IN CASE OF MARRIAGE CRISIS

Rev. Boliv. de Derecho Nº 34, julio 2022, ISSN: 2070-8157, pp. 330-349

Raquel PÉREZ DÍAZ

ARTÍCULO RECIBIDO: 1 de junio de 2022
ARTÍCULO APROBADO: 15 de junio de 2022

RESUMEN: El presente trabajo tiene como objeto dar respuesta a la posibilidad de obtención o no de una pensión de alimentos los hijos mayores de edad con discapacidad en el caso de nulidad, divorcio o separación. Previamente, se analizará el concepto de discapacidad para posteriormente abordar la normativa actual existente en el Derecho civil y finalizar con la casuística jurisprudencial más relevante.

PALABRAS CLAVE: Hijos mayores; discapacidad; pensión de alimentos; separación; divorcio; nulidad.

ABSTRACT: *The present work aims to respond to the possibility of obtaining or not an alimony for children of legal age with disabilities in the case of annulment, divorce or separation. Previously, the concept of disability will be analyzed to subsequently address the current regulations in civil law and end with the most relevant case law.*

KEY WORDS: *Older children; disability; alimony; separation; divorce; annulment.*

SUMARIO.- I. EL TÉRMINO DE PERSONAS CON DISCAPACIDAD.- II. MEDIDAS DE APOYO DE LAS PERSONAS MAYORES CON DISCAPACIDAD.- III. REGULACIÓN DE LA PENSIÓN DE ALIMENTOS A LOS HIJOS MAYORES CON DISCAPACIDAD EN CASO DE CRISIS MATRIMONIAL.- IV. CASUÍSTICA JURISPRUDENCIAL.

I. EL TÉRMINO DE PERSONAS CON DISCAPACIDAD.

En cuanto al término de discapacidad, con anterioridad a la Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica, tal como afirma Charlez Arán[1] se podían incluir dentro de este concepto diferentes deficiencias como por ejemplo, de carácter psíquico (síndrome de down, autismo…) o físico (deficiencia visual grave, paraplejia…) siendo situaciones que en el caso de los hijos mayores con discapacidad les impedían gobernarse por sí mismo, necesitando por tanto asistencia de sus progenitores.

Sin embargo, tras la citada ley, surgida como consecuencia de la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad, aprobada en Nueva York el 13 de diciembre de 2006 (CDPD) y ratificada en España el 21 de abril de 2008, no se trata, de un simple cambio de terminología que relegue los términos tradicionales de "incapacidad" e "incapacitación" por otros más precisos y respetuosos, sino de un nuevo y más acertado enfoque de la realidad, que advierta algo que ha pasado durante mucho tiempo desapercibido: que las personas con discapacidad son titulares del derecho a la toma de sus propias decisiones, derecho que ha de ser respetado; se trata, por tanto, de una cuestión de derechos humanos. Y es que muchas limitaciones vinculadas tradicionalmente a la discapacidad no han procedido de las personas afectadas por ella, sino de su entorno: barreras físicas, comunicacionales, cognitivas, actitudinales y jurídicas que han cercenado sus derechos y la posibilidad de su ejercicio.

En ese sentido, el art. 12 de la citada Convención ya indicaba "que las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida, y obliga a los Estados Partes a adoptar las medidas pertinentes para proporcionar a las personas con discapacidad acceso al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica". En el

1 Charlez Arán, C.: "Ruptura del matrimonio con hijos discapacitados", *Academia Aragonesa de jurisprudencia y legislación*, 22 diciembre 2020, p. 11.

• Raquel Pérez Díaz
Doctora en Derecho Cum Laude 2016, Actualmente, Profesora Ayudante doctora en la Universidad de Oviedo desde el año 2020 en exclusiva a labores docentes y de investigación en el Departamento de Derecho Privado y de la Empresa, Área civil. Anteriormente ha ejercido la abogacía en despacho propio desde el año 1995 hasta el año 2020, y profesora asociada desde el año 2015. Principal línea de investigación la protección de los derechos al honor, intimidad, imagen y protección de datos del menor. Correo electrónico: perezdraquel@uniovi.es.

apartado E de su Preámbulo reconoce que la discapacidad es "un concepto que evoluciona, y que resulta de la interacción entre las personas con deficiencias y las barreras debidas a la actitud y al entorno, que evitan su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás". Y en el párrafo segundo del art. 2 CDPD realiza una definición amplia de lo que considera que son personas con discapacidad "aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás". Incluidas, por tanto, a aquellos en quienes concurran las "causas de incapacitación" del anterior art. 200 Código Civil (CC), es decir, que padezcan "enfermedades o deficiencias persistentes de carácter físico o psíquico que impidan a la persona gobernarse por sí misma", planteamiento seguido por la doctrina española, citando entre otros a Martínez de Aguirre[2].

Consecuencia de la mentada Convención, se produce un cambio de terminología en leyes posteriores[3] adecuando la misma a las personas con discapacidad, cómo, por ejemplo, la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia, tal como establece su Disposición Adicional octava[4].

Cabe recordar, que la nueva regulación está inspirada, en el art. 10 de nuestra Constitución (CE), concretamente en el respeto a la dignidad de la persona, en la tutela de sus derechos fundamentales y en el respeto a la libre voluntad de la persona con discapacidad, así como en los principios de necesidad y proporcionalidad de las medidas de apoyo que, en su caso, pueda necesitar esa persona para el ejercicio de su capacidad jurídica en igualdad de condiciones con los demás. En relación con lo que se trata, ha de tomarse en consideración que, como ha puesto en evidencia la Observación General del Comité de Expertos de

2 Martínez De Aguirre, C.: *El Tratamiento jurídico de la discapacidad psíquica: Reflexiones para una reforma legal*, Thomson Reuters, Aranzadi, Cizur Menor, Navarra, 2014, p. 35.

3 Ahora bien, cabe recordar que la reforma del ordenamiento jurídico español, ya se inició con la Ley 26/2011, llamada precisamente de adaptación normativa a la Convención internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad, y que se encargó de modificar numerosos cuerpos legales de nuestro Derecho interno. Continuó con el Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprobó el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social, a la que han de sumarse la reforma del Código penal llevada a cabo por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, la nueva legislación de jurisdicción voluntaria (Ley 15/2015, de 2 de julio, modificada por la Ley 4/2017, de 24 de junio, precisamente en relación con el derecho de las personas con discapacidad a contraer matrimonio en igualdad de condiciones) o las más recientes Ley Orgánica 1/2017, de 13 de diciembre, de modificación de la Ley Orgánica 5/1995, de 22 de mayo, del Tribunal del Jurado, para garantizar la participación de las personas con discapacidad sin exclusiones, y Ley Orgánica 2/2018, de 5 de diciembre, para la modificación de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General para garantizar el derecho de sufragio de todas las personas con discapacidad.

4 Al decir que "Las referencias que en los textos normativos se efectúan a "minusválidos" y a "personas con minusvalía", se entenderán realizadas a "personas con discapacidad". A partir de la entrada en vigor de la presente Ley, las disposiciones normativas elaboradas por las Administraciones Públicas utilizarán los términos "persona con discapacidad" o "personas con discapacidad" para denominarlas".

las Naciones Unidas elaborada en 2014, dicha capacidad jurídica abarca tanto la titularidad de los derechos como la legitimación para ejercitarlos.

Por ello, en el preámbulo de la citada ley, nos recuerda que esta reforma normativa debe ir unida, a un cambio del entorno, a una transformación de la mentalidad social y, especialmente, de la de aquellos profesionales del Derecho que han de prestar sus respectivas funciones, a requerimiento de las personas con discapacidad, partiendo de los nuevos principios y no de visiones paternalistas que hoy resultan periclitadas.

Por lo tanto, tras la nueva Ley, se deben eliminar de forma absoluta conceptos utilizados hasta ahora, tales como minusválido[5], inválido, subnormal, incapacitado, incapaz, disminuido (pese a que el art. 49 de la CE haga referencia a los disminuidos físicos, psíquicos y sensoriales), o personas con capacidad restringida, debiendo sustituirse por el término de personas con discapacidad.

II. MEDIDAS DE APOYO DE LAS PERSONAS MAYORES CON DISCAPACIDAD.

El Título XI del Libro Primero del Código Civil se titula "De las medidas de apoyo a las personas con discapacidad". Coincido con Charlez Arán en que la idea central del nuevo sistema es la de apoyo a la persona que le sea necesario. No estamos únicamente ante un mero cambio de terminología que relegue los términos tradicionales de incapacidad por otros más precisos, sino de un nuevo enfoque más acertado de la realidad, que consiste en que las personas con discapacidad son titulares del derecho a la toma de sus propias decisiones y por tanto se trata de una cuestión de derechos humanos[6].

Ya en relación a los hijos mayores, el art. 81 CC establece que "Se decretará judicialmente la separación cuando existan hijos menores no emancipados o hijos mayores respecto de los que se hayan establecido judicialmente medidas de apoyo atribuidas a sus progenitores, cualquiera que sea la forma de celebración del matrimonio".

Por su parte, el art. 91 indica que "cuando al tiempo de la separación, divorcio o nulidad existieran hijos comunes mayores de diecisiete años que se hallaren en situación de necesitar medidas de apoyo por razón de su discapacidad. La sentencia correspondiente, previa audiencia del menor, resolverá sobre el establecimiento y modo y ejercicio de éstas, las cuáles en su caso, entrarán en vigor cuando el hijo alcance los dieciocho años de edad".

5 Asimismo, la nueva normativa se remite a lo recogido en la Ley 41/2003, estableciendo en su art. 2 que serán personas con discapacidad: "a) Las afectadas por una minusvalía psíquica igual o superior al 33 por 100; b) Las afectadas por una minusvalía física o sensorial igual o superior al 65 por 100".

6 Charlez Arán, C.: "Ruptura", cit. p. 37.

Como se puede observar, la nueva redacción de los preceptos citados, no incluye referencia alguna a la ruptura de pareja de hecho, es decir parejas no casadas con hijos, cuestión objeto de crítica, dado que también son modelos actuales de familias.

El art. 249 expone que "Las medidas de apoyo a las personas mayores de edad o menores emancipadas que las precisen para el adecuado ejercicio de su capacidad jurídica tendrán por finalidad permitir el desarrollo pleno de su personalidad y su desenvolvimiento jurídico en condiciones de igualdad. Estas medidas de apoyo deberán estar inspiradas en el respeto a la dignidad de la persona y en la tutela de sus derechos fundamentales. Las de origen legal o judicial solo procederán en defecto o insuficiencia de la voluntad de la persona de que se trate. Todas ellas deberán ajustarse a los principios de necesidad y proporcionalidad".

Asimismo, señala que "Las personas que presten apoyo deberán actuar atendiendo a la voluntad, deseos y preferencias de quien lo requiera. Igualmente procurarán que la persona con discapacidad pueda desarrollar su propio proceso de toma de decisiones, informándola, ayudándola en su comprensión y razonamiento y facilitando que pueda expresar sus preferencias. Asimismo, fomentarán que la persona con discapacidad pueda ejercer su capacidad jurídica con menos apoyo en el futuro".

"Sólo en casos excepcionales, cuando, pese a haberse hecho un esfuerzo considerable, no sea posible determinar la voluntad, deseos y preferencias de la persona, las medidas de apoyo podrán incluir funciones representativas. En este caso, en el ejercicio de esas funciones se deberá tener en cuenta la trayectoria vital de la persona con discapacidad, sus creencias y valores, así como los factores que ella hubiera tomado en consideración, con el fin de tomar la decisión que habría adoptado la persona en caso de no requerir representación…".

Las instituciones de apoyo a la persona con discapacidad, según la redacción del art. 250 CC son, además de las de naturaleza voluntaria, la guarda de hecho, la curatela y el defensor judicial.

Igualmente, en relación al tema objeto de estudio, cabe decir, que el art. 254, establece medidas voluntarias de apoyo cuando deje de ser menor de edad, al suprimirse la patria potestad prorrogada o rehabilitada, y en tal sentido, dice que "Cuando se prevea razonablemente en los dos años anteriores a la mayoría de edad que un menor sujeto a patria potestad o a tutela pueda, después de alcanzada aquella, precisar de apoyo en el ejercicio de su capacidad jurídica, la autoridad judicial podrá acordar, a petición del menor, de los progenitores, del tutor o del Ministerio Fiscal, si lo estima necesario, la procedencia de la adopción de la medida de apoyo que corresponda para cuando concluya la minoría de

edad. Estas medidas se adoptarán si el mayor de dieciséis años no ha hecho sus propias previsiones para cuando alcance la mayoría de edad. En otro caso se dará participación al menor en el proceso, atendiendo a su voluntad, deseos y preferencias".

Respecto a la figura de la guarda de hecho, para el caso de que no exista ninguna resolución judicial que la determine, expone el art. 263 CC que "Quien viniere ejerciendo adecuadamente la guarda de hecho de una persona con discapacidad continuará en el desempeño de su función incluso si existen medidas de apoyo de naturaleza voluntaria o judicial, siempre que estas no se estén aplicando eficazmente". Ahora bien, "cuando excepcionalmente, se requiera la actuación representativa del guardador de hecho, este habrá de obtener la autorización para realizarla a través del correspondiente expediente de jurisdicción voluntaria, en el que se oirá a la persona con discapacidad. La autorización judicial para actuar como representante se podrá conceder, previa comprobación de su necesidad, en los términos y con los requisitos adecuados a las circunstancias del caso. La autorización podrá comprender uno o varios actos necesarios para el desarrollo de la función de apoyo y deberá ser ejercitada de conformidad con la voluntad, deseos y preferencias de la persona con discapacidad".

En cuanto a la figura de la curatela, indica el art. 268 que "Las medidas tomadas por la autoridad judicial en el procedimiento de provisión de apoyos serán proporcionadas a las necesidades de la persona que las precise, respetarán siempre la máxima autonomía de esta en el ejercicio de su capacidad jurídica y atenderán en todo caso a su voluntad, deseos y preferencias". Añade el art. 269 que "La autoridad judicial constituirá la curatela mediante resolución motivada cuando no exista otra medida de apoyo suficiente para la persona con discapacidad".

Finalmente, en relación al defensor judicial, el art. 295 enumera los casos en los que se nombrará un defensor judicial de las personas con discapacidad cuando se precise apoyo[7].

En lo referente a la cuestión objeto de estudio, en el ámbito de la discapacidad se ha eliminado la patria potestad prorrogada o rehabilitada y la tutela. Por consiguiente, cuando se produce la crisis matrimonial y hay hijos mayores con

7 1.º Cuando, por cualquier causa, quien haya de prestar apoyo no pueda hacerlo, hasta que cese la causa determinante o se designe a otra persona.
2.º Cuando exista conflicto de intereses entre la persona con discapacidad y la que haya de prestarle apoyo.
3.º Cuando, durante la tramitación de la excusa alegada por el curador, la autoridad judicial lo considere necesario.
4.º Cuando se hubiere promovido la provisión de medidas judiciales de apoyo a la persona con discapacidad y la autoridad judicial considere necesario proveer a la administración de los bienes hasta que recaiga resolución judicial.
5.º Cuando la persona con discapacidad requiera el establecimiento de medidas de apoyo de carácter ocasional, aunque sea recurrente.

discapacidad que convivan en el domicilio familiar, los progenitores les prestarán apoyo mediante figuras tales como la curatela (asistencial o representativa) o guarda de hecho. Para el caso de que fueran discapaces con anterioridad a la nueva normativa y se hubiera producido la crisis matrimonial, habrá que estar a lo establecido en su Disposición Transitoria segunda y quinta, produciéndose la revisión de las medidas en un plazo de uno a tres años máximo desde la solicitud[8].

Por otra parte, se produce una modificación en la Ley de Enjuiciamiento Civil, y en materia de discapacidad cabe citar la nueva redacción del art. 770, en la que se dice que " En los procesos matrimoniales en que existieran hijos comunes mayores de dieciséis años que se hallasen en situación de necesitar medidas de apoyo por razón de su discapacidad, se seguirán, en su caso, los trámites establecidos en esta ley para los procesos para la adopción judicial de medidas de apoyo a una persona con discapacidad".

III. REGULACIÓN DE LA PENSIÓN DE ALIMENTOS A LOS HIJOS MAYORES CON DISCAPACIDAD EN CASO DE RUPTURA DE MATRIMONIO.

Tras la definición de persona con discapacidad, y las diferentes medidas de apoyo que se pueden prestar en el caso de los hijos mayores de edad con discapacidad procederé a abordar, el asunto principal, cual es dar respuesta a la siguiente cuestión ¿Tienen derecho a la pensión de alimentos los hijos mayores de edad con discapacidad en caso de ruptura de matrimonio?

La Constitución Española, determina en su art. 39 que "1- Los poderes públicos aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia. 2- Los poderes públicos aseguran, asimismo, la protección integral de los hijos, iguales éstos ante la ley con independencia de su filiación, (…) 3- Los padres deben prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio, durante su minoría de edad y en los demás casos en que legalmente proceda. (…)".

8 Los tutores, curadores, con excepción de los curadores de los declarados pródigos, y defensores judiciales nombrados bajo el régimen de la legislación anterior ejercerán su cargo conforme a las disposiciones de esta Ley a partir de su entrada en vigor. A los tutores de las personas con discapacidad se les aplicarán las normas establecidas para los curadores representativos, a los curadores de los emancipados cuyos progenitores hubieran fallecido o estuvieran impedidos para el ejercicio de la asistencia prevenida por la ley y de los menores que hubieran obtenido el beneficio de la mayor edad se les aplicarán las normas establecidas para el defensor judicial del menor. Quienes vinieran actuando como guardadores de hecho sujetarán su actuación a las disposiciones de esta Ley. Quienes ostenten la patria potestad prorrogada o rehabilitada continuarán ejerciéndola hasta que se produzca la revisión a la que se refiere la disposición transitoria quinta: Las personas con capacidad modificada judicialmente, los declarados pródigos, los progenitores que ostenten la patria potestad prorrogada o rehabilitada, los tutores, los curadores, los defensores judiciales y los apoderados preventivos podrán solicitar en cualquier momento de la autoridad judicial la revisión de las medidas que se hubiesen establecido con anterioridad a la entrada en vigor de la presente Ley, para adaptarlas a esta. La revisión de las medidas deberá producirse en el plazo máximo de un año desde dicha solicitud. Para aquellos casos donde no haya existido la solicitud mencionada en el párrafo anterior, la revisión se realizará por parte de la autoridad judicial de oficio o a instancia del Ministerio Fiscal en un plazo máximo de tres años.

En nuestro Código Civil, establece el art. 92 CC que "1. La separación, la nulidad y el divorcio no eximen a los padres de sus obligaciones para con los hijos. (…)"; y en el caso de hijos mayores de edad especifica en el art. 93.2 lo siguiente: "Si convivieran en el domicilio familiar hijos mayores de edad o emancipados que carecieran de ingresos propios, el Juez, en la misma resolución, fijará los alimentos que sean debidos conforme a los artículos 142 y siguientes de este Código". Dicho precepto se refiere a todo lo que sea indispensable para el sustento, habitación, vestido, asistencia médica, así como formación[9]. Cabe decir, que ninguno de los citados preceptos ha sufrido modificación alguna tras la reforma de la Ley 8/2021, que haga alusión específica a los alimentos de los hijos mayores con discapacidad, pese a que el art. 28.1 de la Convención Internacional de los Derechos de las Personas con Discapacidad, les reconoce el derecho "a un nivel de vida adecuado para ellas y sus familias, lo cual incluye alimentación, vestido y vivienda adecuados, y a la mejora continua de sus condiciones de vida".

En primer lugar, si bien con anterioridad cuando había hijos con discapacidad, la separación o el divorcio de los progenitores siempre debía ser acordada judicialmente y requería la intervención del Ministerio Fiscal, bien en procedimiento de mutuo acuerdo, bien en procedimiento contencioso (arts. 82.2 y 87 CC)[10]. Sin embargo, con la actual reforma, que afecta concretamente al art. 54 ley del Notariado[11] y al art. 81.1 CC[12], parece ser posible la separación o divorcio ante notario para el caso de que la medida de apoyo sobre el hijo mayor o emancipado no haya sido atribuida a los progenitores, e incluso cuando existan hijos mayores con medidas de protección voluntarias establecidas notarialmente o se tratase de guarda de hecho, pues la norma únicamente hace referencia específica a que existan hijos menores no emancipados o mayores respecto de los que se hayan

9 SAP Gerona 29 noviembre 2019 (ECLI:ES:APGI:2019:1842). "E*l fundamento y el contenido de los alimentos a cargo de los progenitores varía en función de si el hijo beneficiario es menor o mayor de edad, como se infiere del artículo 233-4.1 del repetido C.C. Cat . puesto en relación con el artículo 237-1 del mismo cuerpo legal , ya que en el primer caso comprende los alimentos en el sentido amplio (todo lo indispensable para el mantenimiento, la vivienda, el vestido, la asistencia médica y los gastos de formación de la persona alimentada) y tiene su fundamento en la responsabilidad parental, mientras que en el segundo ha de acreditarse la situación de necesidad del acreedor y el contenido de la obligación puede sufrir alguna restricción (abarca los gastos de «continuación de la formación» del alimentado en la medida que no haya podido terminarla antes de alcanzar la mayoría de edad por una causa no imputable y supeditado a que mantenga un rendimiento regular)".*

10 Campo Izquierdo, A. L.: "Alimentos en hijos mayores de edad. Art. 93. 2 Código Civil", *Actualidad Civil*, núm. 4, abril, 2022, p. 5. Señala que "La razón de esta reforma deriva exclusivamente del principio de economía procesal, a fin de evitar a los miembros de una misma unidad familiar el tener que acudir a dos procesos simultáneos para resolver todas las consecuencias de la crisis familiar, que deriva en separación o divorcio (juicio verbal de familia, más juicio verbal de alimentos del art. 142 CC). Asimismo, con esta reforma se evitan situaciones incomodas y conflictos de lealtades a los hijos/as, que caso contrario tendrían que plantear ellos mismos, y no a través de un progenitor, una demanda contra ambos progenitores".

11 "1. Los cónyuges, cuando no tuvieren hijos menores no emancipados o mayores respecto de los que se hayan establecido judicialmente medidas de apoyo atribuidas a sus progenitores, podrán acordar su separación matrimonial o divorcio de mutuo acuerdo, mediante la formulación de un convenio regulador en escritura pública. Deberán prestar su consentimiento ante el Notario del último domicilio común o el del domicilio o residencia habitual de cualquiera de los solicitantes".

12 "Se decretará judicialmente la separación cuando existan hijos menores no emancipados o mayores respecto de los que se hayan establecido judicialmente medidas de apoyo atribuidas a sus progenitores, cualquiera que sea la forma de celebración del matrimonio: ...".

establecido judicialmente medidas de apoyo[13], por ejemplo, sería el caso cuartela representativa o asistencial.

En segundo lugar, para obtener la pensión de alimentos los hijos mayores con discapacidad, al igual que los hijos mayores sin discapacidad, tienen que cumplirse dos requisitos convivir en el domicilio familiar y carecer de ingresos propios, en consecuencia, comparto con Campo Izquierdo que son alimentos condicionados a que existan, de forma simultánea, ambas premisas[14], sin establecer límite alguno de edad para su extinción[15].

Cabe decir que, conforme a la nueva normativa, se elimina la patria potestad prorrogada o rehabilitada, y por tanto desaparece la guarda y custodia de hijos mayores, ninguna referencia se hace al respecto a ello en relación a los hijos mayores con discapacidad en los arts. 92 o 93 CC. Por consiguiente, los tres únicos pilares sobre los que a mi juicio va a pivotar la resolución del conflicto en caso de ruptura de pareja con hijos mayores con discapacidad actualmente son los siguientes: ver quien es la persona a cuyo cuidado va a quedar el hijo mayor con discapacidad, el uso de la vivienda familiar y determinar cuáles van a ser los gastos de atención y mantenimiento. Es preciso señalar, un cambio que se produce en el art. 94 CC en el que se determina en caso de nulidad, separación o divorcio un régimen de vistas y comunicación respecto al progenitor que no tenga a sus hijos mayores de edad con discapacidad en su compañía[16]. Esta modificación afecta a tres cuestiones que en las que cabe especificar: Por un lado, el derecho de visitas de los hijos mayores con discapacidad, que la norma vigente regula de forma separada de los menores (art. 94.1.2. y 3 CC). Por otra parte, el derecho de comunicación y visitas respecto del mayor y del menor discapacitado de otros familiares y allegados diferentes de los progenitores (art. 94.6 CC). Por último, en el caso de existencia de violencia de género en el régimen de visita, comunicación

13 Mariño Pardo, F.: "Reforma del Código Civil por la Ley 8/2021, para el apoyo de personas con discapacidad: Separación y divorcio notarial: presupuestos subjetivos vinculados a la discapacidad de los hijos", 29 septiembre 2021, http://www.iurisprudente.com. (última consulta 29 de mayo de 2022).

14 Campo Izquierdo, A. L.: "Alimentos", cit., p. 5.

15 En tal sentido, se pronuncian las STS 11 febrero 2016 (ECLI:ES:TS:2016:359) la cual dice que "la limitación temporal, la cual tiene sentido en una pensión compensatoria como estímulo en la búsqueda de ocupación laboral, no tiene cabida en los alimentos a los hijos, al proscribirlo el art. 152 CC", 21 septiembre 2016 (ECLI: ES:TS:2016: 4101), añade que "la ley no establece ningún límite de edad y, de ahí, que el casuismo a la hora de ofrecer respuestas sea amplio en nuestros tribunales, en atención a las circunstancias del caso y a las socioeconómicas del momento temporal en que se postulan los alimentos" y 6 noviembre de 2019 (ECLI:ES:TS:2019:3613) concluye que "lo que se plantea es la extinción de la pensión de alimentos a favor del hijo mayor de edad por desidia de este para procurárselos. No existe ningún precepto que establezca una edad objetivable, sino que se había de estar a las circunstancias del caso, pues todos no son idénticos, sino que tienen sus singularidades".

16 "Respecto de los hijos con discapacidad mayores de edad o emancipados que precisen apoyo para tomar la decisión, el progenitor que no los tenga en su compañía podrá solicitar, en el mismo procedimiento de nulidad, separación o divorcio, que se establezca el modo en que se ejercitará el derecho previsto en el párrafo anterior".

y estancia de los hijos menores y mayores con discapacidad (art. 94.4 y 5 CC)[17]. También, en relación al uso de la vivienda familiar, la cual forma parte integrante de los alimentos conforme al art. 142 CC, se produce una relevante modificación en su art. 96.1 CC respecto a los mayores de edad con discapacidad, y así en su párrafo segundo dice: "(…) A los efectos del párrafo anterior, los hijos comunes mayores de edad que al tiempo de la nulidad, separación o divorcio estuvieran en una situación de discapacidad que hiciera conveniente la continuación en el uso de la vivienda familiar, se equiparan a los hijos menores que se hallen en similar situación. Extinguido el uso previsto en el párrafo primero, las necesidades de vivienda de los que carezcan de independencia económica se atenderán según lo previsto en el Título VI de este Libro, relativo a los alimentos entre parientes. Cuando algunos de los hijos queden en la compañía de uno de los cónyuges y los restantes en la del otro, la autoridad judicial resolverá lo procedente". Es decir, viene a regular lo que ya se venía confirmando por nuestra jurisprudencia, en tal sentido, cabe citar por ejemplo, la STS 19 enero 2017[18], la cual basándose en la anterior STS 30 mayo 2012, equiparaba a los hijos incapacitados con los menores en relación a la atribución de la vivienda familiar porque su interés también resulta el más necesitado de protección, cuando dice "que la salud mental del hijo mayor le hace acreedor de la misma protección que al hijo menor de edad de cara a atribuir la vivienda. A favor de esta protección se encuentra la necesidad de protección acordada en la Convención Internacional de los Derechos de las personas con discapacidad, y en la Ley 26/2011, de 1 de agosto, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad". Por consiguiente, el nuevo precepto permite a los hijos mayores continuar en el uso de la vivienda como si fueran menores en el caso de que la situación de discapacidad sea conveniente[19]. En todo caso, coincido con Merino Hernández que serán los tribunales los que de manera individualizada determinarán la persona o personas en cuya compañía haya de vivir el discapacitado, una vez se produzca la ruptura de la unión de sus progenitores: si con uno solo de ellos de forma exclusiva, si con ambos de manera compartida o, incluso, con personas diferentes, sin excluir posibles centros especializados. En relación con ello, si el discapacitado tiene

17 Martínez Rodríguez, N.: "Discapacidad y Derecho de Familia. Nuevos principios nuevas normas", en Llamas Pombo, E., Martínez Rodríguez, N. y Toral Lara, E. (dirs.): *El nuevo Derecho de las capacidades*, La Ley, Madrid, 2022, p. 332.

18 STS 19 enero 2017 (ECLI ES.TS:2017:113).

19 Cabe decir que la referencia a la discapacidad que se hace en el párrafo primero del CC disposición cuarta comprende todas las discapacidades tanto psíquica, física o sensorial. Y en ese sentido, se dice que "La referencia a la discapacidad que se realiza en los artículos 96, 756 número 7.º, 782, 808, 822 y 1041, se entenderá hecha al concepto definido en la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la Normativa Tributaria con esta finalidad, y a las personas que están en situación de dependencia de grado II o III de acuerdo con la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia.
A los efectos de los demás preceptos de este Código, salvo que otra cosa resulte de la dicción del artículo de que se trate, toda referencia a la discapacidad habrá de ser entendida a aquella que haga precisa la provisión de medidas de apoyo para el ejercicio de la capacidad jurídica".

suficiente juicio o si previamente lo ha hecho constar de forma fehaciente -aquí entra en juego la importancia del mandato preventivo, con especial regulación en la reforma del Código civil-, el juez tendrá que tener muy en cuenta la opción que al respecto haya manifestado aquél. En esta línea, tal como expresamente dispone el art. 19 de la Convención de Nueva York, los Estados Partes de la Convención adoptarán las medidas precisas para garantizar que "las personas con discapacidad tengan la oportunidad de elegir su lugar de residencia y dónde y con quién vivir y no sea vean obligadas a vivir con arreglo a un sistema de vida específico"[20].

En tercer lugar, será necesario conocer si el hijo mayor con discapacidad, percibe o no una pensión y en caso positivo, habrá que tener presente si ese hijo es totalmente dependiente de un tercero o no para su asistencia. De tal manera que, aunque se perciba una pensión por discapacidad, la obligación de pago de pensión de alimentos puede subsistir si se acredita que la minusvalía del hijo le impide o dificulta enormemente su incorporación al mercado laboral; que el hijo requiera una atención y cuidados importantes y que la pensión que el hijo pueda percibir de los Poderes Públicos no es suficiente para cubrir esos gastos que requieren sus cuidados. Y en este aspecto, la solución dada por los tribunales variará en función de las circunstancias de cada caso, que se pasará a desarrollar en el siguiente apartado.

IV. POSTURA DEL TRIBUNAL SUPREMO.

Hay que tener en cuenta que la jurisprudencia al igual que en los casos de hijos mayores sin discapacidad, para conceder la pensión de alimentos estudia cada supuesto según la situación económica y patrimonial familiar.

En el caso del hijo con discapacidad se debe tomar en consideración en primer lugar, la existencia o no de sentencia judicial para la prestación de dar alimento. En segundo lugar, para el caso de no existir sentencia judicial, también se debe tener en cuenta a la hora de fijar la cuantía de la pensión de alimentos, la percepción o no de una prestación o pensión del órgano administrativo, ya que su existencia no extingue directamente la aportación de alimentos[21], en definitiva, para mantener la pensión de alimentos se deberá valorar: situación económica y/o posible situación de precariedad de la unidad familiar, la pensión/ayuda que percibe el hijo/a, como incide la discapacidad en la búsqueda de trabajo/independencia económica[22].

20 Merino Hernández, J. L. contestación al discurso de Charlez Arán, C.: "Ruptura", cit. p. 70.

21 Merino Hernández, J. L. contestación al discurso de Charlez Arán, C.: "Ruptura", cit. p. 29.

22 Campo Izquierdo, A. L.: "Alimentos", cit., p. 6. Indica, además, que, en el caso de modificación de medidas, para modificar o extinguir la pensión fijada previamente, la disponibilidad económica del alimentante y el importe de esa nueva prestación/ayuda que percibe el hijo/a.

En este sentido, cabe recordar que, con anterioridad a la nueva normativa, se producían dos supuestos: En primer lugar, hijo mayor de edad sin sentencia judicial con o sin minusvalía reconocida vía administrativa, en cuyo caso, ha existido jurisprudencia al respecto que establecía los criterios para obtener una pensión de alimentos de hijos mayores de edad con discapacidad equiparando a los hijos mayores de edad con discapacidad reconocida, pero no declarada judicialmente, con los hijos menores de edad mientras cumplieran con los dos requisitos recogidos en el art. 93 CC. De manera tal, que consideraba que la situación de discapacidad de un hijo mayor de edad no determinaba por sí misma la extinción o la modificación de los alimentos que los padres deben prestarle en juicio matrimonial y deberán equipararse a los que se entregan a los menores mientras se mantenga la convivencia del hijo en el domicilio familiar y se carezca de recursos. A modo de ejemplo, es necesario citar la Sentencia del Tribunal Supremo (STS) 7 julio 2014[23] en la que se establece la obligación a mantener la pensión de alimentos a un padre por la discapacidad del hijo mayor El progenitor en demanda de modificación de medidas definitivas de divorcio, solicitaba la extinción de la pensión de alimentos acordada en su día a favor de su hijo, de 27 años, alegando como circunstancias la finalización de los estudios de BUP hacía más de diez años, sin que hubiera realizado especialización alguna, encontrándose inscrito como demandante de empleo. En el escrito de contestación a la demanda se indicaba que el citado hijo padecía un "trastorno esquizofrénico paranoide que le incapacitaba para cualquier tipo de trabajo, y le hacía absolutamente dependiente de su madre. Ambas partes reconocían que el hijo sufría una discapacidad superior al 65%. Si bien se le dio la razón y se extinguió en la sentencia del Juzgado por considerar que, con una discapacidad superior al 65%, gozaba de todos los requisitos especificados para acceder a una pensión contributiva por invalidez, y a su vez la Audiencia Provincial confirmó dicho pronunciamiento. Sin embargo, se estimó el recurso casacional siendo a su vez analizado desde una doble perspectiva. En primer lugar, desde la consideración que merece la privación de los alimentos por el simple hecho de haber alcanzado el hijo la mayoría de edad y ser posible perceptor de una pensión contributiva por invalidez por parte de la Seguridad Social, equiparando este derecho a la real y efectiva existencia de recursos económicos del apartado segundo del art. 93 del Código Civil. En segundo lugar, desde la situación personal del alimentado afectado por una grave situación de discapacidad[24].

23 STS 7 julio 2014 (ECLI ES.TS:2014:2622).

24 En el primer caso, la Convención reconoce el derecho de las personas con discapacidad a un nivel de vida adecuado para ellas y sus familias, lo cual incluye alimentación, vestido y vivienda adecuados, y a la mejora continua de sus condiciones de vida. Y es evidente que aún cuando el hijo puede recibir ayudas de la administración, en estos momentos no las recibe ni tampoco parece que pueda obtener ingresos por su trabajo, dado la dificultad para acceder al mundo laboral. Y lo que no es posible en estas circunstancias es desplazar la responsabilidad de mantenimiento hacia los poderes públicos, en beneficio del progenitor. Los alimentos a los hijos no se extinguen por la mayoría de edad, sino que la obligación se extiende hasta que estos alcancen la suficiencia económica, siempre y cuando la necesidad no haya sido creada por la conducta del propio hijo (STS 5 noviembre 2008), lo que no es del caso. El contenido ético del Derecho está presente en las normas del Código Civil, como son las alimenticias, alcanzando rango constitucional, como

En el mismo sentido, encontramos supuestos en que solicitándose la modificación medidas sobre aportación de gastos, la Jurisprudencia determina que los hijos mayores de edad con minusvalías se equiparaban a los menores a efectos de determinación y cuantificación de la pensión alimenticia y así, en STS 10 octubre 2014[25] se reitera que los hijos mayores de edad con minusvalías se equiparan a los menores a efectos de determinación y cuantificación de la pensión alimenticia. La percepción de pensión no contributiva por aquellos será valorada a tales fines casuísticamente, y se procede a modificación de medidas en cuanto a la pensión alimenticia a hijos mayores de edad, y por tanto, concediéndose alimentos a mayores de edad con minusvalía (discapacitados con pensión), teniéndose en cuenta si existe reducción de ingresos del progenitor, lo que conllevará otra determinación de cuantía de pensión alimentos al hijo mayor edad minusvalía: Se indica que en la STS, 30 mayo 2012, citada por la parte recurrente, se sienta como doctrina que los hijos incapacitados deben ser equiparados a los menores por ser también su interés el más necesitado de protección.

Por su parte, en la STS 17 julio 2015[26] se solicita por el progenitor la extinción de las pensiones alimenticias establecidas a favor de sus dos hijas, alegando como circunstancias la edad de las hijas, el tiempo transcurrido desde que se acordó la medida en el convenio regulador de 1998 y su inminente jubilación, lo que disminuiría sus ingresos. La sentencia del Juzgado estimó en parte la demanda y extinguió la pensión alimenticia de una de las hijas, dada su incorporación, aunque precaria,

taxativamente establece el art. 39 de la Constitución Española (STS 8 noviembre 2008).Esta obligación se prolonga más allá de la mayoría de edad de los hijos en aquellos casos como el presente en que un hijo discapacitado sigue conviviendo en el domicilio familiar y carece de recursos propios, al margen de que no se haya producido la rehabilitación de la potestad. Será la sentencia de incapacitación la que en su caso acordará esta rehabilitación de la potestad de ambos progenitores o de uno de ellos, pero hasta que dicha resolución no se dicte, continúa existiendo la obligación de prestar alimentos por parte de sus progenitores, al continuar residiendo con la madre y carecer de ingresos suficientes para hacer una vida independiente. En el segundo, la Convención sustituye el modelo médico de la discapacidad por un modelo social y de derecho humano que, al interactuar con diversas barreras, puede impedir la participación plena y efectiva del incapacitado en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás. Estamos ante una nueva realidad legal y judicial y uno de los retos de la Convención será el cambio de las actitudes hacia estas personas para lograr que los objetivos del Convenio se conviertan en realidad. Decir que el hijo conserva sus derechos para hacerlos efectivos en el juicio de alimentos, siempre que se den los requisitos exigidos en los arts. 142 y siguientes del Código Civil, no solo no responde a esta finalidad, sino que no da respuesta inmediata al problema. El problema existe al margen de que se haya iniciado o no un procedimiento de incapacitación o no se haya prorrogado la patria potestad a favor de la madre. La discapacidad existe, y lo que no es posible es resolverlo bajo pautas meramente formales que supongan una merma de los derechos del discapacitado que en estos momentos son iguales o más necesitados si cabe de protección que los que resultan a favor de los hijos menores, para reconducirlo al régimen alimenticio propio de los arts. 142 y siguientes del Código Civil como deber alimenticio de los padres hacia sus hijos en situación de ruptura matrimonial, conforme a lo dispuesto en el art. 93 CC, pues no estamos ciertamente ante una situación normalizada de un hijo mayor de edad o emancipado, sino ante un hijo afectado por deficiencias, mentales, intelectuales o sensoriales, con o sin expediente formalizado, que requiere unos cuidados, personales y económicos, y una dedicación extrema y exclusiva que subsiste mientras subsista la discapacidad y carezca de recursos económicos para su propia manutención, sin que ello suponga ninguna discriminación, (que trata de evitar la Convención), antes al contrario, lo que se pretende es complementar la situación personal por la que atraviesa en estos momentos para integrarle, si es posible, en el mundo laboral, social y económico mediante estas medidas de apoyo económico.

25 STS 10 octubre 2014 (ECLI ES.TS:2014:3937).

26 STS 17 julio 2015 (ECLI ES.TS:2015:3441).

al mercado laboral y la próxima jubilación del actor. Pero mantiene la prestación alimenticia en relación a la otra hija dada su situación personal, la enfermedad que le tiene en situación de alta hospitalaria, la minusvalía del 67% que padece, la no incorporación al mercado laboral y el carácter no desproporcionado de la pensión alimenticia. Para la Audiencia dichos alimentos deben mantenerse durante seis meses, tiempo suficiente para que puedan explorarse las vías de solución de atención a la hija mayor de edad, que jurídicamente es plenamente capaz. La sentencia reconoce que la hija de 27 años, padece una enfermedad que ha supuesto varios ingresos hospitalarios. Su largo historial médico revela una precaria salud. Padece, además, una minusvalía, pero, la situación de discapacidad de un hijo mayor de edad no determina por sí misma la extinción o la modificación de los alimentos que los padres deben prestarle en juicio matrimonial y deberán equipararse a los que se entregan a los menores mientras se mantenga la convivencia del hijo en el domicilio familiar y se carezca de recursos. Cabe aplicar tal doctrina en tanto que no consta declarada discapaz conforme al art. 200 CC, en relación con el art. 28 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de 13 de diciembre de 2006, que ha sido ratificada por España, reiterando como doctrina jurisprudencial la siguiente: la situación de discapacidad de un hijo mayor de edad no determina por sí misma la extinción o la modificación de los alimentos que los padres deben prestarle en juicio matrimonial y deberán equipararse a los que se entregan a los menores mientras se mantenga la convivencia del hijo en el domicilio familiar y se carezca de recursos.

A sensu contrario, para el caso de que no se cumplan ambos requisitos (como, por ejemplo, el hecho de que el hijo mayor con discapacidad pueda incorporarse a un trabajo y desempeñarlo), no cabría el mantenimiento de dicha pensión alimenticia, y en esa línea, cabe citar, la STS 13 diciembre 2017[27] en la que se reconoce que el hijo no solo pueda trabajar, sino que trabaja a pesar de la minusvalía física acreditada. Es más, no consta que esta situación haya influido en el desarrollo de su formación, como tampoco consta que no puede integrarse en el mundo laboral. En consecuencia, tal como acertadamente se argumenta en la misma, no todos y cada uno de los supuestos de minusvalía, física, mental, intelectual o

27 STS 13 diciembre 2017 (ECLI: ES: TS: 2017:4371). "Don Augusto interesó en juicio de divorcio la modificación de las medidas acordadas en procedimiento de separación matrimonial concluido mediante sentencia de 16 de febrero de 2016. En concreto, solicita la supresión o reducción de los alimentos fijados en el convenio regulador de separación a favor de su hijo, Augusto, en la actualidad mayor de edad, por importe de 200 euros mensuales, así como la contribución fijada para gastos extraordinarios. El demandante funda su petición en el hecho de que se encuentra afectado por incapacidad física para realizar su actividad laboral que le 13 de obliga a hacer frente a gastos farmacéuticos y tratamientos derivados de su enfermedad, y tiene además embargada la nómina de la cantidad de 200 euros por atrasos en el pago de los alimentos, por lo que carece de capacidad económica para pagar la pensión alimenticia fijada a favor de su hijo, que no cursa estudios de formación y que tiene ingresos propios trabajando como fotógrafo. La sentencia del juzgado estima la demanda y extingue los alimentos. Sostiene que el hijo cuenta en la actualidad 27 años de edad y cursa estudios para la obtención del grado de educación secundaria obligatoria para mayores de edad, sin obtener ningún resultado académico al no haberse presentado a ninguna de las asignaturas en las que se matriculó, no existiendo razón alguna que justifique la demora y tardanza en completar los estudios correspondientes a la enseñanza obligatoria".

sensorial, conllevan la misma solución, habrá que ofrecer una respuesta adaptada a las particulares circunstancias de las personas afectada por la minusvalía y valorar si son o no necesarios los apoyos.

En segundo lugar, para el caso de hijo mayor con sentencia judicial de incapacidad, cabe indicar que la incapacidad se determinaba por sentencia judicial, prorrogándose automáticamente la patria potestad de los progenitores con los que convivían los hijos mayores solteros. Ahora bien, cuando la sentencia de incapacidad se dictaba con anterioridad a la ruptura matrimonial lo habitual era que la patria potestad fuera ya otorgada a ambos padres. Si la sentencia de incapacitación era posterior a la ruptura del matrimonio, se debía regular al hijo mayor incapacitado de forma similar al hijo menor de edad, cuestiones tales, como la guarda y custodia, gastos y alimentos, y uso de vivienda, etc. en caso de inexistencia de acuerdo judicial[28].

Sin embargo, con la actual normativa, ya no cabe prorrogar automáticamente o rehabilitar la patria potestad sobre los hijos mayores con discapacidad ni se deben por lo tanto equiparar a hijos menores y, en consecuencia, negarles su capacidad jurídica, pues la postura jurisprudencial consolidada choca con el espíritu del Convenio de Nueva York y la propia Ley 8/2021, la cual considera a las personas mayor de edad con discapacidad titulares de cuantos derechos le ofrecen las leyes, para disfrutarlos en igualdad de condiciones que cualesquiera otros ciudadanos.

En consecuencia, tras la citada modificación, los requisitos exigidos para la obtención de pensión de alimentos del hijo mayor con discapacidad, cuáles son que conviva en el hogar familiar y carezca de recursos no han sufrido variación alguna. Si bien, la anterior doctrina de nuestro Tribunal equiparaba los hijos mayores de edad con discapacidad a los menores y establecía que dicha equiparación no era absoluta, con lo cual en última instancia había que acudir al estudio del supuesto concreto, lo cierto es, que con la Ley 8/2021, la actuación de los jueces va a ser incluso si cabe más relevante pues cada caso va a exigir un análisis particular de las circunstancias, especialmente las del alimentante y el alimentista con discapacidad, puesto que, si el hijo con discapacidad es capaz de trabajar a pesar de su discapacidad, no se cumpliría uno de los presupuestos del art. 93.2 CC, esto es, carecer de ingresos propios lo que conllevaría la extinción de la pensión de alimentos[29], tal como también se venía afirmando por nuestros Tribunales, y así a modo de ejemplo, la Sentencia de la Audiencia Provincial (SAP) de Málaga, Sección 6ª, 28 noviembre 2018, ha mantenido que por mucho que el hijo residiera con la madre, y por mucho que sufriera de esquizofrenia paranoide, enfermedad por la

28 Charlez Arán, C.: "Ruptura", cit. p. 57.

29 La cual no puede extinguirse en el caso de los hijos menores de edad, tal como acertadamente indica Echevarría De Rada, T.: "Alimentos de los hijos mayores de edad y mayores de edad con discapacidad en los procesos matrimoniales: situación actual", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario,* núm. 757, 2016, p. 2499.

que tiene reconocida por la Administración una minusvalía del 65%, además de no estar judicialmente declarado incapaz, gozaba de independencia económica, por lo que, no podía sostenerse que careciera de ingresos, y, por tanto, que no gozara de independencia económica, y con ello, que no se cumplían los presupuestos necesarios para establecer en sede del procedimiento matrimonial pensión alimenticia en favor del mismo[30].

Finalmente, respecto a los hijos mayores y en relación al uso de la vivienda y conforme al art. 149 CC[31], podría surgir la duda de si el obligado a prestar alimentos puede pagarlos en especie mediante la ocupación en su propia casa al que tiene derecho a ellos, la respuesta a esta cuestión se da en la STS 25 octubre 2016[32], la cual ha establecido de manera contundente la diferencia que, con respecto al uso de la vivienda y a la obligación alimenticia, existe entre mayores y menores de edad. En tal sentido, el Tribunal Supremo, afirma que ningún alimentista mayor de edad, cuyo derecho se regule conforme a lo dispuesto en lo arts. 142 y siguientes del Código Civil, tiene derecho a obtener parte de los alimentos que precise mediante la atribución del uso de la vivienda familiar, con exclusión del progenitor con el que no haya elegido convivir[33]. En dicha tesitura, la atribución del uso de la vivienda familiar ha de hacerse al margen de lo dicho sobre los alimentos que reciba el hijo o los hijos mayores, y por tanto, única y exclusivamente a tenor, no del párrafo 1º sino del párrafo 3 del art. 96 CC, por lo que, no cabría atribuir el uso de la vivienda al hijo mayor de edad pretendiendo con ello satisfacer la pensión de alimentos, sino que, como establece el citado precepto 149, será necesario que el obligado a prestarlos acoja al hijo mayor de edad en su domicilio y le mantenga en él[34]. Asimismo, para el caso de hijos mayores con discapacidad citar nuevamente el criterio que venía aplicando el Tribunal Supremo en la Sentencia 19 enero 2017, al afirmar que el interés superior del menor, que es el que inspira el art. 96 CC, no

30 APM 28 noviembre 2018 (ECLI:ES: APMA:2018:2268).

31 "El obligado a prestar alimentos podrá, a su elección, satisfacerlos, o pagando la pensión que se fije, o recibiendo y manteniendo en su propia casa al que tiene derecho a ellos.
Esta elección no será posible en cuanto contradiga la situación de convivencia determinada para el alimentista por las normas aplicables o por resolución judicial. También podrá ser rechazada cuando concurra justa causa o perjudique el interés del alimentista menor de edad".

32 STS 25 octubre 2016 (ECLI:ES:TS:2016:4640). "A diferencia de lo que ocurre con los hijos menores, la prestación alimenticia a favor de los mayores contemplada en el citado precepto, la cual comprende el derecho de habitación, ha de fijarse (por expresa remisión legal) conforme a lo dispuesto en los artículos 142 y siguientes del Código Civil […], y admite su satisfacción de dos maneras distintas, bien incluyendo a la hora de cuantificarla la cantidad indispensable para habitación o bien, recibiendo y manteniendo en su propia casa al que tiene derecho a ellos".

33 STS 5 diciembre 2019, (ECLI:ES:TS:2019:4021). Hija de unos 40 años, con minusvalía física del 87%, reclama a sus padres divorciados 800€ mensuales para gastos de mantenimiento y reforma de una VPO de su propiedad a fin de poder vivir de modo independiente respecto de los dos. La casación, con muy escueta fundamentación jurídica por considerar que el asunto carece de interés casacional, confirma la apelación que había revocado instancia y concede 271€ a cargo del padre (que no recurrió en casación) y 128€ a cargo de la madre; la hija demandante tenía rentas (su pensión de minusvalía) y patrimonio, y situación económica y personal de los progenitores era precaria; no entra a considerar el derecho de los padres a prestar alimentos en su propio domicilio.

34 Moraleda López V.: "Hijos mayores de edad: Casuística y Análisis Jurisprudencial", *TFM*, enero 2022, pp. 38 y 39.

es del todo equiparable al caso del hijo mayor de edad con discapacidad, ya que la protección que debe dirigirse a la persona con discapacidad debe ir orientada a la integración de su capacidad de obrar, mediante un sistema de apoyos orientado a una protección especial, según el grado de discapacidad. Y argumentaba que la atribución de uso tiene un marcado carácter limitado y temporal, de manera que prescindir de tal límite en el caso de hijos discapacitados o con la capacidad judicialmente modificada en razón a dicho gravamen o limitación sería contrario al art. 96 CC, y con ello, dejaría de estar justificada la limitación que este precepto prevé a otros derechos constitucionalmente protegidos, pues impondría al titular del inmueble una limitación durante toda su vida, que vaciaría de contenido económico el derecho de propiedad o, al menos, lo reduciría considerablemente, en la medida en que su cese estaría condicionado a que el beneficiario mejore o recupere su capacidad, o desaparezca su situación de dependencia y vulnerabilidad[35]. Consecuentemente, establece un límite de tres años del uso de la vivienda, y si una vez transcurrido dicho tiempo, la hija con discapacidad no tuviera cubiertas sus necesidades, es cuando entraría en juego la obligación de alimentos de sus progenitores. Conforme a la nueva redacción del citado precepto, todo parece indicar que la línea mantenida en la reforma ha sido la ya consolidada en nuestra jurisprudencia, por lo que no cabe una atribución de uso indefinida, sino que debe existir una clara conexión entre la situación de discapacidad y la necesidad de mantener la vivienda como hogar familiar, de forma que la fijación del plazo estará en relación directamente proporcional con la intensidad de la necesidad[36].

De todo lo anterior, y a pesar de la nueva Ley 8/2021, nuestro derecho sustantivo, concretamente su art. 93.2 CC no ha sufrido modificación alguna, por lo que a mi entender debe mantenerse y compartirse la consolidada doctrina jurisprudencial anterior a la reforma que establecía que los alimentos que deben dar los progenitores a los hijos mayores con discapacidad, deben equipararse a los que correspondan a los hijos menores mientras se mantenga la convivencia en el

35 STS 19 enero 2017 (ECLI:ES:TS:2017:113). "Una cosa es que se trate de proteger al más débil o vulnerable y otra distinta que en todo caso haya que imponer limitaciones al uso de la vivienda familiar en los supuestos de crisis matrimonial, cuando hay otras formas de protección en ningún caso discriminatorias. Los hijos, menores y mayores, con o sin discapacidad, son acreedores de la obligación alimentaria de sus progenitores. Con la mayoría de edad alcanzada por alguno de ellos el interés superior del menor como criterio determinante del uso de la vivienda decae automática y definitivamente, y los padres pasan a estar en posición de igualdad respecto a su obligación conjunta de prestar alimentos a los hijos comunes no independientes, incluido lo relativo a proporcionarles habitación (art 142 CC). En lo que aquí interesa supone que una vez transcurridos esos tres años y finalizada la atribución del uso de la vivienda familiar a la esposa e hija, la atención a las necesidades de vivienda y alimentos a la hija deberá ser satisfecha, si no pudiera atenderlos por sí misma, mediante la obligación de alimentos de los progenitores. El alcance del deber alimenticio de cada uno, transcurrido el tiempo de uso de la vivienda familiar a la esposa e hija, estará en función de los recursos y medios del alimentante y de las necesidades del alimentista, así como de la posibilidad de prestarlos".

36 Guilarte Martín-Calero, C.: "Comentario al artículo 96 CC", en Guilarte Martín-Calero, C. (dir): Comentarios a la Ley 8/2021 por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad, Aranzadi, Navarra, 2021, p. 158.

domicilio familiar y carezcan de ingresos propios, si bien no de modo absoluto[37], pues cuando no se cumplan ambos requisitos, como por ejemplo, puede ser el desempeño de un trabajo ya no cabría por ende el mantenimiento de dicha pensión alimenticia. Sin embargo, tras la nueva redacción del art. 96 CC y en relación a los hijos mayores con discapacidad, se puede concluir que tampoco se les debe atribuir un uso automático e indefinido del domicilio, por ser personas con discapacidad, habrá que analizar las circunstancias particulares de cada caso enjuiciado, teniendo en cuenta las circunstancias de las personas afectadas por algún tipo de discapacidades, cuidados, dedicación, necesidades, etc., debiendo, en base a lo anterior, establecer un plazo proporcional a las mismas.

37 Chaparro Matamoros, P: "La subsistencia de la pensión de alimentos en el caso de un hijo discapacitado mayor de edad. Comentario a la STS núm. 372/2014, de 7 de julio (RJ 2014, 3540)", *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 1, agosto 2014, pp. 105- 112.

BIBLIOGRAFÍA

Campo Izquierdo, A. L.: "Alimentos en hijos mayores de edad. Art. 93. 2 Código Civil", *Actualidad Civil*, núm. 4, abril, 2022.

Chaparro Matamoros, P.: "La subsistencia de la pensión de alimentos en el caso de un hijo discapacitado mayor de edad. Comentario a la STS núm. 372/2014, de 7 de julio (RJ 2014, 3540)", *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 1, agosto 2014.

Charlez Arán, C.: "Ruptura del matrimonio con hijos discapacitados", *Academia Aragonesa de jurisprudencia y legislación*, 22 diciembre 2020, p. 11.

Echevarría de Rada, T.: "Alimentos de los hijos mayores de edad y mayores de edad con discapacidad en los procesos matrimoniales: situación actual", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario,* núm. 757, 2016.

Guilarte Martín-Calero, C.: "Comentario al artículo 96 CC", *en* Guilarte Martín-Calero, C. (dir.): *Comentarios a la Ley 8/2021 por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad,* Aranzadi, Navarra, 2021.

Martínez de Aguirre, C.: *El Tratamiento jurídico de la discapacidad psíquica: Reflexiones para una reforma legal*, Thomson Reuters, Aranzadi, Cizur Menor, Navarra, 2014.

Martínez Rodríguez, N: "Discapacidad y Derecho de Familia. Nuevos principios nuevas normas", en Llamas Pombo, E., Martínez Rodríguez, N. y Toral Lara, E. (dirs.): *El nuevo Derecho de las capacidades*, La Ley, Madrid, 2022.

Moraleda López, V.: "Hijos mayores de edad: Casuística y Análisis Jurisprudencial", *TFM*, enero 2022.

EL DERECHO DE VISITA RESPECTO DE LOS HIJOS EMANCIPADOS O MAYORES DE EDAD QUE PRECISEN APOYO EN LA TOMA DE DECISIONES

THE RIGHT TO VISIT WITH EMANCIPATED CHILDREN AND CHILDREN OF LEGAL AGE REQUIRING DECISION-MAKING SUPPORT

Rev. Boliv. de Derecho Nº 34, julio 2022, ISSN: 2070-8157, pp. 350-371

Celia PRADOS GARCÍA

ARTÍCULO RECIBIDO: 11 de mayo de 2022
ARTÍCULO APROBADO: 15 de junio de 2022

RESUMEN: Con este trabajo se persigue analizar la reforma del artículo 94 del Código Civil, relativo al derecho de visita y comunicación respecto de los hijos, llevada a cabo por la Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo de las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica (LAPCD). En concreto, nos ocuparemos del derecho de visita respecto de los hijos con discapacidad mayores de edad o emancipados que precisen de apoyos en la toma de decisiones.

PALABRAS CLAVE: Derecho de visita; hijos; capacidad jurídica; discapacidad; apoyos.

ABSTRACT: *This work analyses the reform of Article 94 of the Civil Code on visitation and communication rights with children, amended by Law 8/2921, of 2 June, which reforms civil and procedural legislation to support people with disabilities in the exercise of their legal capacity. Specifically, we focus on the visitation rights regarding adult disabled or emancipated children who require decision-making support.*

KEY WORDS: *Visitation rights; children; legal capacity; disability; support measures.*

SUMARIO.- I. INTRODUCCIÓN.- II. EL DERECHO DE VISITA Y COMUNICACIÓN.- 1. El derecho de visita y comunicación respecto de los hijos menores de edad.- 2. El derecho de visita y comunicación respecto de los hijos emancipados o mayores de edad que precisen apoyo en la toma de decisiones.- III. CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN.

La Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad (CDPD), aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 13 de diciembre de 2006, marcó un hito al abordar la discapacidad desde un nuevo enfoque, el de los derechos humanos[1]. La CDPD conlleva un cambio de paradigma en el tratamiento jurídico de la discapacidad al desarrollar un modelo social que persigue la participación plena y efectiva de la persona con discapacidad en la sociedad. Este modelo entiende la discapacidad como una circunstancia en la que las restricciones personales no tienen su origen en las características de la persona, sino en la propia sociedad que no tiene en cuenta la situación de estas personas, generando barreras que las excluyen y discriminan.

En aplicación de este nuevo modelo social la CDPD hace especial hincapié en la autonomía y libertad de las personas para la toma de decisiones. Así lo determina al establecer que la elección de los planes de vida no puede verse restringida por la discapacidad. En el art. 12 CDPD se recoge el derecho al igual reconocimiento ante la ley, siendo considerado este artículo como el eje sobre el que se articula el modelo social de la discapacidad. El artículo reafirma el reconocimiento de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad, establece la presunción de capacidad e insta a los Estados Partes a reconocer la capacidad para obligarse de todas las personas mayores de edad, sin distinción por razón de discapacidad alguna. También ordena a los Estados a adoptar las medidas de apoyo necesarias para garantizar el ejercicio efectivo de la capacidad jurídica. Dichos apoyos deben respetar la libre voluntad de la persona con discapacidad, así como los principios de necesidad y proporcionalidad.

Este planteamiento supone un cambio sustancial en el enfoque de la discapacidad, pues supera el modelo de protección que excluía la voluntad en las decisiones de la persona, e instituye un modelo de protección basado en la

1 Para el texto vigente en España. *Instrumento de Ratificación de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, hecho en Nueva York el 13 de diciembre de 2006*. BOE núm. 96, 21 de abril de 2008.

• Celia Prados García
Doctora por el Programa de Ciencias Sociales Aplicadas de la Universidad de Granada (2015), tras estudiar el Máster en Estudios Migratorios, Desarrollo e Intervención Social (2007) y Derecho (2005). Obtuvo el Premio a Mejor Tesis de Derecho Público por la Real Academia de Legislación y Jurisprudencia de Granada (2017). Desde 2018 es Profesora Ayudante Doctora de Derecho Civil en la Universidad de Córdoba. Principales líneas de investigación: derecho de la persona, derecho de familia e historia del derecho y de las instituciones. Correo-e: cprados@uco.es.

autonomía[2]. Este cambio de enfoque declara obsoletos la mayoría de los sistemas europeos en materia de capacidad jurídica y obliga a los Estados Partes a una reforma legislativa que debe concentrarse en el respeto a la voluntad y en ofrecer las medidas de apoyo necesarias para que las personas con discapacidad puedan ejercitar su capacidad jurídica[3].Sin embargo, esto no fue un obstáculo para la firma del tratado y la CDPD recibió una amplia acogida por la comunidad internacional. De hecho, se dice que ninguna convención de las Naciones Unidas ha recibido un número tan elevado de signatarios en el día de su apertura a la firma[4]. No obstante, una vez ratificada la Convención, la mayoría de los Estados Partes encontraron dificultades en la aplicación del art. 12 CDPD. Hasta tal punto, que el Comité sobre los derechos de las personas con discapacidad (Comité, en adelante), órgano de expertos que supervisa e interpreta la aplicación de la Convención, tuvo que pronunciarse a través de su Observación General Primera. El Comité, con la finalidad de promover la aplicación del art. 12, insistió en que la capacidad jurídica abarca tanto la titularidad de los derechos como la legitimación para ejercitarlos. Sin embargo, esta cuestión no estaba siendo interpretada correctamente por parte de los Estados. El art. 12 CDPD significa que los distintos ordenamientos jurídicos deben reconocer y garantizar el derecho de las personas con discapacidad a tomar sus propias decisiones, también cuando éstas tengan trascendencia jurídica[5]. Esto debe reflejarse no solo en el reconocimiento de titularidad de derechos, sino que debe garantizarse su derecho a contraer matrimonio, votar, comprar, vender, pedir un préstamo, ejercer la patria potestad, etc., en las mismas condiciones que las demás personas. Dicho reconocimiento implica, a su vez, la derogación del sistema de sustitución de la voluntad, que respondía a un modelo que decidía por las personas con discapacidad, sin necesidad de contar con ellas.

Desde la ratificación de la CDPD, el Estado español ha venido adaptando el ordenamiento jurídico interno al tratado internacional[6]. Sin embargo, el proyecto

2 Comité De Bioética De España, *Informe del Comité de Bioética de España sobre la necesidad de adaptar la legislación española a la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad,* Madrid, 2017.

3 Comisionado para los Derechos Humanos, *¿Quién debe decidir? Derecho a la capacidad jurídica de las personas con discapacidad intelectual y psicosocial,* Estrasburgo, 2012.

4 NN.UU. Personas con Discapacidad. Departamento de Asuntos Económicos y Sociales. Disponible en: https://www.un.org/development/desa/disabilities-es/convencion-sobre-los-derechos-de-las-personas-con-discapacidad-2.html (Consultado el 02/02/2022).

5 García Rubio, M. P.: "Contenido y significado general de la reforma civil y procesal en materia de discapacidad", *SEPIN. Familia y sucesiones: cuaderno jurídico*, núm. 136, 2021.

6 Ley 18/2011, de 5 de julio, reguladora del uso de las tecnologías de la información y la comunicación de la Administración de Justicia. Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil. Ley 26/2011, de 1 de agosto, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los Derechos de las personas con discapacidad. Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social. Ley Orgánica 1/2015 que modifica el Código Penal, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. Ley Orgánica 1/2017, de 13 de diciembre, de 13 de diciembre, de modificación de la Ley Orgánica 5/1995, de 22 de mayo, del Tribunal del Jurado, para garantizar la participación de las personas con discapacidad sin exclusiones. Ley 2/2018, de 5 de diciembre, para la modificación de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen General Electoral para garantizar el derecho de sufragio de todas las personas con discapacidad. LO 3/2018, de 5 de diciembre, Protección de datos personales y garantía de

central que adapta el Derecho interno al art. 12 CDPD ha venido de la mano de la ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica (LAPCD). La nueva regulación persigue un modelo que garantice el respeto a la voluntad, deseos y preferencias de la persona con discapacidad, garantizándose los apoyos precisos en el proceso de toma de decisiones. En palabras de María Paz García Rubio nos encontramos ante una reforma radical, transversal y compleja[7]. El nuevo concepto de capacidad resulta casi revolucionario, al prescindirse de la tradicional distinción entre capacidad jurídica y capacidad de obrar; es decir, reconoce conjuntamente la capacidad de ser titular de derechos y obligaciones y la de ejercer derechos y obligaciones, conforme a la Convención. Esto supone dejar que sea ella misma quien decida y actúe, ofreciéndole los apoyos que precise. Este cambio radical conlleva la desaparición del modelo de la sustitución en la toma de decisiones y el desarrollo normativo de un régimen de provisión de apoyos que garantice el ejercicio de la capacidad jurídica. Además, la reforma civil en materia de discapacidad tiene carácter transversal porque afecta a todo el ordenamiento jurídico. Así, reforma la Ley del Notariado, la Ley Hipotecaria, la Ley del Registro Civil, la Ley de Enjuiciamiento Civil, la Ley de Jurisdicción Voluntaria y, muy especialmente, el Código Civil. Si bien quedan muchas otras normas pendientes de modificación y adaptación a la CDPD. La LAPCD implanta un modelo que elimina la incapacitación y otorga preferencia a las medidas voluntarias, es decir, las elegidas por la propia persona, al tiempo que regula un régimen jurídico de provisión de apoyos.

A pesar de que la ley no ha tenido la difusión deseada, en el ámbito académico está siendo objeto de estudio por un amplio sector de la doctrina[8]. Para un grupo de autoras la reforma es insuficiente, pues han quedado sin resolver cuestiones

los Derechos digitales. Ley Orgánica 2/2020, de 16 de diciembre, de modificación del Código Penal para la erradicación de la esterilización forzada o no consentida de personas con discapacidad incapacitadas judicialmente. Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica.

7 García Rubio, M. P.: "Contenido y significado general de la reforma civil y procesal en materia de discapacidad", cit.

8 AA.VV.: *Comentario articulado a la reforma civil y procesal en materia de discapacidad* (dir. por M. P. García Rubio y M. J. Moro Almaraz), Thomson Reuters-Civitas, 2022. de Salas Murillo, S.: "La reforma de la legislación civil para el apoyo a las personas con discapacidad en materia de obligaciones y contratos", *Diario La Ley*, núm. 9841, 2021. De Verda y Beamonte, J. R.: "Primeras resoluciones judiciales aplicando la Ley 8/2021, de 2 de junio en materia de discapacidad", *Diario La Ley*, núm. 10021, 2022. García Rubio, M. P.: "Contenido y significado general de la reforma civil y procesal en materia de discapacidad", cit. García Rubio, M.P., Segarra Crespo, M. J., Cerrada Loranca, C., Labrador Gimeno, I., De Prada Rodríguez, M., Fuster Blay, M., Perea González, A.: "Diálogos para el futuro judicial XXXVI. La Ley 8/2021, de 2 de junio, y la reforma de la capacidad civil", *Diario La Ley,* núm. 9980, 2021. Guilarte Martín-Calero, C.: "Se da nueva redacción al artículo 94 CC", en AA.VV.: *Comentarios a la ley 8/2021 por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad*, (dir. por C. Guilarte Martín-Calero, C.) Aranzadi Thomson Reuters, 2021, pp. 145-150. Leciñena Ibarra, A.: "Reflexiones sobre la formación de la voluntad negocial en personas que precisan apoyos en el ejercicio de su capacidad jurídica", *Revista de Derecho Civil*, vol. IX, núm.1, enero-marzo 2022, pp. 257-293. Sánchez Hernández, A.: "Aspectos generales de la reforma del Código Civil relativa a las personas con discapacidad intelectual en el ejercicio de su capacidad jurídica", *Revista Boliviana de Derecho,* núm. 33 (2022), pp.14-51.

que afectan a derechos fundamentales[9]. Para otros es excesiva, incluso un poco imprudente, pues piensan que la Convención de Nueva York no obliga en esos términos[10]. Incluso un sector de la doctrina defiende los conceptos civiles clásicos del modelo sustitutivo de la voluntad[11], considera que el nuevo modelo puede desproteger a las personas con discapacidad[12] e incluso que el modelo anterior era compatible con el tratado internacional[13].

Desde el ámbito del Derecho civil, la reforma incide en el Derecho de obligaciones y contratos, en el Derecho de sucesiones y, especialmente, en el Derecho de familia. Así, destaca la nueva redacción de los arts. 81 y 82 CC que sustituye la expresión hijos con "capacidad modificada judicialmente" por la de hijos "mayores respecto de los que se hayan establecido judicialmente medidas de apoyo". Se añade un nuevo párrafo al art. 91 CC relativo al establecimiento de medidas de apoyo en las sentencias de nulidad, separación o divorcio, cuando existan hijos comunes mayores de dieciséis años que se hallasen en situación de necesitarlas. Se ha suprimido del art. 171 CC relativo a la patria potestad prorrogada y rehabilitada, por no adaptarse al sistema de promoción de la autonomía de las personas adultas con discapacidad[14]. Si bien, en esta ocasión, nos ocuparemos exclusivamente del estudio de la adaptación del art. 94 CC que regula el derecho de visitas respecto de los hijos menores de edad, así como de los hijos emancipados y mayores de edad con discapacidad. Por el contrario, no nos ocuparemos en este trabajo de los párrafos IV y V añadidos al art. 94 CC, por considerar que esta reforma va más allá del objetivo de la LAPCD, de adaptación del ordenamiento jurídico español a las exigencias derivadas de la CDPD. Un sector de la doctrina considera que su inclusión responde a "motivos de oportunidad política y necesaria sincronización" con la tramitación paralela de la Ley Orgánica

9 Torres Costa, M. E.: *La capacidad jurídica a la luz del artículo 12 de la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad,* Boletín Oficial del Estado, 2020. Prados García, C.: "Reforma civil y penal en materia de capacidad jurídica y derechos reproductivos", *Anales de Derecho y Discapacidad, Revista científica de Derecho de la Discapacidad, vol. VII* (en prensa).

10 Martínez De Aguirre, C.: "La observación general primera del Comité de las Personas con Discapacidad: ¿interpretar o corregir?, en AA.VV.: *Un nuevo derecho para las personas con discapacidad* (dir. por G. Cerdeira Bravo De Mansilla y L. B. Pérez Gallardo), Dykinson, Madrid, 2021, pp. 85-112.

11 Gómez-Linacero Corraliza, A.: "Análisis crítico de los fundamentos de la Ley 8/2021, de 2 de junio, en materia de discapacidad", *Diario La Ley,* núm. 10006, 2022.

12 Duplá Marín, M.T.: "Consideraciones en torno al alcance y la interpretación de la nueva "capacidad jurídica" de las personas con discapacidad introducida por la Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica", *Revista Crítica de Derecho inmobiliario*, núm. 788, 2021, pp. 3768 a 3794.

13 Arnau Moya, F.: "Aspectos polémicos de la ley 8/2021 de medidas de apoyo a las personas con discapacidad", *Revista Boliviana de Derecho,* núm. 33 (2022), pp. 534-573.

14 Sobre la supresión de la patria potestad prorrogada y rehabilitada se han pronunciado: Prados García, C.: "Adaptación del Código Civil al nuevo modelo de la discapacidad. La supresión de la patria potestad prorrogada y rehabilitada", *Actualidad Civil,* núm. 11, 2021. Tortajada Chardí, P.: "La patria potestad prorrogada y la patria potestad rehabilitada en el nuevo proyecto de ley de reforma de la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad (actual ley 8/2021)", *Revista Boliviana de Derecho,* núm. 32, julio, 2021, pp. 236-251, aunque este último lo hace desde el modelo del "mejor interés" de la persona con discapacidad.

8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia (LOPIAV)[15]. Tampoco será objeto de estudio la incorporación del art. 94 bis por la Ley 17/2021, de 15 de diciembre, de modificación del Código Civil, la Ley Hipotecaria y la Ley de Enjuiciamiento Civil, sobre el régimen jurídico de los animales, pues excede del objeto de estudio de este trabajo[16].

Una vez expuesto brevemente el objetivo de la ley 8/2021, estructuraremos el trabajo en dos bloques. De una parte, se abordará el estudio del derecho de visita respecto de los hijos menores de edad. De otra, se analizará el derecho de visita de los hijos emancipados y mayores de edad que precisen apoyo en la toma de decisiones. En especial, se reflexionará críticamente sobre el nuevo tenor del art. 94 CC desde el enfoque social de la discapacidad y sobre si éste es acorde con el art. 12 CDPD.

II. EL DERECHO DE VISITA, COMUNICACIÓN Y ESTANCIA.

1. El derecho de visita, comunicación y estancia respecto de los hijos menores de edad.

El derecho de visita, comunicación y estancia de los menores de edad, también llamado usualmente derecho de visita[17], está regulado en el Título IV del Libro I del Código Civil, concretamente en el capítulo IX bajo la rúbrica "De los efectos comunes a la separación, nulidad y divorcio" (art. 94 CC) y en el Título VIII, en

15 Quizás la mayor y más impactante novedad de la nueva redacción del art. 94 CC. Novedad que a todas luces está desconectada de la adaptación del ordenamiento jurídico interno a la CDPD y que, por el contrario, ha de ligarse a la reforma del art. 544 *ter* LECrim -insertada a través de la LOPIAV. En dichos párrafos se inserta la prohibición o suspensión del régimen de visitas o estancia "respecto del progenitor que esté incurso en un proceso penal iniciado por atentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual del otro cónyuge o sus hijos. Tampoco procederá cuando la autoridad judicial advierta, de las alegaciones de las partes y las pruebas practicadas, la existencia de indicios fundados de violencia doméstica o de género" (art. 94 CC). En: Otero Crespo, M.: "Artículo 94 CC", en AA.VV.: *Comentario articulado a la reforma civil y procesal en materia de discapacidad* (dir. por M. P. García Rubio y M. J. Moro Almaraz), Civitas, 2022, pp. 125-129. Véase también el pronunciamiento de Juan Luis Ortega Calderón, Fiscal Decano de la Sección Territorial Ocaña de la Fiscalía Provincial de Toledo, sobre la reforma del art. 94 CC: Ortega Calderón, J. L.: "La suspensión del régimen de visitas, comunicaciones y estancias al amparo del art. 94 CC tras la reforma de la Ley 8/2021 de 2 de junio", *Diario la ley*, núm. 9892 (15 julio 2021).

16 Art. 94 *bis* CC: La autoridad judicial confiará para su cuidado a los animales de compañía a uno o ambos cónyuges, y determinará, en su caso, la forma en la que el cónyuge al que no se le hayan confiado podrá tenerlos en su compañía, así como el reparto de las cargas asociadas al cuidado del animal, todo ello atendiendo al interés de los miembros de la familia y al bienestar del animal, con independencia de la titularidad dominical de este y de a quién le haya sido confiado para su cuidado. Esta circunstancia se hará constar en el correspondiente registro de identificación de animales.

17 Juan Montero Aroca sostiene que la tradicional denominación "derecho de visita" resulta inapropiada por considerarla insuficiente en tanto el derecho de relacionarse (art. 160 CC) implica tres dimensiones: la visita, la comunicación y la compañía. Montero Aroca, J.: *El derecho de visita en los procesos matrimoniales. La aplicación práctica del art. 94 CC*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002. También se pronuncia sobre esta cuestión Linacero de la Fuente, al considerar que el término "derecho de visita es demasiado pobre y restrictivo para entender comprendidas la profundidad y las implicaciones que conllevan el contacto, las estancias, las comunicaciones y las relaciones afectivas e intelectuales entre los hijos y los padres (o, en su caso, otros parientes y allegados)". Véase: Linacero de la Fuente, M. (coord.): *Tratado de Derecho de familia. Aspectos sustantivos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021.

el marco de las relaciones paterno-filiales (desarrollado en los arts. 160 y 161 CC). De tal forma que este derecho se entiende aplicable cuando se trata de un proceso dirigido a determinar los efectos derivados de la ruptura de la convivencia de una pareja de hecho o en cualquier otro supuesto en que haya tenido lugar la filiación extramatrimonial.

Sobre el derecho de visita el art. 94 CC establece que:

"la autoridad judicial determinará el tiempo, modo y lugar en que el progenitor que no tenga consigo a los hijos menores podrá ejercitar el derecho de visitarlos, comunicar con ellos y tenerlos en su compañía".

Este derecho permite al progenitor que no tiene la guarda y custodia del hijo menor de edad atender a su deber de velar por los hijos menores y relacionarse con ellos. El régimen de visitas debe fijarse igualmente en los supuestos de guarda y custodia compartida, indicándose el régimen que corresponde a cada progenitor durante el tiempo en que se suspende la convivencia. Sin embargo, corresponde a la autoridad judicial determinar cómo se llevará a cabo el derecho de visita, comunicación y estancia, incluso cuando no exista expresa petición de parte sobre esta materia. Siendo posible que la sentencia fije un régimen diferente al solicitado por el actor o al acordado por las partes. De forma que la concreción del derecho queda en manos de la interpretación de los tribunales en atención a las circunstancias de cada caso.

El art. 94 CC fue introducido por la Ley 30/1981, de 7 de julio, por la que se modifica la regulación del matrimonio en el Código Civil y se determina el procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio. La aprobación del divorcio requería de una reforma radical del Derecho de familia, que entonces debía regular las relaciones del cónyuge no custodio con los hijos menores. Desde entonces, el art. 94 CC ha venido regulando el derecho de los progenitores a visitar y comunicarse con los hijos que no convivían con ellos. Según la redacción de 1981 el progenitor que no tuviese consigo a los "hijos menores o incapacitados gozará del derecho de visitarlos, comunicar con ellos y tenerlos en su compañía"[18]. De tal forma que el precepto equiparaba a los hijos "incapacitados" (terminología ya arcaica) con los hijos menores de edad. No obstante, el derecho de visita podía ser limitado o suspendido si se daban graves circunstancias que lo aconsejasen o "se incumplieren grave o reiteradamente los deberes impuestos por la resolución judicial"[19].

18 Modificado por el art. 1 de la Ley 30/1981, de 7 de julio, por la que se modifica la regulación del matrimonio en el Código Civil y se determina el procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio. BOE-A-1981-16216.

19 Modificado por el art. 1 de la Ley 30/1981, de 7 de julio, por la que se modifica la regulación del matrimonio en el Código Civil y se determina el procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio. BOE-A-1981-16216

En base a lo expuesto hasta ahora, puede apreciarse la configuración inicial de un derecho formulado a favor del progenitor no conviviente con los hijos. Así se desprendía del art. 161 CC, que también fue introducido por la ley 11/1981:

"el padre y la madre, aunque no ejerzan la patria potestad, tienen el derecho de relacionarse con sus hijos menores, excepto con los adoptados por otro de manera plena o conforme a lo dispuesto en resolución judicial"[20].

Sin embargo, los cambios sociales acontecidos a lo largo de los últimos treinta años, han incidido en la situación de los menores y en la mejora de los instrumentos de protección jurídica de la infancia. Especialmente para dar cumplimiento al art. 39 CE en lo relativo a la protección social, económica y jurídica de la familia, el deber de asistencia de los padres a los hijos, así como la protección de los derechos niños prevista en los acuerdos internacionales.

El 30 de noviembre de 1990 España ratificaba la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, de 20 de noviembre de 1989. El tratado internacional reconoce en su art. 9.3 el derecho de visitas de los hijos menores de edad al establecer que:

"los Estados Partes respetarán el derecho del niño que esté separado de uno o de ambos padres a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular, salvo si ello es contrario al interés superior del niño" [21].

En este mismo sentido el art. 14 de la Carta Europea de los Derechos del Niño, aprobada por el Parlamento Europeo en Resolución de 18 de julio de 1992, además de solicitar a los Estados miembros que se adhieran sin reservas a la Convención sobre los derechos del Niño de 1989, recoge el derecho de los menores a relacionarse con los progenitores en caso de separación o divorcio. Igualmente, cabe señalar el art. 24.3 de la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea que recoge el derecho de relación de los menores con sus progenitores. De esta forma, la necesaria integración del ordenamiento jurídico interno a los instrumentos jurídicos internacionales sobre protección de menores, han llevado al reconocimiento del derecho de visita como un derecho básico del menor, salvo que en razón a su propio interés tuviera que acordarse otra cosa[22].

20 Modificado por el art. 2 de la Ley 11/1981, de 13 de mayo, de modificación del Código Civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio. BOE-A-181-11198.
El art. 4 de la ley 21/1987, de 11 de noviembre, por la que se modifican determinados artículos del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de adopción, dotó de contenido al art. 160 CC, que había sido suprimido en 1981: "El padre y la madre, aunque no ejerzan la patria potestad, tienen el derecho de relacionarse con sus hijos menores, excepto con los adoptados por otro o conforme a lo dispuesto en resolución judicial". Ley 21/1987, de 11 de noviembre, por la que se modifican determinados artículos del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de adopción. BOE-A-1987-25627.

21 BOE núm. 313 de 31 de diciembre de 1990, pp. 38897 a 38904.

22 STS 11 febrero 2011 (ROJ: STS 505/2011).

La primera modificación del derecho de visita en nuestro ordenamiento jurídico interno vino de la mano de la ley 42/2003, de 21 de noviembre, de modificación del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de relaciones familiares de los nietos con los abuelos. La ley añadió un segundo párrafo al art. 94 CC, en el contexto del derecho de visita y comunicación de los nietos con los abuelos. De esta forma, se interpreta ampliamente el derecho de visita y comunicación a otros parientes más allá del progenitor no guardador[23]. Además de incorporarse que, en todo caso, se tendrá siempre presente el interés del menor.

En cualquier caso, en la práctica judicial el derecho de visita se venía interpretando como un derecho-deber del progenitor apartado de los hijos y, a la vez, como un derecho de los hijos a comunicar con el progenitor y a estar en su compañía con la finalidad de mantener una recíproca relación afectiva. Aunque hubo que esperar hasta el año 2015 para encontrar un cambio sustancial en la regulación del derecho de visita respecto de los hijos menores de edad. La LO 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la Infancia y a la Adolescencia, modificó el art. 2 de la LO 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor (LOPJM), con el propósito de trasladar el contenido de la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989. La Convención recoge entre otros principios la regla del *best interests of the child*. Regla que ha sido traducida, sin demasiada precisión, por el de "interés superior del menor"[24]. En consecuencia, el art.2 LOPJM quedaba redactado de la siguiente forma:

"todo menor tiene derecho a que su interés superior sea valorado y considerado como primordial en todas las acciones y decisiones que le conciernan, tanto en el ámbito público como privado. En la aplicación de la presente ley y demás normas que le afecten, así como en las medidas concernientes a los menores que adopten las instituciones, públicas o privadas, los Tribunales, o los órganos legislativos primará el interés superior de los mismos sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir".

El Comité de los derechos del niño sostiene que el interés del menor tiene una triple dimensión: como derecho sustantivo, como principio jurídico interpretativo

23 El Tribunal Supremo atribuyó a una mujer la guarda y custodia de su sobrina tras la muerte de su madre, quedando fijado un régimen de visitas progresivo para el padre, de acuerdo con el informe psicosocial y el Ministerio Fiscal. STS 14 septiembre 2018 (ROJ: STS 3154/2018). Un sector de la doctrina ha venido considerando que los titulares de este derecho-deber son el cónyuge no guardador y los hijos menores, al considerar que la relación con otros parientes no es equiparable a la relación paterno-filial. Véase: Marín López, M. J.: "Artículo 94", *Comentarios al Código Civil* / Bercovitz Rodríguez-Cano, Rodrigo (coord.), Aranzadi, 2013.

24 García Rubio, M. P.: "¿Qué es y para qué sirve el interés del menor?", *Actualidad jurídica iberoamericana*, núm. 13, 2020 (Ejemplar dedicado a: El interés superior del menor en la experiencia jurídica latina), pp. 14-49. Varela Castro, I.: "El interés del menor como derecho subjetivo. Especial referencia a la capacidad para contratar del menor", *Boletín del Ministerio de Justicia*, mayo 2016, pp. 3-61.

fundamental y como norma de procedimiento[25]. Así, la LO 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, incorpora definitivamente esta dimensión múltiple del interés del menor. En primer lugar, como un derecho sustantivo, pues cuando se adopte una medida que concierna al menor sus intereses han de ser evaluados y ponderados en caso de que existan otros. En segundo lugar, es un principio general de carácter interpretativo que debe responder a los intereses del menor. En tercer y último lugar, se considera este principio como una norma de procedimiento. Además, el preámbulo de la ley establece como finalidad del interés superior del menor: "asegurar el respeto completo y efectivo de todos los derechos del menor, así como su desarrollo integral". En consecuencia, la interpretación del derecho de visita respecto de los hijos menores, debe tener en cuenta el interés superior del menor como una consideración primordial: la elección de la interpretación que satisfaga de manera más efectiva el interés del menor y la estimación de las posibles repercusiones de la decisión en el niño[26]. En cuanto a la dimensión del interés del menor como norma de procedimiento, está fuertemente relacionada con el derecho del niño a manifestar su opinión en todos los asuntos que le afecten, tal y como figura en el art. 12 de la Convención[27].

La LO 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia puso de manifiesto, casi veinte años después desde la aprobación del tratado internacional, la incidencia de los cambios sociales en la mejora de los instrumentos de protección jurídica de los menores de edad. En este sentido, el art. 9 desarrolla el derecho fundamental del menor a ser oído y escuchado, debiendo ser tenida en cuenta su voluntad[28]. En cualquier caso, la autoridad judicial debe tener en cuenta la voluntad del menor, así como su desarrollo psicológico y madurez en la toma de decisiones relativa al derecho de visita, debiendo razonar la decisión de apartarse de lo manifestado por el menor[29]. En este sentido, el Tribunal Supremo ha reiterado en sus sentencias que el interés del menor es la:

"suma de varios factores que tienen que ver no solo con las circunstancias personales de sus progenitores y las necesidades afectivas de los hijos tras la ruptura, sino con otras circunstancias personales, familiares, materiales, sociales y

25 ONU: Comité de los Derechos del Niño (CRC), *Observación general núm. 14 (2013) sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1)*, 29 Mayo 2013, CRC /C/GC/14, disponible en esta dirección: https://www.refworld.org.es/docid/51ef9aa14.html [Accesado el 26 Abril 2022]

26 García Rubio, M. P.: "¿Qué es y para qué sirve el interés del menor?", cit., pp. 14-49.

27 García Rubio, M. P.: "¿Qué es y para qué sirve el interés del menor?", cit.

28 Sobre la aplicación automática de criterios de edad para excluir el acto de escucha se ha pronunciado María Isabel de la Iglesia Monge, considerándola improcedente. De La Iglesia Monje, M. I.: "El derecho a ser escuchado y la madurez del menor: su protección judicial en la esfera familiar", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, año núm. 93, núm. 759, 2017, pp. 345-369.

29 De La Iglesia Monje, M.I.: "El derecho a ser escuchado, cit.

culturales, que deben ser objeto de valoración para evitar en lo posible un factor de riesgo para la estabilidad del menor"[30].

Apenas habían transcurrido tres días de la entrada en vigor de la LO 8/2015 cuando se aprobaba la ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia. Esta ley introdujo un cambio significativo en el art. 160 CC, al recoger expresamente el:

"derecho de los menores a relacionarse con sus progenitores aunque éstos no ejerzan la patria potestad, salvo que se disponga otra cosa por resolución judicial o por la Entidad Pública en los casos establecidos en el artículo 161".

En definitiva, se aprecia una evolución de la naturaleza jurídica del derecho de visita, desde su regulación primitiva, cuyos titulares eran los progenitores, a la configuración de un derecho-deber de los progenitores al tiempo que derecho para los hijos menores[31]. De esta forma, el derecho de visita persigue satisfacer tanto el derecho del progenitor que no los tenga en su compañía a visitar al menor, así como el derecho del menor a relacionarse con sus progenitores, familiares y allegados, en aquellos casos en los que no exista convivencia habitual[32]. No obstante, el derecho de visita queda subordinado al interés del menor, es decir, las visitas, comunicaciones y estancias podrán ser concedidas únicamente cuando constituyan un verdadero beneficio para el menor[33]. Sobre las funciones que cumple el interés del menor en el Código Civil, atendiendo a la letra de los preceptos, sería uno de los criterios de decisión en el art. 94 CC, es decir, que éste no opera como un criterio exclusivo de decisión[34]. No obstante, tal y como se ha expuesto, la jurisprudencia ha afirmado que el interés del menor es la suma de una serie de factores relacionados con la situación personal de los progenitores, las

30 STS 17 junio 2020 (ROJ: STS 318/2020), entre otras muchas.

31 El Tribunal Supremo ha reiterado en la jurisprudencia que el art. 94 CC se configura como un "derecho-obligación" del progenitor que no tenga consigo a los hijos menores de edad de comunicar con ellos y tenerlos en su compañía", cuya determinación, concreción y desarrollo ha de primar, no solo el derecho del progenitor, sino el principio rector consagrado en el art. 92 CC, sobre las medidas judiciales de cuidado y educación de los hijos que deben ser adoptadas en beneficio de ellos. STS 11 febrero 2011 (ROJ: STS 505/2011).

32 Considera un sector de la doctrina que el derecho de visita contribuye a satisfacer las necesidades afectivas de los menores, al considerarse beneficioso para su desarrollo emocional y personal pasar tiempo en compañía de sus progenitores. Véase: Muñoz Rodrigo, G.: "El régimen de visitas, comunicación y estancia", en AA.VV.: *Las crisis familiares. Tratado práctico interdisciplinar* (dir. por J.R. De Verda y Behamonte), Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, pp. 193-219.

33 Calzadilla Medina, M.A.: "Artículo 94", en AA.VV.: *Código Civil Comentado.* Volumen I, Título preliminar- de las normas jurídicas, su aplicación y eficacia. Libro I -de las personas. Libro II – de los bienes, la propiedad y de sus modificaciones (dir. por A. Cañizares Laso), Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 510-517.

34 Frente a otros preceptos en los que el interés del menor actuaría como criterio exclusivo, véase a modo de ejemplo el art. 161 CC (visita de familiares y allegados a menores en situación de desamparo); o preceptos en los que se utiliza como vehículo para limitar determinados derechos. Véase: García Rubio, M. P.: "¿Qué es y para qué sirve el interés del menor?", cit., p. 34.

necesidades afectivas de los hijos, las circunstancias familiares, sociales, materiales y culturales que puedan incidir en la estabilidad del menor[35].

2. El derecho de visita, comunicación y estancia respecto de los hijos emancipados o mayores de edad que precisen apoyo para la toma de decisiones.

Hasta ahora nos hemos ocupado del párrafo primero del art. 94 CC y del art. 160 CC, así como de la evolución legislativa de ambos artículos. No obstante, la nueva redacción del párrafo segundo del art. 94 CC regula el derecho de visita respecto de los hijos con discapacidad mayores de edad o emancipados que precisen apoyo en la toma de decisiones. Cabe recordar que, pese a la ratificación de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad en 2007, este artículo ha permanecido inalterado hasta su reciente modificación por la LAPCD. Ni siquiera fue modificado desde el punto de vista semántico por la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria. El objeto de esta ley era la regulación de los expedientes que requiriesen la intervención de un órgano jurisdiccional para la tutela efectiva de derechos en materia de derecho civil y mercantil, en los que no existiese controversia que debiera sustanciarse en proceso contencioso. Sin embargo, en su intento por adaptar el derecho interno a la Convención, incorporó algunas modificaciones, en esencia de carácter terminológico, al sustituir los términos "incapaz" o "incapacitación" por persona "cuya capacidad está modificada judicialmente". Sin embargo, el art. 94 CC pasó desapercibido para el legislador de 2015, manteniéndose la referencia a los "hijos menores o incapacitados" hasta la reciente entrada en vigor de la LAPCD.

Como se ha visto anteriormente, el nuevo tenor del art. 94 CC mantiene la redacción del párrafo primero, aunque referido expresamente a los hijos menores de edad. Sin embargo, es en el párrafo segundo donde se lleva a cabo la reforma de mayor calado:

"respecto de los hijos con discapacidad mayores de edad o emancipados que precisen apoyo para tomar la decisión, el progenitor que no los tenga en su compañía podrá solicitar, en el mismo procedimiento de nulidad, separación o divorcio, que se establezca el modo en que se ejercitará el derecho previsto en el párrafo anterior".

35 La sentencia de la Audiencia Provincial de Lugo de 4 de octubre de 2021 se ha pronunciado sobre el derecho de visita y el interés superior del menor y su relación con el: "desenvolvimiento libre e integral de la personalidad del menor y la supremacía de todo lo que le beneficie, más allá de las preferencias personales de sus padres, tutores, guardadores o administraciones públicas, en orden a su desarrollo físico, ético y cultural bien con su salud y su bienestar psíquico y su afectividad, junto a otros aspectos de tipo material; bien, simplemente con la protección de sus derechos fundamentales". SAP Lugo núm. 389/2021, de 4 de octubre.

En esta ocasión no nos encontramos ante una mera reforma semántica, pues se elimina cualquier referencia a hijos mayores de edad en el primer párrafo y se incorpora un párrafo nuevo respecto de los hijos con discapacidad, mayores de edad o emancipados, "que precisen apoyo para tomar la decisión" (art. 94 CC). De la literalidad de este segundo párrafo cabe resaltar que el derecho de visita y comunicación queda supeditado a que el progenitor que no tenga a los hijos en su compañía lo solicite en el procedimiento de nulidad, separación y divorcio (véase "podrá solicitar")[36]. En este sentido, sería posible que los hijos emancipados o mayores de edad con discapacidad se opongan al establecimiento de un régimen de visitas y comunicación, debiendo el tribunal resolver atendiendo a las circunstancias de cada caso[37].

La ley también contempla que la autoridad judicial pueda reconocer el derecho de comunicación y visita previsto en el apartado segundo del art. 160 CC. Este artículo persigue evitar que se impidan sin justa causa las relaciones personales del menor con sus hermanos, abuelos y otros parientes y allegados (que no sido objeto de modificación por el legislador). Para ello, el art. 94 CC añade que para el reconocimiento del derecho de visita y comunicación la autoridad judicial debe dar audiencia a los progenitores o a quien lo hubiera solicitado por su condición de "hermano, abuelo, pariente o allegado del menor o del mayor con discapacidad que precise apoyo para tomar la decisión, que deberán prestar consentimiento" (art. 94 CC).

Por último, el precepto incorpora que "la autoridad judicial resolverá teniendo siempre presente el interés del menor o la voluntad, deseos y preferencias_del mayor con discapacidad" (art. 94 CC). Es decir, en el caso de los hijos emancipados o mayores de edad con discapacidad no hay lugar para la sustitución de su voluntad y no se podrá atender únicamente a la solicitud del derecho de visita por parte del progenitor. Por ello, como punto común tanto para los hijos menores como los emancipados o mayores de edad, la autoridad judicial debe adoptar la correspondiente resolución previa audiencia del hijo y del Ministerio Fiscal. Además, añade el precepto que podrá limitar o suspender los derechos anteriores cuando se dieran "circunstancias relevantes que así lo aconsejen o se incumplieran grave o reiteradamente los deberes impuestos por la resolución judicial" (art. 94 CC).

36 Sostiene Cristina Guilarte Martín-Calero que el legislador ha buscado dar cobertura a los progenitores en situación de conflicto familiar, tras la supresión de la patria potestad prorrogada y rehabilitada. Guilarte Martín-Calero, C.: "Se da nueva redacción al artículo 94 CC", en AA.VV.: *Comentarios a la ley 8/2021 por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad* (dir. por C. Guilarte Martín-Calero, C.), Aranzadi Thomson Reuters, 2021, pp.145-150.

37 Otero Crespo, M.: "Artículo 94 CC", cit., esp. 126.

No obstante, la redacción final del precepto no es la misma que la del Anteproyecto de ley por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad que establecía lo siguiente:

"respecto de los hijos con discapacidad mayores de edad o emancipados que no estén en condiciones de decidirlo por sí solos, el progenitor que no los tenga en su compañía podrá solicitar, en el mismo procedimiento de separación o divorcio, que se establezca el modo en que se ejercitará el derecho previsto en el párrafo anterior. La autoridad judicial adoptará la resolución que proceda, previa audiencia del hijo y del Ministerio Fiscal"[38].

Esto llevó a María Eugenia Torres Costas a cuestionar la falta de precisión del legislador en lo relativo al cuándo y por qué se puede considerar que una persona no está en condiciones de decidir por sí misma[39]. Sin embargo, tanto el artículo proyectado como la redacción definitiva han guardado silencio sobre una cuestión mucho más importante: ¿cómo han de prestarse los apoyos para que los hijos mayores de edad o emancipados puedan decidir sobre el derecho de visita y comunicación? También resulta relevante el establecimiento de ajustes razonables en el propio procedimiento, menciones que estaban ausentes en la versión del Anteproyecto y que siguen estándolo en la redacción final del art. 94 CC.

No obstante, pese al no pronunciamiento expreso del legislador en el art.94 CC, los tribunales deberán interpretar el precepto de acuerdo a la LAPCD. Así, habrá de estar a lo estipulado en el art. 249 CC, es decir, que las medidas de apoyo para el adecuado ejercicio de la capacidad jurídica tendrán por finalidad "permitir el desarrollo pleno de su personalidad y su desenvolvimiento jurídico en condiciones de igualdad". Dichas medidas han de estar "inspiradas en el respeto a la dignidad de la persona y en la tutela de sus derechos fundamentales" (art. 249 CC). En cuanto a la forma en que deben prestarse dichas medidas, establece el precepto que las personas que presten los apoyos deben "actuar atendiendo a la voluntad, deseos y preferencias de quien lo requiera" (art. 249 CC). Además, deberán procurar el desarrollo del proceso de toma de decisiones de la persona con discapacidad, "informándola, ayudándola en su comprensión y razonamiento y facilitando que pueda expresar sus preferencias" (art. 249 CC). Al tiempo que se fomentará la autonomía e independencia de la persona en el ejercicio de la capacidad jurídica, para que en el futuro precise lo menos posible de medidas de apoyo. En este sentido, la ley es clara respecto del procedimiento a seguir por la persona que presta el apoyo, que debe averiguar qué quiere o hubiere querido la persona con discapacidad, en caso de no poder expresarlo de

38 Puede consultarse en la *Revista de Derecho Civil* vol. V, núm. 3 (julio-septiembre, 2018), pp.247-310.

39 Torres Costa, M. E.: *La capacidad jurídica,* cit.

forma comprensible[40]. Solo en el caso de no poder concluir cuál es la verdadera voluntad de la persona con discapacidad, la prestadora de apoyos debe tratar de reconstruir la voluntad, teniendo en cuenta "la trayectoria vital de la persona con discapacidad, sus creencias y valores", así como cualquier factor que hubiese tenido en consideración a la hora de decidir sobre el hipotético régimen de visita y comunicación. Incluso aunque su voluntad sea contraria a la opinión de la persona que presta el apoyo y al propio interés superior objetivo de la persona con discapacidad[41]. Sobre esta última cuestión, es preciso insistir en la necesidad de abandonar definitivamente el sistema del interés superior, a todas luces contrario al art. 12 CDPD. En cualquier caso, en caso de duda, el Juez determinará en la comparecencia si es el hijo quien adopta la decisión, al tiempo que verifica la ausencia de influencia indebida y manipulación[42]. Para ello, la autoridad judicial podrá dictar las salvaguardas oportunas para asegurar el ejercicio de las medidas de apoyo conforme a lo estipulado en la LAPCD.

La redacción de este segundo párrafo del art. 94 CC con carácter independiente contribuye, en palabras de Marta Otero Crespo, a dotar "de visibilidad propia" a los hijos con discapacidad mayores de edad o emancipados que precisen apoyo[43]. Aunque, no deja de ser llamativo que parte de las modificaciones llevadas a cabo en el Código Civil establezcan cierto paralelismo entre los menores y las personas adultas con discapacidad, no resolviéndose la confrontación entre el interés superior del menor *versus* la voluntad, deseos y preferencias de la persona con discapacidad[44]. Sin embargo, un sector de la doctrina se ha pronunciado sobre el alcance de esta reforma, considerando que el nuevo precepto responde a la filosofía y alcance de la LAPCD[45], dándose cobertura a los progenitores en situación de conflicto familiar, tras la supresión de la patria potestad prorrogada[46]. Incluso sorprende a alguna autora que no se extienda esta preocupación por los hijos adultos o emancipados con discapacidad en lo relativo a la pensión de alimentos "equiparando los hijos menores y mayores con discapacidad necesitados de apoyo"[47].

40 García Rubio, M.P. y Torres Costas, M. E.: "Primeros pronunciamientos del Tribunal Supremo en aplicación de la ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad", *ADC*, tomo LXXXV, 2022, fasc. I (enero-marzo), pp.279-334.

41 García Rubio, M.P. y Torres Costas, M. E.: "Primeros pronunciamientos del Tribunal Supremo, cit.

42 Guilarte Martín-Calero, C.: "Se da nueva redacción al artículo 94 CC", en AA.VV.: *Comentarios a la ley 8/2021 por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad*, (dir. por C. Guilarte Martín-Calero, C.) Aranzadi Thomson Reuters, 2021, pp. 145-150.

43 Otero Crespo, M.: "Artículo 94 CC", cit.

44 Otero Crespo, M.: "Artículo 94 CC", cit.

45 Martínez Rodríguez, N.: "Discapacidad y derecho de familia. Nuevos principios, nuevas normas", en AA.VV.: *El nuevo derecho de las capacidades: de la incapacitación al pleno reconocimiento* (dir. por E. Llamas Pombo, N. Martínez Rodríguez, N. E. y Toral Lara), Wolters Kluwer, pp.303-368.

46 Guilarte Martín-Calero, C.: "Se da nueva redacción al artículo 94 CC", cit.

47 Linacero De La Fuente, M. (coord.): *Tratado de Derecho de familia,* cit.

Lejos de estas afirmaciones, considero que la incorporación de un supuesto excepcional conlleva una distinción por razón de la discapacidad, a todas luces contraria al art. 5 CDPD (igualdad y no discriminación)[48]. Pensemos por un momento, que al alcanzar la mayoría de edad las personas se relacionan con sus progenitores de forma libre y espontánea, incluso se considera relevante la decisión del hijo menor de edad en esta cuestión, tal y como se ha expuesto anteriormente. La razón por la que el legislador incluye un párrafo al art. 94 que resulta incompatible con el art. 12 CDPD, resulta a todas luces incomprensible desde el modelo social de la discapacidad. Salvo que se trate de un reducto de paternalismo característico del modelo anterior, en el que se confundía el interés del menor con la voluntad de la persona con discapacidad. En definitiva, el legislador debió limitarse a la supresión de la referencia a los "hijos incapacitados" que contenía el párrafo primero en su redacción anterior, dejando que sean las personas adultas quienes decidan y actúen por sí mismas, ofreciéndole apoyos en caso de necesitarlos.

III. CONCLUSIONES.

El derecho de visita, comunicación y estancia ha sido objeto de reforma en los últimos años en el contexto de adaptación del ordenamiento jurídico interno tanto a la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989 como a la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de 2006. Sin embargo, de lo expuesto en este trabajo se evidencia una mejor adaptación en materia de protección de los derechos de los menores de edad. Así se desprende de la reforma del art. 160 CC que establece el derecho de los hijos menores a relacionarse con sus progenitores, frente a la configuración inicial de un derecho cuyo titular parecía ser el progenitor. Así como la configuración de un derecho de visita, comunicación y estancia erigido en torno al interés superior del menor y al derecho a ser escuchado. Evidenciándose un mayor reconocimiento de los derechos de los menores, así como del respeto a su voluntad.

Por el contrario, la LAPCD no ha resuelto bien la adaptación del derecho de visita al art. 12 CDPD. En primer lugar, porque de la lectura del art. 94 CC puede deducirse cierta equiparación entre los hijos menores de edad y los hijos emancipados y adultos que precisen apoyo para la toma de decisiones. Además,

48 Art. 5 CDPD: 1. Los Estados Partes reconocen que todas las personas son iguales ante la ley y en virtud de ella y que tienen derecho a igual protección legal y a beneficiarse de la ley en igual medida sin discriminación alguna. 2. Los Estados Partes prohibirán toda discriminación por motivos de discapacidad y garantizarán a todas las personas con discapacidad protección legal igual y efectiva contra la discriminación por cualquier motivo. 3. A fin de promover la igualdad y eliminar la discriminación, los Estados Partes adoptarán todas las medidas pertinentes para asegurar la realización de ajustes razonables. 4. No se considerarán discriminatorias, en virtud de la presente Convención, las medidas específicas que sean necesarias para acelerar o lograr la igualdad de hecho de las personas con discapacidad.

la regulación de un supuesto excepcional para personas adultas con discapacidad, no contemplado para el resto de hijos adultos, crea una distinción por razón de la discapacidad, contraviniéndose el art. 5 CDPD. Cuando, por el contrario, el legislador pudo haberse limitado a suprimir la referencia a los "hijos incapacitados" que contenía el párrafo primero del art. 94 CC en la redacción anterior. En caso de que el legislador estuviera pensando en hijos mayores o emancipados con dificultades severas para expresar su voluntad, quizás debiera haber resuelto las cuestiones relativas a la relación entre el progenitor y el hijo como si una guarda de hecho conflictiva se tratase, en lugar de como un derecho de visitas a favor del progenitor.

En adelante, queda en manos de los tribunales la adecuada interpretación del precepto. Puesto que la ley tiene un ámbito de aplicación claro, el de las personas mayores de edad, en lo relativo al derecho de visita y comunicación, la autoridad judicial debe tener en cuenta como único criterio de actuación el del respeto a la voluntad, deseos y preferencias de los hijos emancipados o mayores de edad con discapacidad, en absoluta consonancia con el art. 12 CDPD. Igualmente, las personas que presten las medidas de apoyo, cuando éstas sean necesarias para la toma de decisiones en lo relativo al derecho de visita y comunicación, deberán actuar atendiendo a la voluntad, deseos y preferencias del hijo. Procurando en todo momento el desarrollo del proceso de toma de decisiones, tal y como establece el art. 249 CC. Cuando no sea posible determinar la voluntad, deseos y preferencias del hijo menor emancipado o mayor de edad con discapacidad, se tendrá en cuenta su trayectoria vital, creencias, valores y factores que hubiera tomado en consideración de no haber precisado el apoyo. En cualquier caso, como la autoridad judicial debe adoptar la resolución previa audiencia del hijo y del Ministerio Fiscal, si lo considera necesario podrá dictar las salvaguardas necesarias para garantizar el respeto a la voluntad, deseos y preferencias del hijo.

BIBLIOGRAFÍA

Arnau Moya, F.: "Aspectos polémicos de la ley 8/2021 de medidas de apoyo a las personas con discapacidad", *Revista Boliviana de Derecho*, núm. 33, 2022.

Callejo Rodríguez, C.: "Reparto de cargas derivadas del derecho de visita" en *Actualidad Civil*, núm. 12, 2014.

Calzadilla Medina, M. A.: "Artículo 94", en AA.VV.: *Código Civil Comentado.* Volumen I, Título preliminar- de las normas jurídicas, su aplicación y eficacia. Libro I -de las personas. Libro II – de los bienes, la propiedad y de sus modificaciones (dir. por A. Cañizares Laso), Tirant lo Blanch, Valencia.

Comité De Bioética De España, *Informe del Comité de Bioética de España sobre la necesidad de adaptar la legislación española a la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad,* Madrid, 2017.

Comisionado Para Los Derechos Humanos, *¿Quién debe decidir? Derecho a la capacidad jurídica de las personas con discapacidad intelectual y psicosocial,* Estrasburgo, 2012.

de La Iglesia Monje, M. I.:

- "El derecho a ser escuchado y la madurez del menor: su protección judicial en la esfera familiar", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, año núm. 93, núm. 759, 2017.

- "Evolución del contenido del derecho de visita desde el estudio jurisprudencial", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 738, julio-agosto 2013.

de Salas Murillo, S.: "La reforma de la legislación civil para el apoyo a las personas con discapacidad en materia de obligaciones y contratos", *Diario La Ley*, núm. 9841, 2021.

de Verda y Beamonte, J. R.: "Primeras resoluciones judiciales aplicando la Ley 8/2021, de 2 de junio en materia de discapacidad", *Diario La Ley*, núm. 10021, 2022.

Duplá Marín, M. T.: "Consideraciones en torno al alcance y la interpretación de la nueva "capacidad jurídica" de las personas con discapacidad introducida por la Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica", *Revista Crítica de Derecho inmobiliario*, núm. 788, 2021.

Echevarría De Rada, Mª. T. y Ortega Burgos, E. (dir.): *Derecho de familia*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021.

Eekelaar, J.: *Family Law and Personal Life*, 2ª ed., Oxford University Press, 2017.

García Rubio, M. P.:

- "Contenido y significado general de la reforma civil y procesal en materia de discapacidad", *SEPIN. Familia y sucesiones: cuaderno jurídico*, núm. 136, 2021.

- "¿Qué es y para qué sirve el interés del menor?", *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 13, 2020 (Ejemplar dedicado a: El interés superior del menor en la experiencia jurídica latina).

García Rubio, M. P., Segarra Crespo, M. J., Cerrada Loranca, C., Labrador Gimeno, I., De Prada Rodríguez, M., Fuster Blay, M., Perea González, A., "Diálogos para el futuro judicial XXXVI. La Ley 8/2021, de 2 de junio, y la reforma de la capacidad civil", *Diario La Ley,* núm. 9980, 2021.

García Rubio, M. P. y Torres Costas, M. E.: "Primeros pronunciamientos del Tribunal Supremo en aplicación de la ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad", *ADC*, tomo LXXXV, fasc. I (enero-marzo), 2022.

Gómez-Linacero Corraliza, A.: "Análisis crítico de los fundamentos de la Ley 8/2021, de 2 de junio, en materia de discapacidad", *Diario La Ley,* núm. 10006, 2022.

Guilarte Martín-Calero, C.: "Se da nueva redacción al artículo 94 CC", en AA.VV.: *Comentarios a la ley 8/2021 por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad*, (dir. por C. Guilarte Martín-Calero, C.) Aranzadi Thomson Reuters, 2021.

Leciñena Ibarra, A.: "Reflexiones sobre la formación de la voluntad negocial en personas que precisan apoyos en el ejercicio de su capacidad jurídica", *Revista de Derecho Civil*, vol. IX, núm.1, enero-marzo, 2022.

Linacero de la Fuente, M. (coord.): *Tratado de Derecho de familia. Aspectos sustantivos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021.

Marín López, M. J.: "Artículo 94", en AA.VV.: *Comentarios al Código Civil* (coord. por R. Bercovitz Rodríguez-Cano, Aranzadi, 2013.

Martínez De Aguirre, C.: "La observación general primera del Comité de las Personas con Discapacidad: ¿interpretar o corregir?, en AA.VV.: *Un nuevo derecho para las personas con discapacidad* (dir. por G. Cerdeira Bravo De Mansilla y L. B. Pérez Gallardo), Dykinson, Madrid, 2021.

Martínez Rodríguez, N.: "Discapacidad y derecho de familia. Nuevos principios, nuevas normas", en AA.VV.: *El nuevo derecho de las capacidades: de la incapacitación al pleno reconocimiento* (dir. por E. Llamas Pombo, N. Martínez Rodríguez, N. E. y Toral Lara), Wolters Kluwer.

Montero Aroca, J.: *El derecho de visita en los procesos matrimoniales. La aplicación práctica del art. 94 CC*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002.

Muñoz Rodrigo, G.: "El régimen de visitas, comunicación y estancia", en AA.VV.: *Las crisis familiares. Tratado práctico interdisciplinar* (dir. por J.R. De Verda y Behamonte), Tirant lo Blanch, Valencia, 2021.

ONU. Personas con Discapacidad. Departamento de Asuntos Económicos y Sociales. Disponible en: https://www.un.org/development/desa/disabilities-es/convencion-sobre-los-derechos-de-las-personas-con-discapacidad-2.html.

ONU. Comité de los Derechos del Niño (CRC), Observación general núm. 14 (2013) sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1), 29 Mayo 2013, CRC /C/GC/14.

Ortega Calderón, J. L.: "La suspensión del régimen de visitas, comunicaciones y estancias al amparo del art. 94 CC tras la reforma de la Ley 8/2021 de 2 de junio", *Diario La Ley*, núm. 9892, 15 de julio de 2021.

Otero Crespo, M.: "Artículo 94 CC", en AA.VV.: *Comentario articulado a la reforma civil y procesal en materia de discapacidad* (dir. por M. P. García Rubio y M. J. Moro Almaraz), Civitas, 2022.

Prados García, C.:

- "Adaptación del Código Civil al nuevo modelo de la discapacidad. La supresión de la patria potestad prorrogada y rehabilitada", *Actualidad Civil,* núm. 11, 2021.

- "Reforma civil y penal en materia de capacidad jurídica y derechos reproductivos", *Anales de Derecho y Discapacidad, Revista científica de Derecho de la Discapacidad, vol. VII* (en prensa).

Rivero Hernández, F.: "La protección del derecho de visita por el Convenio Europeo de Derechos Humanos. Dimensión constitucional", *Derecho privado y Constitución*, núm. 20, 2006.

Romero Coloma, A. M.: "Los incumplimientos del régimen de visitas y su problemática jurídica", *Diario La Ley*, núm. 8267, 10 de marzo de 2014.

Sánchez Hernández, A.: "Aspectos generales de la reforma del Código Civil relativa a las personas con discapacidad intelectual en el ejercicio de su capacidad jurídica", *Revista Boliviana de Derecho,* núm. 33, 2022.

Torres Costa, M. E.: *La capacidad jurídica a la luz del artículo 12 de la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad,* Boletín Oficial del Estado, 2020.

Tortajada Chardí, P.: "La patria potestad prorrogada y la patria potestad rehabilitada en el nuevo proyecto de ley de reforma de la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad (actual ley 8/2021)", *Revista Boliviana de Derecho,* núm. 32, 2021.

Varela Castro, I.: "El interés del menor como derecho subjetivo. Especial referencia a la capacidad para contratar del menor", *Boletín del Ministerio de Justicia*, mayo 2016.

A VUELTAS CON EL RETRACTO ANASTASIANO

MORE ABOUT THE ANASTASIAN RETRACTION

Rev. Boliv. de Derecho Nº 34, julio 2022, ISSN: 2070-8157, pp. 372-393

Ana María
LLÁCER
BOSBACH

ARTÍCULO RECIBIDO: 22 de enero de 2022
ARTÍCULO APROBADO: 30 de abril de 2022

RESUMEN: En el presente trabajo exploramos las vías de defensa que asisten en la legislación española al deudor frente a la reclamación del importe de créditos cedidos sin su conocimiento. Examinamos primeramente el caso de los créditos litigiosos, y, a continuación, los casos de títulos ejecutivos, la defensa específica de normativa navarra y, finalmente, nos centramos en las especialidades relativas a los créditos mercantiles e hipotecarios*.

PALABRAS CLAVE: Derecho español; retracto anastasiano; cesión de créditos; crédito litigioso; crédito ejecutivo; vía declarativa; intervención en nombre de otro; créditos mercantiles; créditos hipotecarios.

ABSTRACT: *In the present paper, we offer a review on the remedies given to the debtor against an assigment of credit rights without his knowledge in Spanish Law. In our study, we focus first on disputed credits, and afterwards on executive credits, the Special Law of Navarra, and, finally, on the specifical features and provisions of goodwills and mortgage loans.*

KEY WORDS: *Spanish Law; Anastasian retraction; assignment of credits; disputed credit; executive credit; declarative way; intervention on behalf of another,goodwills, mortgage loans.*

* Me he permitido recurrir para el presente comentario no solo a fuentes convencionales como comentarios debidamente publicados y sentencias, sino también a comentarios virtuales en blogs de carácter jurídico cuyos autores no desmerecen por su categoría personal y su trayectoria, en la línea de enriquecer el trabajo con sus valiosas aportaciones.

SUMARIO.- I. PROPÓSITO ORIGINAL DEL PRECEPTO DEL EMPERADOR ANASTASIO I.- II. EL OBJETO DE LOS ARTS. 1535 Y 1536 DEL CÓDIGO CIVIL.- III. DEFENSA POR LA VÍA DE REGRESO FRENTE AL INTERVENTOR "OFICIOSO".- 1. Cuestiones sustantivas. interpretación finalista y sistemática de los arts. 1158 y 1159 del Código Civil.- 2. Cuestiones procesales.- IV. LA DEFENSA DEL DEUDOR EN LA LEY 511 DEL FUERO NUEVO DE NAVARRA. BREVE COMENTARIO DE LA STC 157/2021, 16 SEPTIEMBRE. V. ALUSIÓN A LAS ESPECIALIDADES DE LOS CRÉDITOS MERCANTILES E HIPOTECARIOS. VI. CONCLUSIONES.

I. PROPÓSITO ORIGINAL DEL PRECEPTO DEL EMPERADOR ANASTASIO I.

Corrían tiempos de decadencia y desintegración del Imperio Romano, cuando el Emperador Anastasio I, en el año 506 d. C., se propuso poner fin a la práctica predatoria de personas o grupos pudientes, consistente en adquirir créditos vencidos y no satisfechos a bajo coste para apremiar a los deudores con la reclamación del importe íntegro La fórmula escogida fue la de desincentivarlos, por medio de la limitación de lo que el interviniente podía reclamar al importe que hubiese pagado[1].

1 La disposición se nos ha transmitido por su acogida en el Código de Justiniano (C. J.) 4, 35, 22. El primer apartado de la disposición anastasiana prevé: "…hi, qui circa lites morantur, eandem piam dispositionem in sua natura remanere minime concesserunt, invenientes machinationem, ut partem quidem debiti venditionis titulo transferant in alium creditores, reliquam autem partem per coloratam cedant donationem, generaliter anastasiane constitutioni subvenientes sancimus nulli licere partem quidem debiti cedere pecuniis acceptis et venditione actionum habita, partem autem donationis titulo videri transferre, sed, si voluerit, pure totum debitum donare et per donationem actiones transferre, non o cculte nec per artes clandestinas pecunias suscipere, publice autem simulatam donationem celebrare, sed undique puram et non dissimulatam facere donationem: huiusmodi enim cessionibus non adversamur…". Fue completada por el propio emperador Justiniano por la C. 4, 35, 23. En cuanto al comentario de esta previsión, vid. Fernández Belzunegui, P.: *Lex Anastasiana. La cesión de créditos en los siglos V-VI y su contexto histórico.* Tesis doctoral. 28-07-2020 UPV. http://hdl.handle.net/10810/50262. El autor explica el propósito de su disertación en breve resumen, que nos permitimos transcribir: "El punto de partida de mi trabajo es una disposición promulgada por primera vez en el año 506 d.C. por el emperador Anastasio, motivo por el cual se conoce a la constitución imperial como L*ex Anastasiana.* En la lex se establece que, cuando un acreedor transmite por un precio su derecho a reclamar el crédito, el deudor podrá saldar su deuda abonando al nuevo acreedor el precio pagado por éste, independientemente del montante original de la deuda. Para alcanzar los mencionados objetivos he partido del estudio de la legislación tardo-antigua relacionada con el crédito y la transmisión de derechos y acciones, del contexto histórico de la antigüedad tardía en el Este del Mediterráneo, de fuentes documentales históricas como papiros egipcios de época griega, así como de obras que analizan los aspectos vinculados a lo anterior del derecho romano. Argumento en el trabajo que no cabe comprender la *Lex Anastasiana* sin entender su ejecución en la práctica, su relación con los perjuicios que causaban al deudor las particularidades del proceso judicial romano. Las variables que influirían en la percepción de una conducta como vejatoria, así como las alternativas que se ofrecerían en la legislación para convertir un crédito sobre un deudor insolvente en una adquisición sumamente rentable".

• Ana María Llácer Bosbach
Abogada del ICAV. Profesora Asociada del Departamento de Derecho Civil de la Universitat de València. Doctora en Derecho. Correo electrónico: anabosbach@gmail.com.

II. EL OBJETO DE LOS ARTS. 1535 Y 1536 DEL CÓDIGO CIVIL.

El así o "mal" llamado retracto anastasiano, regulado en nuestro Código Civil tiene, como elemento esencial, un crédito litigioso[2]. El crédito litigioso lo define la STS 5 marzo 2020[3], definición que reitera a su vez la STS de 10 de mayo de 2021. Blasco Gascó recoge las consideraciones jurisprudenciales acerca de la naturaleza del derecho previsto en el art. 1535 CC[4] y el concepto de crédito litigioso: Sobre el concepto de litigiosidad, recoge la doctrina jurisprudencial, que se transcribe en el fundamento de derecho tercero de la sentencia referida[5]. Nos dice, sobre la interpretación y aplicación del art. 1.535 CC, qué se debe entender por crédito litigioso:

" … Como declaramos en nuestra sentencia 151/2020, de 5 de marzo, sistematizando la jurisprudencia previa sobre este art. 1535 CC: …debemos ratificar el concepto de crédito litigioso que ha venido ofreciendo reiteradamente la jurisprudencia de esta sala desde la clásica sentencia de 14 de febrero de 1903,

2 Vid. Cañizares Laso, A.: "Ni se trata de un retracto ni se trata de un derecho potestativo: se trata sencillamente de un pago. Comentario a la STS de 10 de mayo de 2021", blog *Almacén de Derecho*, 29 de julio de 2021. https://almacendederecho.org/el-mal-llamado-retracto-de-credito-litigioso-del-art-1535-del-codigo-civil. La sentencia mencionada está recogida en la colección jurisprudencial TOL. 8422145, que la editorial Tirant Lo Blanch nos resume del siguiente modo: Se ocupa la sentencia de los presupuestos legales y naturaleza jurídica del denominado "retracto de crédito litigioso". Acoge el criterio de la caducidad del plazo de ejercicio de los retractos legales y confirma la decisión de la Audiencia Provincial que había considerado que el derecho de retracto incurrió en caducidad al haberse presentado la demanda el día 16 de febrero de 2017, una vez transcurrido el plazo de nuevo días previsto en el art. 1535 CC, computado desde el 26 de enero de 2017, fecha en que se produjo el traslado de copias a los procuradores de la escritura de cesión del crédito a propósito del trámite de la sucesión de la cesionario en la posición procesal de la cedente en el procedimiento de ejecución hipotecaria, sin que sea admisible ninguna interrupción de dicho plazo de caducidad. De entre los comentarios de la autora que se menciona destacamos el hecho de que niegue que estemos ante un retracto. Ha de hablarse de un simple pago. "… En el caso de la sentencia de 10 de mayo de 2021 la cuestión principal radica en decidir si la facultad *ex lege* reconocida al deudor por el art. 1535 CC constituye un supuesto retracto legal del art. 1521 CC o, por el contrario, no es más que una facultad otorgada al deudor para liberarse del crédito mediante un pago parcial que trae causa de la venta del crédito litigioso… Es decir, *o bien, se trata de un retracto*, suerte de derecho potestativo cuyo ejercicio podrá ser extrajudicial y su plazo, de *caducidad* sin posibilidad de interrupción; o bien, se trata de una facultad excepcional, suerte de *privilegio legal*, que permite al d*eudor extinguir la deuda no por el importe de lo adeudado sino por el precio de la cesión* y cumpliendo los distintos requisitos para su ejercicio.. .". Concluye diciendo que "… En definitiva, la nueva oportunidad que el art. 1535 CC concede al deudor de cumplir por medio del pago requiere que (i) haya habido cesión del crédito es decir un negocio dispositivo realizado por el acreedor; (ii) el carácter litigioso de ese crédito y (iii) el ejercicio dentro del plazo. El modo para el ejercicio dentro del plazo no es otra cosa que el pago y dicho pago debe producirse con los requisitos mencionados. Quizá lo más importante que se recoge en este precepto es que *el derecho se ejercita pagando*, aunque por evidente pase desapercibido. En todo caso siempre, por supuesto, a partir de lo esencial "que se trate de un crédito litigioso" cuestión que necesitaría ciertamente de un mayor análisis que dejo para otra ocasión".

3 Vid. Cañizares Laso, A.: "Ni … retracto", cit.

4 Vid. Blasco Gascó, F. de P.: "El llamado retracto de crédito", *Revista jurídica de la Comunidad Valenciana*. nº 79 2/21, pp. 53 y 56, en que expone que "…no es propiamente un derecho de retracto, en sentido estricto, porque no hay subrogación en la titularidad del crédito, sino extinción por pago, (pero) sí presenta con la figura del retracto indudables analogías y similitudes funcionales en cuanto: (i) a la limitación que supone sobre la libre disposición del titular del crédito; (ii) la subsunción del "retrayente" e las condiciones pactadas por dicho titular o cedente con el cesionario del crédito o derecho cedido y (iii) el perentorio plazo de su ejercicio (art. 1524 CC) además del régimen procesal destinado a garantizar el cobro del precio por parte del cesionario, mediante el régimen de la caución que fija el art. 266.2 LEC…".

5 Vid. Blasco Gascó, F. de P.: "Retracto de crédito", cit., pp. 54 y ss.

pasando por las más recientes sentencias 690/1969, de 16 de diciembre, 976/2008, de 31 de octubre, 165/2015, de 1 de abril, hasta llegar a la sentencia 464/2019, de 13 de septiembre, considerar como tal rédito litigioso. aquél en el que habiendo sido reclamada judicialmente la declaración de su existencia y exigibilidad por su titular, es contradicho o negado por el demandado, y precisa de una sentencia firme que lo declare como existente y exigible …. O, dicho en otros términos: son créditos litigiosos aquellos que no pueden tener realidad sin una sentencia firme (SS. 14 de febrero de 1903 y 8 de abril de 1904), y desde la contestación de la demanda (exigiéndose por la doctrina una oposición de fondo, aunque debe admitirse la eventualidad de la oposición tácita de la rebeldía ex art. 496.2 LEC) -cfr. 976/2008, de 31 de octubre - … Por tanto, aplicando la interpretación asumida por dicha doctrina jurisprudencial, la posible existencia de un pleito que verse sobre la naturaleza, condiciones u otras vicisitudes a que se refiere la sentencia 149/1991, de 28 de febrero, necesitará para generar el derecho previsto en el art. 1.535 CC, afectar también a la propia existencia o exigibilidad de la obligación (vid. sentencia 463/2019, de 11 de septiembre)…"[6].

Por consiguiente, el crédito litigioso sólo es aquél que se puede cuestionar en un procedimiento declarativo plenario, y no puede darse en el contexto de un juicio fundado en un título ejecutivo. En este último, se presupone acreditada la existencia del crédito, por lo que no requiere de su declaración por sentencia. En definitiva, la vía del art. 1535 CC es, por consiguiente, una vía errónea de defensa frente a la cesión de un crédito vencido e insatisfecho no litigioso. Solo servirá para el caso de que penda de sentencia la existencia del crédito, y, por consiguiente, no abarca todos los supuestos de reclamación de un crédito cedido vencido y no satisfecho contra el deudor. Aparentemente, no hay un "retracto" para la cesión de créditos vencidos recogidos en títulos ejecutivos.

6 Los requisitos para el ejercicio de la acción de reclamación de un crédito comprendido en una cesión en bloque los resume la SAP de la Rioja de 17 julio 2017 (TOL 6.386.108) según la cual la legitimación activa de la actora para demandar se deduce del conjunto de la documental incorporada con la demanda: *Copia de la solicitud* por parte del demandado a la entidad Citibank España SA, de una tarjeta de crédito Visa identificada con el número NUM000 (doct.1); *Copia de la Escritura Notarial de Cesión Parcial* de activos y pasivos de Citibank España SA a Banco Popular. E, SAU. (doct.2); Copia de BORM anunciando dicha cesión (doct.3), *Certificación emitida* por Banco Popular acreditativa del saldo adeudado y reclamado en el presente procedimiento por importe total de 2.219,20 € (1.718,40 de principal, más comisiones, doct 6); *Extracto de movimientos* de la tarjeta de crédito abierta al deudor conteniendo el detalle de los cargos que componen la deuda objeto de reclamación (doct.7); *Contrato de compraventa de una cartera de derechos de crédito* efectuado el pasado 29 de julio de 2015 elevado a público ante notario de Madrid (doct.8); *Carta remitida al deudor* detallándole el número de tarjeta y el importe de saldo pendiente de pago cedido por Banco Popular a Estrella Receivables LTD, entidad actora, que es el reclamado en la presente litis. … Llegado este punto del debate hemos de traer a colación que el Tribunal Supremo tiene señalado con reiteración que la cesión de créditos puede hacerse válidamente sin conocimiento previo del deudor, incluso contra su voluntad, sin que la notificación a éste tenga otro alcance que obligarlo con el nuevo deudor (SS. Tribunal Supremo 23 de octubre de 1984 y 12 de noviembre de 1992).

III. DEFENSA POR LA VÍA DE REGRESO FRENTE AL INTERVENTOR "OFICIOSO".

1. Cuestiones sustantivas. Interpretación finalista y sistemática de los arts. 1158 y 1159 del Código Civil.

Es en este punto en el que se ha de retornar la vista al remedio escogido por el Emperador Anastasio I, y a la implementación en nuestro derecho de la regulación del pago por tercero. En efecto, el art. 1158 CC prevé que:

"Puede hacer el pago cualquier persona, tenga o no interés en el cumplimiento de la obligación, ya lo conozca y apruebe, ya lo ignore el deudor.

El que pagare por cuenta de otro, podrá reclamar de éste lo que hubiere pagado, a no haberlo hecho contra su expresa voluntad. En este caso, solo puede reclamar del deudor aquello en que le hubiere sido útil el pago".

Se complementa por el art. 1159, a cuyo tenor:

"El que pague en nombre del deudor, ignorándolo éste, no podrá compeler al acreedor a subrogarle en sus derechos".

La regulación resultante adolece a mi juicio, salvo superior criterio, de un defecto de indefensión del deudor que ignora el pago, debido a la desafortunada redacción del art. 1159 del Código Civil, toda vez que la formulación "no podrá compeler al acreedor" queda a la exclusiva decisión de este último, sin que parezca que el deudor pueda manifestar su conformidad o disconformidad a la actuación. Lo refuerza el último apartado del art. 1209 CC, que permite la constancia "con claridad" de la subrogación de quien pagó, sin prever, tampoco, ninguna intervención del deudor, lo que, por defecto, puede suceder aun cuando el tercero no tenga, en realidad, ningún interés legítimo propio para intervenir en el asunto. El defecto queda de manifiesto si se tiene en cuenta su antecedente en el Proyecto de 1851[7].

A juicio de quien suscribe, pudiera sospecharse una omisión involuntaria del legislador de 1889 en la redacción de los artículos del pago por tercero expuestos

7 La facultad concedida al acreedor de oponerse a la subrogación puede encontrar justificación en el hecho de que el pago por tercero no se ha considerado un cumplimiento exacto de la obligación, al faltar la identidad del deudor, y por cuanto impera el principio de que el acreedor no se puede negar a un pago efectuado por un tercero. Esta idea se desarrolla por del Olmo García, P.: "Enriquecimiento injusto y pago de un tercero en la tradición del *common law*: PIC, PECL, DCFR CESL", *Anuario de Derecho Civil*, Tomo LXIX, 2016, fase I, pp. 15 y ss. a propósito del derecho anglosajón, y p. 70 y ss., a propósito del DCFR, cuyo apartado III.2.107 DCFR 3 prevé que "cuando no se requiere el cumplimiento personal personal por parte del deudor, y el acreedor acepta el cumplimiento de la obligación por un tercero (que no es mandatario del deudor), el deudor quedará liberado, pero el acreedor será responsable frente al deudor por los daños y perjuicios que dicha aceptación pueda ocasionarle".

en este punto, al tiempo de reproducir la normativa contenida en el Proyecto de 1851, que es antecedente de la actual regulación. En dicho proyecto, la regulación del pago por tercero se abordaba en su artículo 1099. El precepto es del siguiente tenor:

"Puede hacerse el pago por cualquiera persona que tenga algún interés en el cumpli -miento de la obligación. Puede hacerse también por un tercero no interesado, que obre consintiéndolo expresa o tácitamente el deudor. Puede hacerse igualmente por un tercero ignorándolo el deudor. En este caso, el tercero tendrá derecho para repetir contra el deudor lo que hubiere pagado; Si pagó contra la voluntad del deudor, no podrá repetir contra éste".

Es de observar que este texto, pese a su parcial similitud, arroja un resultado muy diferente, y contiene, justamente, la limitación que echamos de menos en la redacción del Código de 1889 en el caso del pago sin el conocimiento del deudor. Por el contrario, sí parece dudosa la negativa absoluta a repetir contra el deudor si se pagó contra su voluntad expresa, en que resulta más ajustada la posibilidad otorgada en el texto actual de repetir aquello en que se hubiera enriquecido el deudor. El cambio en esta última previsión pudo haber provocado el descuido de la adecuada regulación prevista para el pago sin conocimiento del deudor.

Se ha argumentado, con relación a la regulación actual, que el interés del deudor queda protegido por las limitaciones del último inciso del art. 1198 CC, a cuyo tenor: "Si la cesión se realiza sin conocimiento del deudor, podrá éste oponer la compensación de los créditos anteriores a ella y de los posteriores hasta que hubiere tenido conocimiento de la cesión." Sin embargo, esta visión resulta parcial e insuficiente. No es tan clara la posibilidad de "arrastrar" las excepciones subjetivas que pudieren tenerse contra un acreedor anterior[8]. Además, no se provee una protección específica del deudor frente a una intervención lucrativa de un tercero, caso que se ha venido manifestando especialmente en pólizas de tarjetas de crédito, y también, en facturas de telefonía[9] y otras similares, cedidas en bloque a fondos especulativos[10],en que, en realidad, el pago que han efectuado

8 Por ejemplo, el art. 67 LCCH acoge un importante matiz en este sentido, cuando prevé que "El deudor cambiario podrá oponer al tenedor de la letra las excepciones basadas en sus relaciones personales con él. También podrá oponer aquellas excepciones personales que tenga frente a los tenedores anteriores, *si, al adquirir la letra, el tenedor procedió a sabiendas en perjuicio del deudor.*" La prueba de esta circunstancia suele ser bastante complicada, ya que la buena fe del acreedor cesionario se presume. Si es legítimo reconocer que la persona del deudor no es irrelevante para el acreedor, también puede comprenderse que la persona del acreedor no sea irrelevante al deudor. El supuesto típico puede ser el de deber a un pariente, que no tratará igual al deudor que un desconocido o una entidad financiera. De esta forma, puede imaginarse el caso en que el cedente esté sujeto al Código de Buenas Prácticas y el cesionario no, entre otros.

9 El caso de las facturas, al menos, sí permite derivar el caso hacia un juicio declarativo, ya que su articulación procesal se produce por medio de un juicio monitorio, en el que la oposición deriva en el juicio declarativo correspondiente.

10 Generalmente, estos fondos fijan su sede en estados de una fiscalidad muy favorable de la UE, como Luxemburgo o Irlanda.

es muy reducido en comparación con el reclamado[11]. Galicia Aizpurua comenta, comparando el texto actual con el del Proyecto de 1851, que los supuestos contemplados en cuanto al pago por tercero en su versión inicial fueron tres y no dos: el correspondiente al mandato expreso, el correspondiente a la gestión de negocios ajenos y el correspondiente al enriquecimiento injusto, éste último, en caso de oposición expresa[12].

Añadimos a esta convicción un argumento sistemático: la previsión expuesta para la repetición por pago en el texto vigente se reproduce respecto del fiador en el artículo 1839 y 1840 CC. Pero la regulación de los artículos últimamente mencionado es más completa que la expuesta con carácter general, ya que sí se otorga al deudor el beneficio de no tener que pagar más que el fiador cesionario cuando, después de preverse que el fiador se subroga en todos los derechos que el acreedor tenía contra el deudor, dispone, en su apartado segundo, que, si el fiador hubiera transigido con el acreedor, no puede pedir al deudor más de lo que realmente haya pagado. Y los artículos 1720 y 1724 CC relativos al mandato expreso imponen un deber de actuar en beneficio del representado o de la persona en cuyo nombre se obre: "Todo mandatario está obligado a rendir cuentas de sus operaciones y a abonar al mandante cuanto hubiera recibido en virtud del mandato, aún cuando lo recibido no se debiera al segundo". Según el art. 1724 "debe intereses de las cantidades que aplicó a usos propios desde el día

11 Adolecen, a mi entender, de una serie de elementos potencialmente fraudulentos que deberían sancionarse por su falta de transparencia, en parte, y ser subsanados por el legislador común, por otra parte: primeramente, ha sido de escasa fortuna jurisprudencial la alegación de la importante distinción financiera entre tarjetas de crédito – solo se responde de lo dispuesto hasta un máximo de línea de crédito- y préstamos, en que el dinero se ha recibido íntegramente desde un primer momento. La primera modalidad no puede tratarse igual que la segunda desde el punto de vista de la amortización, devolución, comisiones y devengo de intereses. Lógicamente, es susceptible de un interés mayor, ya que se proyecta solamente sobre el crédito dispuesto, y en el segundo caso, el importe recibido sí debe enmarcarse en el ámbito del crédito al consumo y sujetarse a sus límites. Otro punto es carácter ininteligible para un consumidor del sistema de la llamada "amortización negativa", o sea, una cuota mensual, sugerida por el propio acreedor, de un importe inferior a los intereses y conceptos TAE que se devengan, especialmente, en las tarjetas *revolving*. La consecuencia es que, pese a pagar cuotas todos los meses, el crédito no solo no disminuye, sino que aumenta, tornándose en carga perpetua. A lo expuesto se suma a la de la práctica inexistencia de la apreciación de prescripción de intereses antiguos, por la "vigencia" del contrato "base", con lo que resulta inoperante la previsión del art. 1966 apdo. 3, que limita a cinco años los que se devengan por años o en plazos más breves. Este último defecto se ha corregido en parte gracias a la reforma del art. 1964.2 CC por la Ley 42/2015, de 5 de octubre. Desde una perspectiva macroeconómica, podría añadirse que el negocio de estos fondos se traduce generalmente en una fiscalidad muy baja en el país que soporta estas actuaciones, en este caso, España, ya que solo se tributa por el importe efectivamente pagado al cesionario, y en los balances de los cedentes las cantidades objeto de cesión, se encuentran, generalmente, amortizadas, en tanto "echadas definitivamente a pérdidas" o catalogadas como "créditos incobrables".

12 Vid. Galicia Aizpurua, G. H.: "Pago por tercero de deuda ajena (a propósito de la STS de 26 de mayo de 2011, RJ 3988)", en *Estudios de Derecho Civil en homenaje al Profesor Joaquín Rams Albesa,* Dykinson, Madrid, 2013, pp. 471 y ss., y los autores que en él cita (Sánchez Jordán, Mª. E.: *La gestión de negocios ajenos*, Madrid, 2000, p. 289, y del Olmo García, P.: *Pago de tercero y subrogación*, Civitas, Madrid, 1998, p. 68) profusamente documentada acerca de la subrogación *praedendi causa,* en que el autor lamenta que la sentencia citada acoja precisamente los criterios que actualmente se están aplicando. En su página 482 expone su convicción acerca de la contemplación de los supuestos de mandato expreso, gestión de negocios ajenos y enriquecimiento injusto como resultado de la redacción prevista por el originario artículo 1099 del Proyecto de 1851. Marín López, M. J.: "Art. 1159 CC", *Comentarios al Código Civil* (coord. Bercovitz Rodríguez Cano), Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 8500 y ss., se limita a destacar que este artículo recoge el supuesto de subrogación voluntaria.

en que lo hizo…". En el caso de la gestión de negocios ajenos se ha destacado el art. 1893, en tanto reconoce al gestor tan solo el derecho a resarcirse de los gastos útiles y necesarios y los daños que hubiera sufrido y queda sancionado si antepuso su propio interés, según el art. 1891 CC que, en tal caso, le impone la responsabilidad por el caso fortuito. Por su parte, el art. 659.3 LEC acoge claramente una subrogación parcial de los titulares de derechos inscritos con posterioridad al gravamen (embargo o hipoteca sobre bienes inmuebles) que se ejecuta, al prever que, si satisfacen antes del remate el importe del crédito, intereses y costas, dentro del límite de responsabilidad que resulte del Registro, quedaran *subrogados*, en los derechos del actor, *hasta donde alcance el importe satisfecho.* Esta última previsión sí parece conducir en la dirección de la tutela legítima de quien paga en nombre de otro, al menos, si lo hace en defensa de un interés legítimo propio: es decir, se presume la subrogación (art. 1210 CC) con todos los derechos accesorios, en que puede entenderse incluido el devengo del interés pactado, y garantías, pero solo en cuanto al principal efectivamente satisfecho[13].

Puede no ser abusivo que se reclame del deudor el mismo importe que debe a su acreedor cedente, pero lo contrario a la moral es que intervenga un tercero sin más propósito que el de lucrarse a costa de un deudor que ignora dicha intervención, que anteponga su propio interés al del deudor cedido en una actuación ajena y que tal actuación no venga motivada por el ejercicio de un derecho que le obligue al pago. La actuación clama tanto más contra la moral si se tiene en cuenta, según venimos de exponer, que quien actúa en virtud de un interés legítimo propio, como el fiador, conforme al art. 1839 CC, o quien actúa con el consentimiento expreso del deudor, como el mandatario, no tienen otro derecho que el del resarcimiento previsto, quedando excluida la actuación especulativa que se describe[14].

García Goyena recogía la convicción de que. "Todo lo que se adquiere en este caso se reduce a una simple acción contra el deudor, que, por el pago, quedó enteramente libre de la obligación primitiva, y *cujus negotia gesit,* según la Secc. I, cap. I, tít. 21 de este libro…"[15]. Nanclares valle incide sobre aspectos menos evidentes, cuando advierte acerca de la posibilidad de la pervivencia parcial del

13 Si bien en el caso expuesto, parece claro que el fundamento será la subsistencia del derecho del ejecutante en cuanto al importe no garantizado por la hipoteca, y no una protección específica del deudor.

14 Lo cual no impide que el mandato pueda ser retribuido, pero, en tal caso, lo será con la intervención y control del mandante. Sabater Bayle, E.: "Libro V. Gestión de negocios ajenos", *Unificación del Derecho Patrimonial Europeo* (coord. Valpuesta Gastaminza, E.), Bosch, Barcelona, 2011, p. 425 y ss., explica que el DCFR en materia de gestión de negocios ajenos, prescinde de la categoría de los *quasi-contratos* y admite que el gestor pueda reclamar una retribución por su intervención.

15 Vid. García Goyena, F.: *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil Español,* Madrid, 1852, tomo III, p. 128, glosa al art. 1099. A tenor de este autor, "…solo los actos de beneficencia deben ser libres y favorecidos…".

crédito del cedente[16]; así como del peligro de enmascarar operaciones de cesión simulada "… (por ejemplo, bajo la forma de un mandato de crédito o mandato de cobro otorgado por el cedente al cesionario, a la manera de la *procuratio in rem suam* romana o de cesión encubierta, con un oculto mandato de cobro otorgado por el cesionario al cedente) …" Sugiere, también, la contradicción dogmática que supone renunciar a parte de un crédito y, a la vez, transmitir esa parte renunciada[17]. Del Olmo García recoge la doctrina anglosajona contraria a la intervención oficiosa, cuando ésta carece de todo interés legítimo[18]. La doctrina habla de un *enriquecimiento impuesto*, que no siempre será beneficioso para el deudor. En cuanto a nuestro objeto de estudio, resulta especialmente interesante la observación de que "… en derecho anglosajón … sí que existe una regla clara en materia de pago de un tercero, y es que … el que paga una deuda sin haber sido requerido para ello, sin tener otro interés en el asunto que convertirse en el acreedor del demandado, no debe tener acceso a la restitución… ". Así lo prevé expresamente el *Restatement of Restitution* estadounidense III, vol. I, p. 310. En cuanto al DCFR, art. V: 1.102, recoge la satisfacción de un interés público prioritario como caso de actuación legítima, siempre que sea debido, urgente y necesario, pero que los comentarios a este supuesto excluyen de la consideración como interés público el diligente cumplimiento de los contratos[19].

2. Cuestiones procesales.

La defensa del deudor frente a la cesión de títulos ejecutivos, en nuestra legislación común vigente, está, pues, condenada al fracaso por medio de la pretensión de ejercitar el retracto de créditos litigiosos previsto en el art. 1535 LEC. Parece que solo se podría intentar un juicio declarativo en el que se reclamara al interviniente la rendición de cuentas de su gestión y la devolución de aquello en que se hubiera lucrado en la gestión. Lamentablemente, solo quedaría franca la vía de regreso. El presupuesto del art. 1535 CC, ya lo hemos dicho, es la controversia en un juicio declarativo, que haya de ser resuelto por medio de sentencia, posibilidad que ya se ha extinguido en el momento en que se reclama en un juicio ejecutivo, siquiera sea un juicio ejecutivo en virtud de título extrajudicial. En este último caso, se puede plantear un juicio ordinario sobre los aspectos no previstos en la fase de oposición que recoge el art. 557 LEC, basados en el pago, diferentes

16 Vid. Nanclares Valle, J.: "El cambio del acreedor en Derecho Navarro", *Revista Jurídica de Navarra,* núm. 31, 2001, p. 50.

17 Vid. Nanclares Valle, J.: "El cambio del acreedor …", cit., p. 79.

18 Vid. del Olmo García, P.: "Enriquecimiento injusto …", pp. 57 y ss., en que aclara que, aparte de la intervención en interés propio, se ha de considerar legítima la intervención no solicitada para atender un interés público relevante, tales como el anticipo de la prestación de alimentos o de la satisfacción de gastos funerarios cuando el obligado no puede ser localizado o no los puede atender. Estos casos, en nuestro CC no parece que ofrezcan problema en subsumirse en la gestión de negocios ajenos sin mandato. Así lo recoge el art. 1894 CC.

19 Vid. del Olmo García, P.: "Enriquecimiento injusto …", pp. 68 y p. 82, respectivamente.

actos y hechos que el art. 1156 CC equipara a éste, transacción que conste en documento público, la prescripción y la caducidad, la pluspetición o exceso en la computación a metálico de las deudas en especie y, tras la reforma 1/2013, de 14 de mayo, que el título contenga cláusulas abusivas. Tiene interés para la defensa del deudor las dos enumeradas en último lugar. En cuanto a la pluspetición, como nos dice Moreno Cordón[20], se discute si la pluspetición debe limitarse a los casos en que el ejecutante pide en la demanda ejecutiva una cantidad mayor de la que figura en el título o incluye también aquellos en que reclama la totalidad de la deuda sin descontar cantidades ya extinguidas (por pago parcial, por ejemplo) o no debidas todavía (por ejemplo, por haberse pactado una espera parcial o por otra causa). El problema se plantea, en este segundo caso, a la hora de decidir si, puesto que la ley no especifica las causas de la pluspetición, encaja dentro de ella cualquier hecho o circunstancia cuya no previsión por el ejecutante produzca como efecto una petición por cantidad superior a la debida, aún en el caso de que tales hechos no estén previstos expresamente como motivos específicos de oposición a la ejecución en el artículo 557 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. En opinión del autor, que suscribimos, la respuesta debe ser afirmativa cuando el ejecutado funda la pluspetición en el pago o la quita o espera parcial porque tales hechos están previstos en dicho art. 557 y ha de ser negativa cuando se fundamenta en causas o hechos determinantes de la minoración de la deuda no previstos expresamente como tales causas de oposición, ya que, en el caso de admitirse, se estaría abriendo la puerta, siquiera sea indirectamente, a la admisión de causas de oposición no previstas en el artículo mencionado, cuando la jurisprudencia es unánime al decir que estas causas son *numerus clausus.* Añade que se pronuncia en este sentido el AAP de Madrid, 5 diciembre 2016[21], para el que, además, "dentro de tal concepto (de pluspetición) no se incluye el supuesto de que no se deba nada por la extinción de la garantía o por el no incumplimiento de sus obligaciones por la promotora avalada (…) Si nada se debe por otras causas distintas a las previstas en ese artículo 557 LEC, no estamos en un supuesto de pluspetición, sino que ha de acudirse al juicio declarativo correspondiente porque tal supuesto no está previsto como causa de oposición en el citado precepto".

Esta suposición se ve reforzada si tenemos en cuenta el detalle con que sí se pronuncia el artículo 695. 2º LEC, en sede de la específica ejecución hipotecaria y pignoraticia, cuando circunscribe el caso del "error en la determinación de la cantidad exigible" a la discordancia entre libretas o al saldo resultante del cierre de cuentas corrientes u operaciones similares.

20 Vid. Moreno Cordón, F.: "Una precisión sobre la excepción de pluspetición en el proceso de ejecución", *blog de Gómez-Acebo y Pombo*, entrada de 22 de octubre, 2018. <https://www.goole.com / url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&ved=2ahUKEwjvyfK3tfz0AhUB8xQKHTnqBHUQFnoECAIQAQ& url=https%3A%2F%2Fwww.ga-p.com%2Fpublicaciones%2F una -precision-sobre-la-excepcion-de-pluspeticion-en-el-proceso-de-ejecucion%2F&usg=AOvVaw 2f FQ4s YvfJqwJ5f5S39tVX>

21 AAP Madrid 5 diciembre 2016 (TOL. 5.916.306)

Respecto de la consideración de la abusividad de cláusulas, no parece tener acogida jurisprudencial el argumento de que lo sea la adquisición de créditos a precio "de saldo" para reclamar el todo al deudor. Se ha argumentado que esta práctica no empeora la posición del deudor, ya que el acreedor original podría reclamar igualmente el todo[22]. Nos remitimos a los comentarios efectuados acerca del art. 1189 CC, y a las objeciones que hemos formulado a la admisibilidad incondicionada de esta idea. Fuera de los supuestos expuestos, el art. 564 LEC acoge solamente causa surgidas "después de precluidas las posibilidades de alegación en juicio o con posterioridad a la producción de un título ejecutivo extrajudicial, distintos de los admitidos por esta ley como causas de oposición a la ejecución".

IV. LA DEFENSA DEL DEUDOR EN LA LEY 511 DEL FUERO NUEVO DE NAVARRA. BREVE COMENTARIO DE LA STC 157/2021, 16 SEPTIEMBRE.

En esta línea, subrayamos el acierto, a nuestro entender, con el que la reciente STC del Pleno 157/2021, de 16 de septiembre[23], en la que, entre otros pronunciamientos, este Tribunal refrenda la constitucionalidad de la Ley 511 del Fuero Nuevo de Navarra, en su versión de 2019. Nos dice, en cuanto a esta Ley, que … no será ilegal … si se interpreta de acuerdo con los criterios jurídicos del TC. La Ley mencionada prevé que:

"El acreedor puede ceder su derecho contra el deudor; pero, cuando la cesión sea a título oneroso, el deudor quedará liberado abonando al cesionario el precio que este pagó más los intereses legales y los gastos que le hubiere ocasionado la reclamación del crédito.

22 Así lo argumentan entre otros, el AAP Barcelona 30 enero 2017 (TOL 6.331.980) según la cual: "En fecha 26 de mayo de 2015 la entidad Iberia Inversiones II *Limited* compareció en autos manifestando y acreditando que por medio de la escritura de 19 de noviembre de 2014 la titular del crédito Banco Bilbao Vizcaya, había efectuado cesión del mismo junto con otros más, a cuyo efecto acompañaba testimonio notarial de 7 de mayo de 2015 en el que por la fedatario público se hacía constar que en la escritura de cesión El deudor cedido no es alguien a quien el negocio jurídico de cesión le pueda causar perjuicio, como requiere el art. 1.526 para su aplicación". II.- Respecto a la cesión de un crédito litigioso, el TS ha señalado en su sentencia de 28 mayo 2015 que "el hecho de que un determinado bien -un crédito- sea objeto de un litigio no lo hace intransmisible, antes bien se parte de la validez de... no considerar que se había producido un retraso excesivo en la reclamación de la deuda". Y la SAP Castellón 31 mayo 2019, acuerda, con relación a un caso de cesión en globo, que no es necesario que conste el precio de la cesión. Rechaza también que la parte que pide la sucesión procesal, o su causante, haya incurrido en el que se denomina retraso desleal en el ejercicio del derecho porque, como regla general, que quien usa de su derecho, no ocasiona daño, aunque no obtenga una solución positiva a su demanda; y tampoco considera que se den los requisitos que se han exigido para que se constate la concurrencia de abuso o ejercicio desleal, expuestos en la STS 769/2010, 3 diciembre: a) el transcurso de un periodo de tiempo sin ejercitar el derecho; b) la omisión de su ejercicio; y c) creación de una confianza legítima en la otra parte de que no se ejercitará. Por su parte, el ATJUE 5 julio 2016, (TOL 5.771.972) fija la doctrina de que "… la Directiva 93/13/CEE del Consejo, 5 abril 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con los consumidores, debe interpretarse en el sentido de que no es aplicable a una normativa nacional, como la que es objeto del litigio principal, relativa al derecho del deudor de un crédito cedido por el acreedor a un tercero a extinguir su deuda reembolsando a éste el precio que haya pagado por esa cesión…".

23 STC núm. 157/2021, de 16 de septiembre (*TOL* 8604518)

Sin perjuicio de las formalidades requeridas en la legislación hipotecaria, el cedente deberá notificar al deudor de forma fehaciente la cesión, con indicación expresa e individualizada de la identidad y domicilio del cesionario y del precio abonado por su crédito.

El deudor podrá ejercitar su derecho mediante la acción o excepción que corresponda en el proceso declarativo, así como formulando oposición por pluspetición en el procedimiento ejecutivo de que se trate.

Si la cesión tuviera lugar una vez iniciado el procedimiento de ejecución, el órgano judicial requerirá al cedente para que manifieste el precio de la cesión a fin de que el deudor pueda ejercitar su derecho en el plazo que se le establezca".

Destacamos, de entre los razonamientos del Alto Tribunal que avalan la constitucionalidad y la no intromisión en las competencias del Estado para regular las bases de las obligaciones contractuales (art. 149.1.8 CE) y las normas procesales (art. 149.1.6 CE) la previsión de que:

1) El título competencial de las "bases de las obligaciones contractuales" debe ser entendido como una garantía estructural del mercado único y supone un límite directo desde la Constitución respecto de la diversidad regulatoria que pueden introducir los legisladores autonómicos, integrándose por aquellas reglas que contengan los elementos esenciales que garanticen un régimen contractual común para todos los ciudadanos.

2) En cuanto a la denunciada falta de identidad entre la ley 511 y el art. 1535 del Código civil, se señala que no es cierto que los dos preceptos vengan a regular lo mismo, ya que el estatal se refiere únicamente a los créditos litigiosos, mientras que la ley 511 se extiende a la generalidad de los créditos cedidos a título oneroso. La ley 511 no solo respeta sino que presupone el cumplimiento de los elementos esenciales que conforman el contrato de cesión de créditos: la posibilidad de la libre cesión de créditos entre cedente y cesionario por acuerdo de las partes, la no necesidad del consentimiento del deudor cedido para la perfección del contrato, y la subrogación del cesionario en la posición del cedente desde el momento mismo en que se perfecciona ese negocio jurídico, siendo oponible al deudor tal situación cuando este tenga conocimiento de ello. La ley 511 se circunscribe a establecer «puntualizaciones» en el régimen del contrato de cesión de créditos.

3) Alude también al carácter histórico de la competencia de Navarra respecto a su Derecho civil foral, tal como resulta del preámbulo de la Ley Foral 21/2019 y de su ley 1, de manera que las competencias que Navarra ejerce en materia de Derecho civil no se identifican con las que la Constitución y los estatutos de autonomía han otorgado a las comunidades autónomas, sino que se fundamentan

en la disposición adicional primera CE en relación con el art. 2 y disposición final LORAFNA. Aunque el art. 48 LORAFNA no explicite el carácter histórico de esa competencia, está claro que así es. … Corolario de lo anterior es que el límite de las competencias navarras en esta materia es la unidad constitucional.

4) Por último, se argumenta que tampoco resultaría aquí de aplicación la doctrina de la STC 13/201931 enero[24], respecto a la disposición adicional de la Ley del Parlamento de Cataluña 24/2015, pues se trataba de una disposición que pretendía proteger a los consumidores y carecía de precedentes en el Derecho catalán[25], mientras que la norma navarra tiene un carácter civil y ya existía en la Compilación de 1973[26]. Se descarta igualmente que la ley 511 afecte al régimen de perfeccionamiento de los contratos, así como a la unidad de mercado. La Sentencia relativa a la normativa catalana 13/2019, 31 enero puede invadir la competencia estatal respecto de algunas previsiones mercantiles y financieras pero, a mi entender, debería haber matizado la distinción que establece claramente la STC 157/2021, 16 septiembre, entre el "retracto de créditos litigiosos", previsto en los arts. 1535 y 1536 CC y el pago del deudor requerido en la reclamación de créditos no litigiosos, sino ejecutivos.

De la norma navarra destacamos su acierto al resolver las cuestiones técnicas de la fijación del importe de la cesión por requerimiento judicial, que suele faltar en las cesiones en bloque[27], y la de diferenciar la vía declarativa y la vía ejecutiva,

24 Según la STC núm. 13/2019, 31 enero (*TOL* 7059452), se anula la pretensión de la legislación catalana de que el fiador se beneficie de la quita conseguida por el deudor en el procedimiento concursal. (Habría que pensar en la competencia exclusiva el Estado en materia mercantil, recogida, también en el art. 149.1. 6 CE) La regulación de los efectos del contrato de fianza se contiene en el Código civil y en la Ley concursal. En cuanto a la D.A.1ª mencionada, dice que … f) la disposición adicional prevé que, en caso de cesión a título oneroso de un crédito garantizado con la vivienda, el deudor podrá liberarse de la deuda «abonando al cesionario el precio que éste ha pagado más los intereses legales y los gastos que le ha causado la reclamación de la deuda». Esta regulación parece inspirarse en el artículo 1535 del Código civil. Dado que el legislador autonómico carece de competencia para dictar normas de carácter civil, la mera reproducción del precepto estatal vulnera las competencias estatales. La disposición controvertida regula el retracto de créditos garantizados con vivienda, lo que no puede entenderse amparado en las competencias autonómicas en dicha materia, ni en la conservación, modificación y desarrollo de los derechos civiles, forales o especiales. Infringe también la competencia del Estado en materia de ordenación de la economía y del crédito, banca y seguros, con el riesgo añadido de que pone en peligro las medidas adoptadas con esta finalidad en el título III de la Ley 5/2015, de 27 de abril, de fomento de la financiación empresarial. Esta ley no establece limitación alguna sobre el precio, ni riesgo adicional del cesionario, más allá del impago por parte del deudor o los asociados a las garantías. … La disposición controvertida, al referirse al conjunto de créditos cedidos a título oneroso, afecta a estas operaciones y genera una clara inseguridad jurídica en el adquirente y en la operativa en general. Se convierte en un elemento de incertidumbre que afecta al propio precio y, por tanto, a la financiación de las entidades de crédito.

25 Con relación al comentario específico de la normativa catalana afectada por la STC 13/2019, 31 enero, vid. Campo Güerri, M. A.: "Notificación al deudor de la cesión de créditos hipotecarios en Cataluña" https://www.notariosyregistradores.com/web/secciones/doctrina/articulos-doctrina/notificacion-al-deudor-en-la-cesion-de-creditos-hipotecarios-en-cataluna/.

26 No en balde, el ilustre romanista Álvaro D'Ors Pérez-Peix, conocedor del espíritu y finalidad del precepto anastasiano original, tuvo una participación importante en este texto legislativo.

27 Vid. López- Dávila Agüeros, F.: https://blog.sepin.es/2019/07/cesion-bloque-creditos-derecho-retracto-deudor/ *blog Sepín Inmobiliario*, entrada de 17 de julio de 2019, quien expone que … En la actualidad, debido a la transmisión en bloque que muchas entidades financieras están realizando de sus créditos, sobre todo hipotecarios, a fondos de inversión, que los adquieren a un precio inferior a su valor real, esta figura ha

en la que el trámite de oposición será la pluspetición. Frente al caso de la posible viabilidad común de reclamar aquello en que se hubiera lucrado ilegítimamente el tercero que paga por la acción de rendición de cuentas al mandatario o al gestor oficioso[28], en este caso, al venir amparado el ejercicio de la acción directamente por la ley y preverse la fijación del importe de la cesión[29] sí parece más factible que la pluspetición pueda ejercitarse directamente por la vía del art. 557.3º LEC.

V. ALUSIÓN A LAS ESPECIALIDADES DE LOS CRÉDITOS MERCANTILES E HIPOTECARIOS.

El Código de Comercio no se pronuncia acerca del contenido de la cesión de créditos. Los arts. 347 y 348 C Com no parecen prejuzgar sobre el contenido de la reclamación contra el deudor. Dispone el art. 347 C Com, que los créditos mercantiles no endosables ni al portador, se podrán transferir por el acreedor sin necesidad del consentimiento del deudor, bastando poner en su conocimiento la transferencia. El deudor quedará obligado para con el nuevo acreedor en virtud de la notificación, y desde que tenga lugar no se reputará pago legítimo sino el que se hiciere a éste. Y el art. 348, que el cedente responderá de la legitimidad del crédito y de la personalidad con que hizo la cesión; pero no de la solvencia del deudor, a no mediar pacto expreso que así lo declare. Parece lógico considerar que lo previsto en el Código Civil integra el contenido de las previsiones expuestas, en virtud de su subsidiariedad conforme al art. 4.3 CC.

Con relación a la cesión de créditos mercantiles, merece citarse la reserva competencial regulatoria a favor del Estado, ya aludida[30], y que la doctrina jurisprudencial autoriza la cesión plena aún sin conocimiento del deudor, respecto del que la notificación solo actúa como circunstancia enervante de la legitimidad de un pago al titular cedente. En cuanto al primer punto, podemos citar la SAP

sufrido un renacimiento en nuestro panorama jurídico, como una solución más económica para aquellos prestatarios que ven abierta la posibilidad de cancelar su deuda por una menor cuantía de la realmente debida. Añade que … desde el punto de vista práctico y real, nada más lejos de la realidad, pues … los requisitos que se vienen exigiendo para conceder esa posibilidad, cuando la cesión se ha realizado en bloque, la convierte prácticamente en una utopía. Al problema del crédito que no se considera litigioso y la exigencia de tener que incoar la vía declarativa añade la falta de constancia del precio pagado en las cesiones en bloque, problemas procesales de los que ya nos hemos ocupado.

28 Lo de convertir al gestor oficioso en mandatario sí queda en manos del deudor, según el art. 1892 CC, por medio de la ratificación, pero, precisamente, lo que sugiere esta ratificación no es la de repetir y reclamarle la entrega de todo lo que haya obtenido en virtud del mandato previsto en 1720 CC, sino, más bien, exonerarle de rendir cuentas.

29 Si bien habría que ver también si se puede garantizar que el comunicado por el acreedor en virtud de requerimiento sea el precio efectivamente pagado, algo que será difícil de rebatir por el deudor, salvo que conste claramente en la escritura. Tal vez, podría ayudar el conocimiento del importe declarado fiscalmente por la cesión. También contribuyen a una más certera comprobación las exigencias de la Ley 10/2010 de 28 de abril, de prevención del blanqueo de capitales, en tanto exige la acreditación de los medios de pago en el otorgamiento de escrituras.

30 A lo que ha de añadirse la sumisión al Derecho Comunitario. A este respecto, conviene puntualizar que la protección del tráfico jurídico no se extiende a las adquisiciones a título gratuito, caso de la diferencia entre el importe satisfecho al acreedor originario y el nominal del crédito cedido.

Navarra, 10 abril 2019[31], según la cual: " … la cesión de créditos mercantiles está regulada en los artículos 347 y 348 C Com, preceptos éstos que no contemplan, como hace la Ley 511 FN en supuestos de cesión de créditos a "título oneroso", la facultad del deudor de liberarse "abonando al cesionario el precio que éste pagó más los intereses legales y los gastos que le hubiere ocasionado la reclamación del crédito… , a pesar de ser aplicable la normativa del Fuero Nuevo por haberse celebrado el contrato del que deriva el crédito cedido en Corella (art. 10.5 CC)", argumentando que " …debe continuarse la ejecución por las normas de derecho civil común, arts. 540 y 17 LEC, por no ser necesario aportar el precio de la cesión habida cuenta que el crédito reclamado no puede ser calificado como litigioso, atendiendo a la propia naturaleza de la institución jurídico - privada regulada en ... el crédito litigioso…". Por su parte, la STS 3 noviembre 2021[32] determina que el régimen de aplicación de los intereses de demora de la ley de lucha contra la morosidad no se altera por el hecho de la cesión, que se produce de acuerdo con el art. 1212 CC, con todos sus derechos y accesiones[33].

Habrá de diferenciarse la cesión de créditos ordinaria, que participa propiamente de la normativa civil en cuanto a su mecánica, y el frecuente caso de la incorporación de derechos a títulos objeto de tráfico jurídico. Entre estos últimos encontramos los casos de los títulos-valores o las titulizaciones de créditos, entre otros, hipotecarios[34], y una problemática específica derivada de su circulación. Pudiera darse el caso de que el cesionario que reclama contra el deudor del crédito cedido sin su conocimiento hubiera satisfecho efectivamente el importe que reclama por principal, aparte los restantes conceptos en que pueda haber quedado subrogado, pero que un cedente intermedio sí se hubiera enriquecido al adquirir a bajo coste. Pudiera sugerirse una solución semejante al caso contemplado en el art. 65 de la

31 SAP Navarra 10 abril 2019, (TOL 7.591.431)

32 STS 3 noviembre 2021 (TOL 8.639.832)

33 Parece admitirse sin problemas que se puede reclamar por la totalidad de su importe, con independencia del precio satisfecho por el cesionario.

34 Para la normativa vigente hasta el 8 julio 2022, amparada en la Ley 2/81, 25 marzo, vid. Moyá Fernández, A., Pérez Pujazón, E. y Trigo Serra, E.: "Cesión de créditos y cuestiones prácticas de interés: retracto de crédito litigioso y titulización", *Actualidad jurídica Uría Menéndez,* núm. 44, 2016, pp. 59 ss. con explicaciones que inequívocamente defienden el punto de vista del inversor. La ley mencionada se deroga por la DF 6 RDL 29/2021, 21 diciembre. Esta disposición modifica el RDL 24/2021, 2 de noviembre, transposición de directivas de la Unión Europea en las materias de bonos garantizados y distribución transfronteriza de organismos de inversión colectiva, entre otras materias, y obliga a las entidades emisoras de las cédulas y bonos señaladas en el apartado anterior a desarrollar, para dicha fecha, n las acciones necesarias para ejecutar respecto de dichos activos las obligaciones previstas en dicho RDL. La norma expresada incide en aspectos como la cobertura de las emisiones, la comercialización e información a inversores y divulgación, la supervisión pública y la internacionalización. No obstante, no parece mejorar la posición del deudor. La transmisión se prevé en el art. 28, que dispone la *innecesariedad de intervención de fedatario público ni de notificación al deudor* y la posibilidad de admisión a los mercados regulados y sistemas multilaterales de negociación. Las entidades emisoras podrán adquirir bonos garantizados emitidos por ellos mismos o por entidades de su grupo. Según el art. 29, los bonos garantizados serán admitidos como activos de las reservas obligatorias de las sociedades y empresas mercantiles, equiparándose a estos efectos a los valores cotizados en mercados regulados y sistemas multilaterales de negociación. En particular, se aplica a entidades aseguradoras, fondos de pensiones, sociedades y fondos de inversión mobiliaria y el fondo de reserva de la Seguridad Social. En definitiva, se incide sobre la disciplina financiera, lo que, en su caso, puede endurecer las exigencias para proceder a titulizaciones, pero, se reitera, no cambia la situación del deudor.

LCCH al expresar que: "Cuando el tenedor hubiera perdido la acción cambiaria contra todos los obligados, y no pudiere ejercitar acciones causales contra ellos, podrá dirigirse *contra el librador, el aceptante o un endosante, exigiéndoles el pago de la cantidad con la que se hubieren enriquecido injustamente en su perjuicio…*", por más que después se contemple esta normativa para el supuesto específico de la falta de los actos exigidos por la Ley para la conservación de los derechos que derivan del título[35].

Otro punto relevante es el de subrayar la legitimidad que, frente al caso de especulación que se denuncia en el presente trabajo, tiene la figura del descuento. Nos remitimos nuevamente a las magistrales explicaciones de Nanclares Valle, quien incide en la previsión del art. 1127 CC, de que el plazo de los créditos, en nuestro derecho, se presume establecido en favor del deudor y del acreedor, a no ser que del tenor de aquellas o de otras circunstancias, resulte haberse establecido en favor del uno o del otro. En el caso de haberse adquirido un crédito con anterioridad a su vencimiento, es justo conceder al cesionario el derecho a reclamar los intereses devengados desde el momento de la cesión hasta el vencimiento[36].

En materia hipotecaria son de aplicación los arts. 1878 CC, que admite genéricamente la "enajenación o cesión del crédito hipotecario a un tercero en todo o en parte, con las formalidades exigidas por la Ley", y los arts. 149 LH para la cesión ordinaria, art. 150 LH para la cesión de la hipoteca cambiaria y respecto de la defensa del deudor cedido, el art. 1164 CC, el art. 151 LH y el art. 176 RH. Estos últimos han sido objeto de diversos pronunciamientos de la DGRN, que ha pasado a llamarse actualmente DGSJFP. La RDGRN 18 febrero 2018[37] contempla un caso de cesión de créditos hipotecarios asumidos en bloque por el Banco de Sabadell desde la extinta Caixa de Galicia cedidos a su vez por el Banco de Sabadell a la SAREB, titular registral el 28 de agosto de 2017, cuando se presenta una escritura de carta de pago y cancelación de la misma hipoteca otorgada por la Caixa de Galicia el 3 de julio de 2009. Se resolvió en contra de la calificación del registrador, que la escritura era inscribible, por deber prevalecer, como norma especial, el art. 151 LH y su trasunto, el art. 176 RH sobre la regla general de tracto del art. 20 LH y el art. 144 LH.

Merecen mencionarse, asimismo, las medidas específicas de protección de la vivienda habitual[38], y la medida que introduce la Ley 5/2019, 15 marzo, reguladora

35 No se desconoce, al formular esta observación, que esta posibilidad teórica va a ser muy difícil de materializarse en la práctica.

36 Vid. Nanclares Valle, J.: "El cambio de acreedor …", cit., p. 67.

37 RDGRN 18 febrero 2018 (BOE 7-03-2018)

38 Estas especialidades se plantean a partir de la debida constancia registral de esta condición, y se extienden a prácticamente todos los aspectos de la ejecución. En particular, podemos aludir, entre otras, a la previsión

de los contratos de crédito inmobiliario, en su art. 25, conforme al cual el interés de demora solo podrá devengarse respecto del principal vencido y pendiente de pago y no podrá ser capitalizado en ningún caso, salvo el caso previsto en el art. 579.2 a) de la LEC, que se traslada también al art. 114 LH, así como el deber de expresión separada del importe del principal y de los intereses que se deduce del art. 6 g) de la Ley 5/2019 de 15 de marzo[39].

Por lo demás, la defensa del deudor cedido sin su conocimiento adopta la misma mecánica descrita respecto de los diferentes tipos de títulos ejecutivos extrajudiciales, si la ejecución se verifica por alguno de éstos. Salvo que el supuesto sea subsumible en algunos de los casos de oposición previstos en cada caso en la vía ejecutiva[40], la defensa habrá de buscarse en la vía de regreso declarativa plenaria y, en principio, sin producir nunca el efecto de suspender ni entorpecer el procedimiento ejecutivo, a menos que pueda abordarse el pago íntegro. Así podemos citar el caso resuelto por la DGSJFP 5 julio 2020[41] en que se desestima la pretensión de suspensión de la inscripción de un título de adjudicación como consecuencia de la ejecución de una hipoteca en procedimiento extrajudicial, aunque el título presentado a la inscripción expresara que el deudor, como consecuencia de la notificación del procedimiento, había interpuesto demanda ordinaria para rebatir el título ejecutado y que ésta había sido admitida a trámite.

VI. CONCLUSIONES.

1ª) Es erróneo, y así lo tiene declarado reiteradamente el Tribunal Supremo, encauzar por la vía del mal llamado "retracto de crédito litigioso" del art. 1535 CC la defensa del deudor respecto del que se ha pagado sin su consentimiento un crédito ejecutivo. Pudiera tener alguna viabilidad la defensa por la vía de regreso respecto del tercero que no ostenta un derecho legítimo propio para intervenir.

2ª) Los casos de legitimidad se traducen en los previstos en el art. 1210 CC, es decir, (i) cuando un acreedor pague a otro acreedor preferente, (ii) cuando un tercero no interesado en la obligación, pague con la aprobación expresa o tácita del deudor, (iii) cuando el que pague tenga interés en el cumplimiento de la obligación, salvos los efectos de la confusión en cuanto a la porción que le corresponda, y los

específica de los arts. 575. 1 bis, 579 y 671 LEC.

39 Esta última previsión, a tenor de las investigaciones de ROTH, W. D.: *Untersuchungen zur Kreditparatheke im Römischen Agypten. Ein Beitrag zum Zinsrecht der Papyri und zum nomos ton parathekon,* Marburg, 1970, pp. 14 y ss., es coincidente con las exigencias impuestas alrededor del año 80 d. C. en las provincias orientales conquistadas por Roma, según lo advierte el autor a partir del examen de papiros egipcios y orientales de la época.

40 Los supuestos son objeto de regulación diversa según la clase de título de que se trate. Sin ánimo exhaustivo, podemos citar la oposición hipotecaria o prendaria, prevista en los arts. 695 y 697 CC, las excepciones previstas en el art. 67 LCCH, o el caso de los arts. 250 y 251 de la Ley 14/2014, de Navegación Marítima respecto del conocimiento de embarque.

41 RDGSJFP 5 julio 2020, (BOE 30 -07- 2020).

previstos en el art. 1536 CC, que bien pueden verse englobados en el supuesto últimamente previsto, es decir, el coheredero o condueño de un derecho cedido, el acreedor que adquiere en defensa de su propio crédito, o el poseedor de una finca sujeta al derecho litigioso que se ceda. No parece una lista cerrada, ya que podría pensarse en cualquier interviniente que actúa con un interés propio, así, hemos mencionado anteriormente, por ejemplo, al fiador. Las intervenciones, en otro caso, al no obedecer a un interés legítimo del interviniente (ya que el de lucrarse a costa del deudor no puede considerarse tal según una interpretación finalista y sistemática) han de considerarse hechas en nombre o por cuenta del deudor y ello justifica la exigencia de rendición de cuentas, por el mandato o por la gestión de negocios ajenos sin mandato.

3ª) El Fuero Navarro sí prevé la posibilidad de liberar un crédito ejecutivo por el deudor, pagando el importe satisfecho por un tercero, y parece factible oponerse a la petición de un importe (de principal) superior al satisfecho por el ejecutante por la excepción de pluspetición en el propio procedimiento ejecutivo, aparte de la defensa propia general en un proceso declarativo. La STC 157/2021, 16 septiembre, avala la competencia de la CCAA Foral Navarra para la emisión de la Ley 511 en la medida en que se interprete como previene.

4ª) Las conclusiones expuestas en el punto 2 han venido poniéndose de manifiesto por doctrina muy autorizada no obstante lo cual siempre quedarán dudas acerca de su resultado en su ejercicio ante los Tribunales. A ello se suma el hecho de que la acción de rendición de cuentas contra el gestor interviniente solo sería ejercitable en vía de regreso, al no ser susceptible de tramitarse en el seno de un procedimiento ejecutivo. Sería deseable que el legislador nacional atendiera el caso de modo directo, y proveyera una reforma legislativa que no dejara lugar a dudas para combatir las prácticas odiosas de fondos "buitre" que vienen sufriendo particulares y empresas por no delimitar el art. 1159 CC el alcance de la subrogación hecha sin conocimiento del deudor cedido. Con ello, se recuperaría precisamente el propósito previsto por el Emperador Anastasio I al promulgar su disposición. Podría servir de guía la Ley 511 del Fuero Navarro.

BIBLIOGRAFÍA

Blasco Gascó, F. de P.: "El llamado retracto de crédito", *Revista jurídica de la Comunidad Valenciana,* núm 79, 2/2021.

Campo Güerri, M. A.: *Notificación al deudor de la cesión de créditos hipotecarios en Cataluña,* https://www.notariosyregistradores.com/web/secciones/doctrina/articulos-doctrina/notificacion-al-deudor-en-la-cesion-de-creditos-hipotecarios-en-cataluna/ (consultado el 21-12-21).

Cañizares Laso, A.: "Ni se trata de un retracto ni se trata de un derecho potestativo: se trata sencillamente de un pago. Comentario a la STS de 10 de mayo de 2021", blog *Almacén de Derecho*, 29 de julio de 2021. https://almacendederecho.org/el-mal-llamado-retracto-de-credito-litigioso-del-art-1535-del-codigo-civil (consultado el 21-12-21).

Del Olmo García, P.:

- *Pago de tercero y subrogación*, Civitas, Madrid, 1998.
- "Enriquecimiento injusto y pago de un tercero en la tradición del *common law*: PIC, PECL, DCFR CESL", *Anuario de Derecho Civil*, Tomo LXIX, 2016, fase I.

Fernández Belzunegui, P.: *Lex Anastasiana. La cesión de créditos en los siglos V-VI y su contexto histórico.* Tesis doctoral. 28-07-2020 UPV, http://hdl.handle.net/10810/50262> (consultado el 21-12-2021).

Galicia Aizpurua, G. H.: "Pago por tercero de deuda ajena (a propósito de la STS de 26 de mayo de 2011, RJ 3988)", en *Estudios de Derecho Civil en homenaje al Profesor Joaquín Rams Albesa,* Dykinson, Madrid, 2013.

García Goyena, F.: *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil Español,* Madrid, 1852, tomo III.

López Dávila, F.: https://blog.sepin.es/2019/07/cesion-bloque-creditos-derecho-retracto-deudor/ Blog *Sepín Inmobiliario,* entrada de 17 julio, 2019 (consultado el 21-12-2021).

Moreno Cordón, F.: "Una precisión sobre la excepción de pluspetición en el proceso de ejecución", Blog *Gómez-Acebo y Pombo*, entrada 22 octubre 2018 *U <https:/ /www.goole.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&ved=2ahUKEwjvyfK3tfz0AhUB8xQKHTnqBHUQFno ECAIQAQ& url=https%3A%2F%2Fwww.ga-p.com%2Fpublicaciones%2F una -precision-sobre-la-excepcion-de-plus-*

peticion-en-el-proceso-de-ejecucion%2F&usg=AOvVaw 2f FQ4s YvfJqwJ5f5S39tVX> (consultado el 21-12-21).

Moyá Fernández, A., Pérez Pujazón, E. y Trigo Serra, E..: "Cesión de créditos y cuestiones prácticas de interés: retracto de crédito litigioso y titulización", *Actualidad jurídica Uría Menéndez,* núm. 44, 2016.

Nanclares Valle, J.: "El cambio del acreedor en Derecho Navarro", *Revista Jurídica de Navarra,* núm. 31, 2001.

Roth, W. D.: *Untersuchungen zur Kreditparatheke im Römischen Agypten. Ein Beitrag zum Zinsrecht der Papyri und zum nomos ton parathekon,* Marburg, 1970.

Sabater Bayle, E.: "Libro V. Gestión de negocios ajenos", *Unificación del Derecho Patrimonial Europeo,* coord. Eduardo Valpuesta Gastaminza, Bosch, Barcelona, 2011.

Sánchez Jordán, Mª. E.: *La gestión de negocios ajenos*, Civitas. Madrid, 2000.

RETOS PENDIENTES DEL DERECHO DE LA INSOLVENCIA ESPAÑOL EN EL TRATAMIENTO DEL SOBREENDEUDAMIENTO FAMILIAR*

REMAINIG CHALLENGES OF SPANISH INSOLVENCY LAW IN THE TREATMENT OF FAMILY OVERINDEBTEDNESS

Rev. Boliv. de Derecho Nº 34, julio 2022, ISSN: 2070-8157, pp. 394-421

* Este trabajo se ha llevado a cabo en el marco del Grupo de Investigación "De Iure" (s-26-17R), del Gobierno de Aragón, dirigido por el Prof. Dr. D. Juan Francisco Herrero Perezagua.

Mª. Inmaculada
LLORENTE
SAN
SEGUNDO

ARTÍCULO RECIBIDO: 11 de mayo de 2022
ARTÍCULO APROBADO: 15 de junio de 2022

RESUMEN: La insolvencia de la persona natural es un fenómeno complejo pues debe conjugar los intereses de los acreedores que tratan de cobrar sus créditos y los de los deudores cuyo patrimonio es insuficiente para el pago. En tales casos debe valorarse si el proceso debe conllevar la ejecución de todo el patrimonio embargable del deudor y el alcance de la exoneración de las deudas pendientes de pago a la conclusión del procedimiento, en interés no solo del deudor concursado sino del conjunto de los miembros de su unidad familiar.

PALABRAS CLAVE: Persona natural; concurso individual; consumidor: bien inembargable, segunda oportunidad: concurso de acreedores; Ley Concursal.

ABSTRACT: *The insolvency of the natural person is a complex phenomenon because it must combine the interests of the creditors who try to collect its claims and those of debtors whose assets are insufficient to payment. In such cases it must be assessed whether the process should involve the enforcement of the debtor's entire attachable assets and the extent of the exemption of outstanding debts at the conclusion of the procedure, in the interest not only of the bankrupt debtor but of all the members of your family unit.*

KEY WORDS: *Natural person; personal bankruptcy; consumer; unattachable propertie; fresh start; bankruptcy proceedings; Bankruptcy Act.*

SUMARIO.- I. INTRODUCCIÓN.- II. LA PROTECCIÓN DE LOS INTERESES FAMILIARES EN LA TRAMITACIÓN DEL PROCEDIMIENTO DE EJECUCIÓN COLECTIVA.- 1. Fundamento.- 2. El sobreendeudamiento hipotecario en la legislación extraconsursal.- La protección del deudor hipotecario sin recursos o en situación de vulnerabilidad.- 3. El tratamiento de la vivienda familiar en el marco del procedimiento concursal.- III. LA PROTECCION DE LOS INTERESES FAMILIARES TRAS EL CONCURSO. EL ALCANCE DE LA SEGUNDA OPORTUNIDAD.- 1. La incorporación de la regulación del beneficio de exoneración del pasivo insatisfecho del deudor (BEPI) a nuestra legislación.- 2. La segunda oportunidad en la regulación del TRLC.- 3. Principales directrices de la normativa comunitaria.- 4. La segunda oportunidad en el Proyecto de reforma de legislación concursal.- 5. La extensión de la exoneración al cónyuge del concursado.

I. INTRODUCCIÓN.

No hay duda de que nos encontramos inmersos en una etapa complicada y convulsa a nivel mundial. A lo largo de los últimos años se han ido sucediendo escalonadamente importantes crisis económicas que han incidido de manera directa en la capacidad de las familias de hacer frente a los gastos necesarios para atender a sus necesidades y para conseguir el desarrollo y el bienestar de todos sus miembros. Por ello, uno de los retos del Derecho actual es solucionar estas situaciones de insolvencia para evitar situaciones de exclusión social en interés de los afectados y del conjunto de la sociedad. Se trata de evitar la caída en la marginalidad de una multitud de familias, con los costes económicos y sociales que conlleva, y que los afectados acudan a mecanismos defensivos indeseables -como el fraude fiscal o a la economía sumergida-, lo que, a la postre, solo lastra y retrasa su recuperación[1].

En teoría la solución es sencilla. Es necesario un marco legal que dé una respuesta rápida y eficaz a la insolvencia de los ciudadanos y de sus familias. En la práctica, sin embargo, estamos lejos de contar con una regulación adecuada por distintas razones: la familia, como de todos es sabido, carece en nuestro ordenamiento jurídico de personalidad jurídica, no es sujeto de Derecho, por lo que la familia como tal no es insolvente. Lo serán las personas físicas o naturales que la integran. Pero si bien es cierto que no existe como tal el *concurso familiar,* cuando el deudor persona fisca es miembro de una unidad familiar los efectos de su insolvencia transcienden del ámbito puramente personal y afectan directamente a la existencia

1 Según el informe "Efectos de la crisis económica en los órganos judiciales" hecho público por la Sección de Estadística del Consejo General del Poder Judicial, durante 2021, los concursos mostraron una tendencia al alza que se mantuvo de forma sostenida hasta final de año. El número total de concursos fue de 18.892, lo que supone un aumento del 37,5 % respecto a 2020 y del 57 % en relación con 2019, Los concursos de personas físicas no empresarios han mostrado en toda España un incremento del 45,6 por ciento respecto a 2020 y del 96,7 por ciento respecto a 2019. La Comunidad Autónoma con mayor número ha sido Cataluña, donde se registraron 2.642. Le siguieron Madrid, con 1.661; Andalucía, con 1.307; y la Comunidad Valenciana, con 1.243.

• Mª. Inmaculada Llorente San Segundo
Profesora Titular de la Universidad de Zaragoza. Correo electrónico: inmallo@unizar.es.

de los otros miembros de la unidad familiar (cónyuge o pareja de hecho, hijos o descendientes a su cargo), creando un interés que debería ser especialmente contemplado y protegido al regular el tratamiento de la insolvencia. Lo cierto es que, sin embargo, el legislador español está muy lejos de contemplar los intereses o necesidades familiares como una de sus prioridades. Así lo demuestra el estudio de la norma de referencia del derecho concursal español: la Ley 22/2003, de 9 de julio*, Concursal* (en adelante, LC)

Esta norma, tuvo como novedad básica la de establecer un único procedimiento, el concurso, para toda clase de deudores y toda clase de deudas como claramente indica su art. 1 de la Ley dedicado al presupuesto subjetivo del concurso, al establecer que la declaración de concurso procederá respecto de cualquier deudor, sea persona natural o jurídica. Ahora bien, el hecho de que el procedimiento sea único para todos los deudores, sean personas naturales o jurídicas, no significa que la ley no establezca diferencias entre unos y otros, porque la naturaleza de las cosas impone normas diversas a lo largo del todo el articulado. Si el deudor es una persona natural habrá que tener en cuenta el derecho de alimentos que puede concurrir en ese caso, supuesto que no tiene sentido cuando se trata de una persona jurídica; habrá que tener en cuenta también si se trata de una persona casada, puesto que el procedimiento concursal tiene incidencia en el régimen matrimonial; también hay diferencias a la hora de establecer las personas especialmente vinculadas con el deudor para calificar sus créditos como subordinados y las personas a las que les puede afectar la declaración del concurso como culpable según se trate de una persona natural o de una persona jurídica (arts164, 165 y 172 LCon). Varían, y mucho, también, los efectos de la apertura de la fase de liquidación, que en las sociedades equivale a la disolución de la sociedad (art 145,2 LCon), de la misma manera que los efectos de la conclusión del concurso por insuficiencia de bienes y derechos del deudo, que en la persona jurídica dan lugar a su extinción (art. 178.3 LCon). Evidentemente, el procedimiento concursal no da lugar en ningún caso a la extinción de la persona natural. En suma, aunque en teoría hay un único procedimiento, en la práctica hay normas diferenciadas según se trate de un deudor persona natural o de una persona jurídica. Pero es que, además, a pesar de la generalidad del procedimiento de la Ley de 2003, éste está realmente pensado para personas jurídicas, para sociedades, y no para todo tipo de sociedades, sin fundamentalmente para sociedades de ciertas dimensiones, por lo que el procedimiento es absurdamente complicado, y caro, para su aplicación a lo que se suelen denominar *pequeños concursos*, de personas naturales, o de empresarios individuales con un bajo nivel de endeudamiento y un número pequeño de acreedores.

Pero, por otro lado, como ya hemos señalado, el legislador concursal no ha tenido nunca especialmente en cuenta los intereses de las personas cercanas al

concursado a la hora de regular el concurso de la persona natural lo que ha motivado la existencia de graves problemas en distintos ámbitos. No es este trabajo el lugar idóneo para repasar detalladamente todas y cada una de estas deficiencias. Nuestro interés se centra en el análisis de dos de las cuestiones que más importancia tienen en el ámbito de la vida familiar: la concreción de la protección de la vivienda familiar y la regulación de la solución a lo que se denomina "pasivo insatisfecho del deudor persona natural", entendiendo por tal, lo que las personas naturales siguen debiendo tras la terminación del concurso y la liquidación de todos sus bienes y derechos (o, como también se le denomina, mecanismo de segunda oportunidad).

La oportunidad del estudio obedece a que el tratamiento de la insolvencia en el Derecho español se encuentra hoy por hoy en un momento de transición. Por un lado, el 7 de mayo de 2020 se publicaba el Real Decreto Legislativo 1/2020, por el que se aprobaba el Texto Refundido de la Ley Concursal, (en adelante, TRLC) que entró en vigor el día 1 de septiembre. Por otro lado, paralelamente, España debe transponer la Directiva sobre marcos de reestructuración preventiva y exoneración de deudas, norma cuya transposición debe suponer una transcendental reforma de algunos aspectos de la regulación contenida en el vigente texto refundido de la ley concursal en materia de vivienda familiar y de segunda oportunidad, por las importantes precisiones que en estas cuestiones presenta la mencionada directiva. La finalidad última del trabajo es examinar cómo se han concretado las mencionadas reformas en el Proyecto de Ley de reforma del texto refundido de la Ley Concursal, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, para la transposición de la Directiva (UE) 2019/1023 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, sobre marcos de reestructuración preventiva, exoneración de deudas e inhabilitaciones, y sobre medidas para aumentar la eficiencia de los procedimientos de reestructuración, insolvencia y exoneración de deudas, y por la que se modifica la Directiva (UE) 2017/1132 del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre determinados aspectos del Derecho de sociedades (Directiva sobre reestructuración e insolvencia).

II. LA PROTECCIÓN DE LOS INTERESES FAMILIARES EN LA TRAMITACIÓN DEL PROCEDIMIENTO DE EJECUCIÓN COLECTIVA. ALCANCE ACTUAL Y FUNDAMENTO.

1. Fundamento.

La Ley Concursal, al regular el procedimiento de ejecución colectiva, excluye determinados bienes del procedimiento pese a su carácter patrimonial, es decir, pese a reunir todos los requisitos para incluirse dentro de la masa activa del concurso. De este modo, el art. 76.2 de la LC, traslada al marco del concurso la garantía establecida en los arts. 605, 606 y 607 de la Ley de Enjuiciamiento

Civil, preceptos que determinan la prohibición de embargar determinados bienes, cantidades y salarios para asegurar que el deudor, a pesar de ver intervenido judicialmente su patrimonio, pueda mantener una vida digna[2]. Pero esta exigencia, derivada a juicio del Tribunal Constitucional, de la idea de justicia y dignidad humana y a la debida protección a la familia (art. 39 CE), la salud (art. 43CE), y al derecho a una vivienda digna y adecuada (art. 47 CE)[3], no ha tenido el mismo alcance en el marco de nuestro derecho concursal, en comparación con el tratamiento dado en ordenamientos jurídicos de nuestro entorno, en dos cuestiones: el tratamiento de la vivienda habitual del deudor concursado y su familia[4], y el establecimiento de un límite mayor de inembergabilidad cuando en el concursado concurren situaciones que los sitúan en riesgo de exclusión social, situación que si es tenido en cuenta por el legislador en el tratamiento del sobreendeudamiento hipotecario de los consumidores en la legislación extraconcursal.

2. El sobreendeudamiento hipotecario en la legislación extraconsursal. La protección del deudor hipotecario sin recursos o en situación de vulnerabilidad.

No hay duda de que estrechamente relacionado con la insolvencia de la persona física se encuentra el extraordinario sobreendeudamiento hipotecario de los consumidores, y si bien, es un error vincular las nociones de insolvencia de persona física/ sobreendeudamiento hipotecario[5], cabe cuestionarse si ese sobreendeudamiento hipotecario del deudor debe contemplarse en el contexto del procedimiento concursal cuando el crédito hipotecario recae sobre la vivienda

2 Sobre el tema, Marques Villalonga, J. M.ª: "La inembargabilidad de determinados bienes: un fresh start en nuestro sistema concursal", *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, núm. 15, 2011 (segundo semestre), pp. 223-231.

3 En efecto, la STC 113/ 1089, de 22 de junio de 1989, dispone que "El reconocimiento tradicional de aquel principio –desenvuelto en el marco de una evolución histórica claramente suavizadora de la situación del deudor– se revela intuitivamente como una exigencia de justicia (art. 1 c.e.), plenamente congruente con el postulado de la dignidad humana (art. 10 c.e.), al que repugna sin duda que la efectividad de unos derechos patrimoniales, tenga lugar a costa del sacrificio de unos bienes, cuya posesión está ligada a un mínimo vital, en el sentido de ofrecerse como indispensables para la realización de los fines propios de la persona; no sólo de los fines que cada persona se asigne a sí misma, sino de aquellos que el constituyente perfila expresamente como dignos de una acción tutelar positiva por parte de los poderes públicos. La protección a la familia (art. 39 c.e.), de la salud (art. 43), a la vivienda digna y adecuada (art. 47), entre otros, no sólo se ofrecen como mandatos dirigidos al legislador para el despliegue de una acción prestacional de signo administrativo, sino para el desarrollo de una acción normativa que permita configurar una especie de esfera patrimonial intangible para los terceros, precisamente para asegurar el cumplimiento de aquellos objetivos constitucionales. En este sentido la dignidad humana debe comprender como algo inherente a su significado, no sólo algunos derechos inmateriales, sino también derechos patrimoniales que permiten asegurar una misma existencia digna. En tal sentido deben ser considerados estos derechos patrimoniales, dentro de la categoría de los inviolables a que como "inherentes a la dignidad humana" menciona explícitamente el art. 10.1 de la Constitución".

4 Son muy numerosos, y valiosos, los trabajos que han puesto de manifiesto el diferente tratamiento de la vivienda familiar en nuestro derecho de la insolvencia en comparación al tratamiento dispensado en los países de nuestro entorno. Sobre el tema, Yáñez Vivero, F.: "La exclusión de la vivienda habitual hipotecada en el plan de liquidación. Una creación judicial al margen de la ley y la necesidad de reactivar un derecho paraconcursal", *Revista de Derecho Civil*, vol. VIII, núm. 1, enero-marzo 2021, pp. 1-49, p- 30.

5 Cuena Casas, M.: "Crédito responsable, fresh start y dación en pago. Reflexiones sobre algunas propuestas legislativas", *El Notario del Siglo XXI,* núm. 43, mayo-junio 2012

familiar, en línea con las soluciones legislativas dada a los deudores hipotecarios tras la crisis de 2008.

La vivienda es un bien embargable conforme a nuestra legislación, si bien el importe de lo legalmente inembargable puede aumentar cuando, en el momento de la ejecución de la vivienda, concurren circunstancias de vulnerabilidad en el deudor y su familia, pero aquellas circunstancias no paralizan ni evitan el procedimiento de ejecución.

En efecto, el Real Decreto-ley 8/2011, de 1 de julio, de medidas de apoyo a los deudores hipotecarios, de control del gasto público y cancelación de deudas con empresas y autónomos contraídas por las entidades locales, de fomento de la actividad empresarial e impulso de la rehabilitación y de simplificación administrativa, partiendo de la base de que la protección económica, social y jurídica de la familia constituye uno de los principios constitucionales rectores de la política social y económica, establece una serie de medidas para aquellas familias que han perdido su vivienda como consecuencia de sus difíciles circunstancias económicas. La finalidad, a tenor de la Exposición de Motivos, "es que las mismas no se vean privadas de un mínimo vital que les garantice tanto sus necesidades más esenciales, como la posibilidad de superar en el corto plazo su situación económica". Para ello, el real Decreto-ley incluye dos grupos de medidas con importantes efectos económicos para los que se encuentran en tal situación. La primera, dirigida a moderar el impacto de la situación de crisis sobre los ciudadanos más vulnerables y, en particular, sobre aquellos con cargas familiares, eleva el umbral de inembargabilidad cuando el precio obtenido por la venta de la vivienda habitual hipotecada en un procedimiento de ejecución hipotecaria sea insuficiente para cubrir el crédito garantizado.

En consecuencia, aun cuando el mínimo inembargable de cualquier deudor coincide con el salario mínimo interprofesional (SMI) a partir de este real Decreto-ley y, exclusivamente, para los deudores hipotecarios que han perdido su vivienda habitual, se eleva ese mínimo hasta el 150% del SMI y un 30% adicional por cada familiar de su núcleo que no perciba ingresos superiores a dicho SMI (art. 1 Real Decreto-ley 8/2011).

Por otro lado, la norma modifica la Ley de Enjuiciamiento Civil para garantizar que, en caso de producirse una ejecución hipotecaria por impago, los deudores recibirán una contraprestación adecuada por el inmueble, que les permita anular o reducir al máximo la deuda remanente. Para ello, se prevé que la adjudicación al acreedor en subasta de un inmueble hipotecado como consecuencia de una ejecución se realizará por un precio nunca inferior al 60% del valor de tasación (art. 2 Real Decreto-ley 8/2011). Se establece, por tanto, lo que el legislador considera un límite equilibrado, impidiéndose cualquier adjudicación al acreedor

inferior al 60% del valor de tasación, independientemente de la cuantía de la deuda total, pero ello en ningún caso impide la ejecución y pérdida de la vivienda familiar. La ejecución de la vivienda familiar tiene como contrapartida un incremento de lo inembargable que puede traducirse en una reducción de la masa activa, perjudicial para todos los acreedores, incluido el hipotecario cuando el valor del bien ejecutado sea inferior al valor del crédito.

De la misma manera es cierto que la ejecución y el desahucio pueden retrasarse si concurren ciertas circunstancias en la persona del deudor que permiten calificarle como deudor vulnerable. Pero, se trata de una mera demora que, a la postre, no impide la ejecución. En efecto, el Real Decreto-Ley 6/2012, de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos, cuya finalidad es el establecimiento de medidas conducentes a procurar la reestructuración de la deuda hipotecaria de quienes padecen extraordinarias dificultades para atender su pago, y de mecanismos de flexibilización de los procedimientos de ejecución hipotecaria. A tenor de su art. 2, las medidas previstas en el Real Decreto-ley se aplicarán a los contratos de préstamo o crédito garantizados con hipoteca inmobiliaria cuyo deudor se encuentre situado en el umbral de exclusión y que estén vigentes a la fecha de su entrada en vigor. La definición del umbral de exclusión viene contenida en el art.3 y requiere la concurrencia de tres circunstancias. La primera de ellas es que el conjunto de los ingresos de los miembros de la unidad familiar[6] no supere el límite de tres veces el Indicador Público de Renta de Efectos Múltiples (si bien el límite puede aumentar cuando concurren determinadas circunstancias). En segundo lugar, es preciso que, en los cuatro años anteriores al momento de la solicitud, la unidad familiar haya sufrido una alteración significativa de sus circunstancias económicas, en términos de esfuerzo de acceso a la vivienda, o hayan sobrevenido en dicho período circunstancias familiares de especial vulnerabilidad. Es preciso en último término, que la cuota hipotecaria resulte superior al 50 por cien de los ingresos netos que perciba el conjunto de los miembros de la unidad familiar. En tales casos, la protección del deudor y de la unidad familiar se articula a través del llamado "Código de Buenas Prácticas", por el que se establecen tres fases de actuaciones consecutivas. La primera está dirigida a procurar la reestructuración viable de la deuda hipotecaria, medida no aplicable cuando el deudor se encuentre demandado en un procedimiento de ejecución una vez que se haya producido el anuncio de la subasta. De fracasar la restructuración se abre una segunda fase, que conlleva el ofrecimiento al deudor de una quita sobre el conjunto de la deuda.

6 A estos efectos se entenderá por unidad familiar la compuesta por el deudor, su cónyuge no separado legalmente o pareja de hecho inscrita y los hijos, con independencia de su edad, que residan en la vivienda, incluyendo los vinculados por una relación de tutela, guarda o acogimiento familiar (art. 3.1.a). Hay que tener en cuenta también que el Real Decreto Ley 1/2015, de 27 de febrero de mecanismos de segunda oportunidad añade, dentro de los supuestos de especial vulnerabilidad que regula el Real Decreto-Ley 6/2012, a las personas mayores de 60 años e incrementa los precios máximos de las viviendas que pueden acogerse a las medidas de ese Código

Por último, de ser inoperantes las dos medidas anteriores se ordena reducir el esfuerzo hipotecario de los deudores a límites asumibles para su viabilidad financiera, para lo cual estos podrán solicitar, y las entidades de crédito deberán aceptar, la dación en pago como medio liberatorio definitivo de la deuda. En este último supuesto, las familias podrán permanecer en su vivienda durante un plazo de dos años satisfaciendo una renta asumible.

En todo caso, como vemos, la consideración de la situación de vulnerabilidad del deudor y la atención a sus circunstancias familiares solo tiene lugar en la situación anterior al concurso. Una vez iniciada el procedimiento con la declaración de concurso, la posición del acreedor, si se trata de un acreedor hipotecario, se determina por su consideración como acreedor privilegiado, lo que le garantiza la prevalencia de su derecho de cobro durante todo el procedimiento y aún después de su conclusión pues tales créditos, como se verá en su momento, no se incluyen en las deudas exonerables, esto es, las que pueden perdonarse al deudor (art. 486-502 TRLCon).Coincidimos en que "la clave será, pues, la de encontrar los vehículos adecuados para trasladar al procedimiento concursal el previo reconocimiento de esa situación de vulnerabilidad"[7].

3. El tratamiento de la vivienda familiar en el marco del procedimiento concursal.

Conforme a la regulación del TRLCon,, la declaración de concurso de uno, o de los dos cónyuges no paraliza ni suspende las ejecuciones de garantía reales sobre bienes comunes que no sean necesarios para la actividad empresarial o profesional del concursado (art. 145 TRLCon), por cuanto conforme al art. 146, a los titulares de derechos reales de garantía sobre bienes o derechos de la masa activa no necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del concursado, les basta testimonio del juez del concurso que declare que no son necesarios para esa continuidad, para que los mismos inicien el procedimiento de ejecución o para que se alce la suspensión de la ejecución y se ordene su continuación ante el órgano jurisdiccional o administrativo originariamente competente para tramitarla. Por tanto, la declaración del concurso no impide la ejecución forzosa de la vivienda habitual del deudor y de su familia, más allá de la posibilidad de que el cónyuge del concursado haga uso del derecho a que la vivienda habitual del matrimonio que tuviere carácter ganancial o común se le incluya con preferencia en su haber hasta donde este alcance (art. 125, 3 del TRLCon).

Esta falta de cobertura legal que permita excluir de la ejecución concursal la vivienda familiar, al margen de un improbable y complejo acuerdo entre el deudor

7 Yáñez Vivero, F.: "La exclusión de la vivienda habitual hipotecada en el plan de liquidación. Una creación judicial al margen de la ley y la necesidad de reactivar un derecho paraconcursal", cit., pp. 1-49, p- 30.

y sus acreedores[8], ha sido suplida por los tribunales que a lo largo de los últimos años han apuntado la procedencia de dejar al margen de la liquidación concursal la vivienda habitual del deudor, perfilando los requisitos que deben concurrir a tal fin[9]. Se trataría de una excepción a la regla general de embargabilidad de la vivienda familiar, que requiere que la hipoteca se encuentre al corriente de pago (aunque también parece posible la rehabilitación del crédito), que se trate de la vivienda habitual del deudor y, por último, que el importe pendiente de pago a los efectos de la cancelación de la garantía sea mayor que el valor de la vivienda en el mercado. La clave se encuentra, por tanto, en tres elementos: el valor de la vivienda, la deuda hipotecaria que queda por pagar, y que dicha vivienda sea residencia habitual del deudor.

Esta construcción jurisprudencial estaría en consonancia con los dispuesto en la Directiva (UE) 2019/1023 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, sobre marcos de reestructuración preventiva, exoneración de deudas e inhabilitaciones, que presta particular atención a la tutela de la vivienda familiar del deudor sujeto a concurso en su art. 23, y lo hace para posibilitar que el plazo

8 Conforme a la regulación contenida en el Libro II del TRLCon ("acuerdo extrajudicial de pagos"), la comunicación al juzgado de la apertura de negociaciones con los acreedores para alcanzar un acuerdo extrajudicial de pagos, regulada en el Título I, no paraliza ni suspende las ejecuciones sobre los bienes o derechos sobre los que se hubiera constituido la garantía, salvo cuando se trate de la "vivienda habitual del deudor o sobre bienes o derechos necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial", en cuyo caso la ejecución sobre esos bienes se suspenderá por el juez que estuviere conociendo de las misma hasta que transcurran dos meses si el deudor es persona natural que no tenga la condición de empresario, o tres meses si fuera empresario (art. 591.2 TRLCon). En consecuencia, el deudor hipotecario puede, intentando el acuerdo extrajudicial de pagos, suspender la ejecución durante un tiempo para obtener un acuerdo que para ser viable debe contar con la aprobación del acreedor hipotecario, dado que, para la adopción del acuerdo, el art. 677 establece que "no se incluirá en ese pasivo los créditos que gocen de garantía real que no hayan aceptado la propuesta". Es cierto que teóricamente es posible que el aun cuando el acreedor hipotecario se haya opuesto a la propuesta, el acuerdo adoptado y formalizado adecuadamente (arts. 679-682) puede extenderse o alcanzar a los créditos con garantía real por la parte de sus créditos que exceda del valor de la garantía y que no hayan aceptado la propuesta, pero respecto a la parte restante, que no exceda del valor de la garantía, solamente quedarán vinculados cuando se obtengan unas mayorías cualificadas, con el resto de los acreedores.

9 En el Auto 138/15, de 15 de abril de 2015, del Juzgado mercantil núm. 10 de Barcelona, al declararse el concurso se encontraba al corriente de pago el préstamo con garantía hipotecaria de la vivienda habitual de los deudores. Tras la apertura del procedimiento, la administración concursal verificó que las cuotas, de importe mensual muy razonable, eran perfectamente asumibles con cargo a los ingresos (pensiones de jubilación) del matrimonio concursado, por lo que decidió seguir abonando las cuotas del préstamo hipotecario a su vencimiento con cargo a la masa (art. 155.2. LC) Al hacerlo, resultó determinante constatar que, en caso de realización, el valor de la vivienda habría sido claramente insuficiente para cubrir toda la deuda pendiente. Incluso una vez abierta la fase de liquidación (ya que la propuesta anticipada de convenio no reunió los apoyos necesarios), la administración concursal mantuvo la opción del pago de la hipoteca. El Juzgado mercantil, no solo permitió el pago con cargo a la masa, sino que, al aprobar el plan de liquidación, acordó, a petición de la administración concursal, suspender de forma indefinida la venta o realización forzosa de la vivienda en el seno del procedimiento concursal. "La novedad radica, pues, en que se evitó la venta antieconómica de la vivienda y, a la vez, se permitió a los deudores el acceso al beneficio de la exoneración del pasivo ordinario insatisfecho, a pesar de que el crédito con privilegio especial, reconocido en el concurso, no había sido satisfecho *en su* totalidad dentro del procedimiento*;* y ello en base a que dicho crédito se podía satisfacer, con total normalidad, *fuera del concurso,* habida cuenta la de capacidad de pago y solvencia restaurada de los deudores, una vez reducida la deuda excesiva gracias al concurso". Grasa, D.: "El concurso de persona física, exoneración de pasivo y vivienda habitual. Una solución para dotar al mecanismo de segunda oportunidad de mayor efectividad. Comentario al Auto 138/15, de 15 de abril de 2015, del Juzgado mercantil núm. 10 de Barcelona y a la solución adoptada en dicho procedimiento en torno al contrato de préstamo hipotecario", *Anuario de Derecho concursal y paraconcursal, parte jurisprudencia,* núm. 36, 2015.

para que los empresarios insolventes puedan obtener la plena exoneración de sus deudas fijado con carácter general en tres años, pueda aumentarse.

En efecto, los plazos tras los cuales los empresarios insolventes pueden obtener la plena exoneración de deudas, según el art. 21 de la Directiva, no podrán ser superiores a tres años, pero este plazo se puede ampliar en dos supuestos. En primer lugar, cuando "una autoridad judicial o administrativa apruebe u ordene medidas cautelares para salvaguardar la residencia principal del empresario insolvente y, cuando corresponda, de su familia, o los activos esenciales para que el empresario pueda continuar su actividad comercial, industrial, artesanal o profesional". En segundo lugar, "cuando no se ejecute la vivienda principal del empresario insolvente y, cuando corresponda, de su familia".

No cabe duda de que el legislador español debe aprovechar la necesidad de transposición de la directiva a nuestro derecho interno para establecer la posibilidad de que, a falta de acuerdo extrajudicial o convenio, el concurso pueda terminar sin necesidad de la liquidación previa de la vivienda habitual del deudor. A priori tal posibilidad podría llevarse a cabo de dos maneras. La primera, acoger legalmente la posibilidad de calificar la vivienda habitual del deudor como bien inembargable[10]. La segunda, permitir que coexistiendo con el carácter de privilegio especial de los créditos hipotecarios, se arbitre un procedimiento que permita que el concurso pueda concluir para la persona natural sin necesidad de liquidación de su vivienda habitual, estableciendo los presupuestos y requisitos que permitan que el deudor quede exonerado del pago de sus deudas atendiendo al pago de dichos créditos con privilegio especial, lo que puede implicar aumentar el plazo que tiene el deudor para el pago de las citadas deudas, en consonancia con los dispuesto en la directiva que debe ser objeto de trasposición.

Ello nos conduce al estudio de la segunda de las cuestiones a analizar en el presente trabajo: como deben protegerse los intereses familiares tras el concurso y en el marco del beneficio de exoneración del pasivo insatisfecho (BEPI) contemplado en nuestra legislación concursal.

10 Poniendo de relieve la diferencia de nuestro derecho concursal de otros ordenamientos jurídicos extranjeros (Francia, Italia, legislaciones de Estados que integran los EE. UU., Argentina), Yáñez Vivero, F.: *Patrimonio inembargable, alimentos y fresh start*, Marcial Pons, Madrid, 2017, pp. 151 y ss

III. LA PROTECCION DE LOS INTERESES FAMILIARES TRAS EL CONCURSO. EL ALCANCE DE LA SEGUNDA OPORTUNIDAD.

1. La incorporación de la regulación del beneficio de exoneración del pasivo insatisfecho del deudor (BEPI) a nuestra legislación.

Regulado en la Ley 25/2015, de 28 de julio, de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de la carga financiera y otras medidas de orden social[11], se puede definir como "la facultad otorgada ex lege al deudor concursado de buena fe para, bajo determinados requisitos y circunstancias, liberarse de aquellas obligaciones que resultaron insatisfechas tras la realización de la masa activa del concurso"[12].

De este modo se deja sin efecto la regla general establecida en el art. 178.2 de la LC conforme a la cual, "en los casos de conclusión del concurso por liquidación o insuficiencia de masa activa, el deudor persona natural quedará responsable del pago de los créditos restantes", permitiendo a sus acreedores "iniciar ejecuciones singulares, en tanto no se acuerde la reapertura del concurso o no se declare nuevo concurso", pues la misma no será de aplicación en los supuestos en los que se le conceda el beneficio de la exoneración del pasivo insatisfecho. No obstante, para obtener el beneficio, se ha establecido un sistema calificado de *enrevesado y confuso*[13] pues, como señala la reciente STS de 2 de julio de 2019 (Roj: 2253/2019),

11 Como reza la Exposición de Motivos, la finalidad de esta norma, en lo que atañe al mecanismo de segunda oportunidad realizado a través de la figura del "beneficio de exoneración de pasivo insatisfecho" de las personas físicas es mimetizar el régimen de limitación de responsabilidad de las sociedades de capital y trasladarlo y aplicarlo en cierta medida a aquéllas, sean empresarios o consumidores, modulando de esta forma el dictado del art. 1911 CC. "No tendría sentido incentivar la actividad empresarial y la inversión, garantizando la puesta en riesgo de determinados capitales de estas personas jurídicas sin posibilidad de contagio a su patrimonio personal y no estimular en cambio los proyectos empresariales o de consumo de personas físicas, no pudiendo éstas beneficiarse hasta el momento del principio de limitación de responsabilidad de los socios de las sociedades de capital". En consonancia con lo anterior, el legislador proclama que el objetivo del mecanismo de segunda oportunidad no es otro que permitir "que una persona física, a pesar de un fracaso económico empresarial o personal, tenga la posibilidad de encarrilar nuevamente su vida e incluso de arriesgarse a nuevas iniciativas, sin tener que arrastrar indefinidamente una losa de deuda que nunca podrá satisfacer". Además, afirma que "muchas situaciones de insolvencia son debidas a factores que escapan del control del deudor de buena fe, planteándose entonces el fundamento ético de que el ordenamiento jurídico no ofrezca salidas razonables a este tipo de deudores que, por una alteración totalmente sobrevenida e imprevista de sus circunstancias, no pueden cumplir los compromisos contraídos". Manifiesta también, "que no puede olvidarse con ello que cualquier consideración ética a este respecto debe cohonestarse siempre con la legítima protección que el ordenamiento jurídico debe ofrecer a los derechos del acreedor".

12 Senet Martínez, S.: "El nuevo régimen de exoneración de deudas tras el RDL 1/2015", *Revista de derecho concursal y paraconcursal*, núm. 23, 2015, pp. 147-160, p. 148. Más detalladamente, señala Cuena Casas que con el concepto de mecanismo de segunda oportunidad para personas físicas se hace referencia "al sistema de exoneración de deudas en el proceso concursal que da una solución al problema de la insolvencia de las personas físicas, particularmente al deudor de buena fe que deviene insolvente por circunstancias que no puede controlar y que se basa en los principios de liquidación inmediata del patrimonio no exento del deudor y la condonación directa de la deudas no pagadas, a excepción de las deudas jurídicamente no remisibles". Cuena Casas, M., "Fresh start y mercado crediticio*", InDret*, julio 2011, p. 5, disponible en http://www.raco.cat/index.php/InDret/article/viewFile/247092/330974%3E

13 Carrasco Perera, Á.: "El despropósito de la segunda oportunidad de los consumidores sobreendeudados", *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 911, 2015, pp. 4-5, (BIB 2015/4858).

el art. 178 *bis* LC "es una norma de difícil comprensión que requiere de una interpretación jurisprudencial para facilitar su correcta aplicación".

Según la Sentencia núm. 71/2016, de 10 marzo, del Juzgado de lo Mercantil número 1 de Murcia (JUR 2016\84140), para la concesión del beneficio de exoneración del pasivo insatisfecho deben de cumplirse tres condiciones; 1ª.- Ser el concursado una persona natural. 2ª.- Haber concluido, o mejor haberse solicitado la conclusión del concurso por insuficiencia de masa o por fin de la liquidación. 3ª.- Y finalmente que se trate de un deudor de buena fe.

La segunda oportunidad se concede al deudor *concursado* por lo que, sin la tramitación de un concurso, no es posible obtener el beneficio de exoneración[14]. En consecuencia, con carácter general, el ámbito subjetivo del beneficio viene configurado por la persona natural que ha sido declarada en concurso de acreedores con independencia de la actividad que desarrolle (empresarial o no empresarial)[15], y sin limitación alguna en cuanto al origen de sus deudas.

Por otro lado, conforme al número 1 del art. 178 *bis* LC, la posibilidad de obtención del beneficio de exoneración del pasivo insatisfecho procede una vez concluido el concurso por liquidación o por insuficiencia de la masa activa. La norma es tajante a la hora de establecer como premisa previa o elemento objetivo que permite la solicitud, la conclusión del concurso, que debe producirse al amparo de las dos únicas causas legales que determinan la existencia de masa pasiva no atendida, esto es, la conclusión por liquidación o la conclusión por insuficiencia de masa activa. Por tanto, si no se procedido a la liquidación de los bienes no cabe apreciar la exoneración[16], pero es importante señalar que la finalización del concurso no queda impedida por el hecho de que existan bienes inembargables

14 Parte de la doctrina ha sido especialmente crítica con el hecho de haberse configurado el beneficio de exoneración del pasivo insatisfecho a través de la tramitación de un concurso de acreedores como requisito ineludible*, por entender, entre otras razones, que ello supone un gasto excesivo para el deudor cuyas arcas ya se encuentran bastante mermadas* Carrasco Perera, Á. "El mecanismo de "segunda oportunidad" para consumidores insolventes en el RDL 1/2015: Realidad y mito", *Revista CESCO de derecho de consumo* 13 (2015); p. 2. Gómez Pomar, F.: "La segunda oportunidad del deudor persona individual en derecho español y el real decreto-ley 1/2015", en *Actualidad jurídica Uria Menéndez*, núm 40, 2015, pp. 52 y ss, p. 67.

15 No deben existir diferencias ya que "el principio de responsabilidad patrimonial universal que hace responder al deudor con todos sus bienes presentes y futuros actúa con la misma intensidad en toda persona física al margen de cómo se gane la vida ya que sobre ésta es sobre la que recae el principio de responsabilidad universal. Una ordenación que no reflejara lo anterior fracturaría la unidad legal de disciplina lograda con la promulgación de la LC, aplicable a todo deudor empresario o no" Añade que "existen razones prácticas que aconsejan ese tratamiento unitario en tanto en cuanto exonerar sólo al empresario trae como dificultad añadida la disociación dentro del pasivo del deudor de las deudas que proceda de su actividad empresarial y si todas le pueden resultar exoneradas". Cuena Casas, M.: "La exoneración del pasivo insatisfecho", en *Comentarios a la ley de mecanismo de segunda oportunidad,* Aranzadi, Cizur Menor, 2016, p. 81. En sentido opuesto, Carrasco Perera, Á.: Jornadas sobre "Endeudamiento y pobreza de las personas físicas", Centro de Estudios de Consumo, UCLM. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de Toledo, considera que las relevantes divergencias entre la insolvencia de la persona física consumidora y empresaria deben reflejarse en un diferente tratamiento en relación a la segunda oportunidad de ambas.

16 La Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 21 de septiembre de 2016 (Tol 5851596) denegó la exoneración del pasivo insatisfecho decretada por el juzgado de lo mercantil por entender que no se había procedido a la liquidación integra de los bienes del deudor toda vez que restaban por liquidar y distribuir

o desprovistos de valor, o cuyo coste de realización sería manifiestamente desproporcionado en relación a su posible valor venal[17].

La buena fe es el tercer y último presupuesto para que el concursado personal natural obtenga la exoneración. El art. 178 *bis* determina lo que el legislador entiende por buena fe[18], articulando dos niveles o grados de condiciones de cumplimiento alternativo por el deudor, por las cuales se entenderá que concurre en éste buena fe (admitiéndose por tanto la solicitud del beneficio de exoneración del pasivo), y una tercera "cláusula" de liberación definitiva de las deudas si se cumplen una serie de circunstancias.

Para acceder a este primer nivel es necesario que el deudor haya procedido al pago de buena parte de su deuda. En concreto es necesario que haya satisfecho en su integridad los créditos contra la masa y los créditos concursales privilegiados, esto es, con garantía real, con el límite de la parte del crédito satisfecho hasta donde alcance la garantía (178 *bis*.5. 2º) y, si no hubiera intentado un acuerdo extrajudicial de pagos previo, al menos, el 25% del importe de los créditos concursales ordinarios. En el segundo nivel habrán de pagarse (y no quedan remitidos) los créditos contra la masa, los créditos con privilegio especial (excepto la parte de los mismos que no haya podido satisfacerse con la ejecución de la garantía), los créditos de derecho público y lo créditos por alimentos (art. 178 *bis* 5). El pago de estas deudas no exoneradas deberá satisfacerse por el concursado mediante un plan de pagos dentro de los cinco años siguientes a la conclusión del concurso, salvo que tuvieran un vencimiento posterior.

Entiende la doctrina que la satisfacción de estos créditos mediante al plan de pagos consensuado es ya una consecuencia de la obtención del beneficio de

entre los acreedores los derechos consolidados de un plan de pensiones cuyo rescate estaba previsto unos meses después de la pretendida finalización del concurso.

17 Fernández Seijo, J. Mª.: "La reestructuración de las deudas en la Ley de Segunda Oportunidad", Bosch, 2ª ed., Barcelona, 2015, p. 120

18 Como señala la jurisprudencia "la buena fe no se vincula al concepto general del artículo 7.1. del CC, sino al cumplimiento de los requisitos enumerados en el apartado 3 del artículo 178 LC" (STS de 2 de julio de 2019 (Roj: 2253/2019). Por su parte, el Juzgado de 1ª Instancia núm. 1 de Palencia, que estima la solicitud de exoneración de pasivo en su sentencia núm. 123/2017, de 23 noviembre (AC 2018\1079), se pronuncia sobre la controversia relativa al carácter abierto o cerrado de la relación de requisitos que para la apreciación de la exigencia de buena fe se contiene en el apartado 3 del art. 178 bis: "Sobre el particular, debe señalarse en primer lugar que no parece razonable entender que pese a advertirse la concurrencia de un supuesto en el que pueda descartarse la buena fe del deudor, la falta de inclusión del mismo en los recogidos en el referido precepto deba determinar la apreciación de la concurrencia de tal presupuesto, por lo que una interpretación razonable de aquel exige entender que los requisitos relacionados en el apartado 3 del artículo 178 bis constituyen un mínimo para la apreciación de la buena fe del deudor, que puede no obstante descartarse por la concurrencia de otras circunstancias. Del mismo modo que en la regulación del instituto penal de la suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad, de cuyas fuentes bebe la figura introducida en el artículo 178 bis de la LC (RCL 2003, 1748), el Código Penal (RCL 1995, 3170) establece unos mínimos que deben concurrir en todo caso, pero que por sí mismo no son suficientes, en la figura de la exoneración del pasivo insatisfecho la concurrencia de los requisitos recogidos en el apartado 3 del precepto constituye un mínimo en sí mismo insuficiente, que precisa además de la falta de advertencia de cualquier circunstancia que pueda descartar la buena fe del deudor, entre las que, no parece haber lugar a la duda, debe incluirse la condena como afectado por la calificación de otro concurso".

exoneración[19] y no una condición para obtener el mismo. Lo que se obtiene con el cumplimiento de las condiciones de segundo nivel es una concesión provisional del beneficio de exoneración, que podrá revocarse a solicitud de los acreedores cuando se cumplan una serie de circunstancias[20], pero, lo importante es que transcurrido el plazo fijado para el cumplimiento del plan de pagos sin que se haya revocado el beneficio, el juez del concurso, a petición del deudor concursado, dictará auto reconociendo con carácter definitivo la exoneración del pasivo insatisfecho en el concurso, esto es, los créditos ordinarios, subordinados y la deuda que reste pendiente tras la ejecución de la garantía real, salvo que dicho crédito no sea ordinario o subordinado.

El sistema se completa con una cláusula de liberación definitiva de las deudas que sería de aplicación a aquel deudor que no pueda atender a tiempo al plan de pagos de las deudas no exoneradas que se condiciona a que haya realizado un esfuerzo sustancial para ello. A tal efecto, el art. 178 bis.8 determina que "el juez del concurso podrá atendiendo a las circunstancias del caso y previa audiencia de los acreedores, declarar la exoneración definitiva del pasivo insatisfecho del deudor que no hubiese cumplido en su integridad el plan de pagos pero hubiese destinado a su cumplimiento, al menos, la mitad de los ingresos percibidos durante el plazo de cinco años desde la concesión provisional del beneficio, que no tuviesen la consideración de inembargables o la cuarta parte de dichos ingresos cuando concurriesen en el deudor las circunstancias previstas en el art. 3.1, letras a) y b),65 del Real Decreto-ley 6/2012, de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos, respecto a los ingresos de la unidad familiar y circunstancias familiares de especial vulnerabilidad".

Pese a que en general el régimen de segunda oportunidad fue bienvenido, no en vano hemos sido uno de los últimos países de nuestro entorno en instaurarlo, su regulación ha sido objeto de duras críticas que se centran fundamentalmente en tres cuestiones. La primar radica en que, como hemos visto, para que se pueda solicitar el beneficio, se exige con carácter general la buena fe del deudor, lo que requiere, como acabamos de ver, que haya intentado celebrar un acuerdo extrajudicial de pagos. La pregunta es si tiene sentido obligar al deudor a acudir al acuerdo extrajudicial, pues, parece que solo lo tiene cuando la insolvencia del

19 Carrasco Perera, Á.:" El mecanismo de segunda oportunidad", cit., p. 6.

20 El apartado 7 del art. 178 *bis* señala que "cualquier acreedor concursal estará legitimado para solicitar del juez del concurso la revocación del beneficio de exoneración del pasivo insatisfecho cuando durante los cinco años siguientes a su concesión se constatase la existencia de ingresos, bienes o derechos del deudor ocultados. Se exceptúan de esta previsión los bienes inembargables". Además podrá solicitarse la revocación "si durante el plazo fijado para el cumplimiento del plan de pagos el concursado incurriese en alguna de las circunstancias que conforme a lo establecido en el apartado 3 hubiera impedido la concesión del beneficio de la exoneración del pasivo insatisfecho (es decir que incumpla las condiciones de primer y segundo grado) o; que incumpliese la obligación de pago de las deudas no exoneradas conforme a lo dispuesto en el plan de pagos o; mejorase sustancialmente la situación económica del deudor por causa de herencia, legado o donación, juego de suerte, envite o azar, de manera que pudiera pagar todas las deudas pendientes sin detrimento de sus obligaciones de alimentos".

deudor no es actual sino inminente, y el deudor tiene aún cierta liquidez que le permita ofrecer un plan de pagos viable y atractivo para los acreedores. Si el deudor no tiene nada ¿qué puede negociar? Además, hay que tener en cuenta que el acuerdo extrajudicial aumenta los gastos y la duración del procedimiento. Y, a ello hay que sumar las dificultades que en la práctica representa encontrar un profesional que acepte el nombramiento de mediador concursal

La segunda de las críticas se centra en que la obtención del beneficio se supedita a dos cosas. La primera a qué el deudor pase por procedimiento concursal pues la segunda oportunidad se concede al deudor concursado por lo que, sin la tramitación de un concurso, no es posible obtener el beneficio. Pero el beneficio también se supedita a que el concurso concluya por liquidación o por insuficiencia de la masa. Ello supone que, para llegar a la exoneración, el deudor debe haber liquidado todo su patrimonio. Y si el deudor ha visto liquidado todo su patrimonio, difícilmente va a poder hacer frente a un plan de pagos. Pero, en todo caso, debe intentarlo para logar la exoneración definitiva, dedicando a ello la mitad de los ingresos percibidos durante el plazo de cinco años, lo cual es difícilmente compatible con una pronta recuperación económica del deudor…, uno de los objetivos de la exoneración. La tercera crítica radica en que, como en todo caso, el presupuesto de la exoneración es la liquidación de todo su patrimonio, el procedimiento no salva al deudor persona natural de la pérdida de la vivienda habitual, que suele ser el activo de más valor de su patrimonio.

2. La segunda oportunidad en la regulación del TRLC.

El Texto Refundido dedica al BEPI el Capítulo II, del Título XI, Libro I. El Capítulo se divide en cuatro secciones. La Sección 1ª regula el ámbito de aplicación del BEPI, que sigue ligado de forma indisoluble a los concursos en que la causa de conclusión del concurso sea la finalización de la fase de liquidación de la masa activa o la insuficiencia para satisfacer los créditos contra la masa (art. 486). La Sección 2ª recoge lo que denomina "régimen general" o de exoneración directa o inmediata; la Sección 3ª el "régimen especial" o de exoneración diferida a través de un plan de pagos; y el Capítulo culmina con una Sección 4ª que regula los efectos comunes a ambos regímenes.

En el TRLCon, la buena fe exige la concurrencia de presupuestos subjetivos y objetivos, de forma que para apreciarla es preciso (art. 487): 1.º Que el concurso no haya sido declarado culpable. No obstante, si el concurso hubiera sido declarado culpable por haber incumplido el deudor el deber de solicitar oportunamente la declaración de concurso, el juez podrá conceder el beneficio atendiendo a las circunstancias en que se hubiera producido el retraso. Se suprime la alusión a que el juez no apreciara dolo o culpa grave. 2.º Que el deudor no haya sido condenado en sentencia firme por delitos contra el patrimonio, contra

el orden socioeconómico, de falsedad documental, contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social o contra los derechos de los trabajadores en los diez años anteriores a la declaración de concurso. Si existiera un proceso penal pendiente, el juez del concurso deberá suspender la decisión respecto a la exoneración del pasivo insatisfecho hasta que recaiga resolución judicial firme. Donde antes decía "sentencia penal firme" se ha preferido, con mejor criterio, hablar de resolución judicial firme.

Por otro lado, la porción de pasivo que ha de abonar el deudor para obtener la exoneración no es ya expresión de su buena fe (art. 178 bis.3.4º LC), sino un presupuesto objetivo: será preciso que en el concurso de acreedores se hubieran satisfecho en su integridad los créditos contra la masa y los créditos concursales privilegiados y, si reuniera los requisitos para poder hacerlo, que el deudor hubiera celebrado o, al menos, intentado celebrar un acuerdo extrajudicial de pagos con los acreedores. Si el deudor no hubiera intentado un acuerdo extrajudicial de pagos previo, podrá obtener ese beneficio si en el concurso de acreedores se hubieran satisfecho, además de los créditos contra la masa y los créditos privilegiados, al menos, el veinticinco por ciento del importe de los créditos concursales ordinarios (art. 488: 1 y 2 TRLCon). Es de destacar que, por tanto, el intento del acuerdo extrajudicial de pagos ya no es presupuesto o requisito para la obtención del beneficio y solo incidirá en la porción de pasivo a abonar para alcanzar la exoneración.

El régimen especial cuenta, además, con un presupuesto objetivo, calificado de especial, para el caso de que el deudor no haya alcanzado a pagar (al tiempo de la solicitud) los créditos que le exige el art. 478. En tal caso, para poder sujetar la deuda no exonerable a un plan de pagos diferido a un máximo de 5 años, deben concurrir, a mayores, tres requisitos: 1.º No haber rechazado dentro de los cuatro años anteriores a la declaración de concurso una oferta de empleo adecuada a su capacidad. 2.º No haber incumplido los deberes de colaboración y de información respecto del juez del concurso y de la administración concursal. 3.º No haber obtenido el beneficio de exoneración del pasivo insatisfecho dentro de los diez últimos años.

En todo caso, la concurrencia de los presupuestos o requisitos exige, tanto en el régimen general (art. 490.1) como en el especial (art. 496.3), la previa verificación por el juez de su concurrencia.

No hay duda de la mejora que supone la nueva regulación contenida en el Texto Refundido desde un punto de vista técnico y sustantivo, si bien ha sido criticada por no tener en cuenta las principales objeciones formuladas a la anterior regulación pues sigue el mismo sistema mixto de la LC que exige la liquidación del patrimonio y el pago del umbral mínimo de pasivo (inmediato o mediante un plan

de pagos) y la buena fe del concursado. Pero la crítica fundamental es su falta de adecuación a la Directiva 2019/1023 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, sobre marcos de reestructuración preventiva, exoneración de deudas e inhabilitaciones.

3.-Principales directrices de la normativa comunitaria.

La publicación de la Directiva 2019/1023 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, sobre marcos de reestructuración preventiva, exoneración de deudas e inhabilitaciones, y sobre medidas para aumentar la eficiencia de los procedimientos de reestructuración, insolvencia y exoneración de deudas, y por la que se modifica la Directiva (UE) 2017/1132 (Directiva sobre reestructuración e insolvencia), si bien referida a empresarios, ha introducido dos importante matizaciones que exigen una adaptación del régimen de segunda oportunidad diseñado en el derecho español, en la que presumiblemente se extenderá su aplicación a todo deudor persona natural.

La primera, que los procedimientos de exoneración se articularán sobre la base de los modelos de satisfacción de cuota mínimo de pasivo o sometimiento al plan de pagos; la segunda, y más importante, contenida en el art. 20.2 de la Directiva, que en el caso de optar por un modelo que incluya la satisfacción de una cuota mínima de pasivo, "la correspondiente obligación de reembolso se base en la situación individual del empresario y, en particular, sea proporcionada a los activos y la renta embargables o disponibles del empresario durante el plazo de exoneración, y que tenga en cuenta el interés equitativo de los acreedores".

Es decir, la Directiva 2019/1023 obligará con su transposición a modificar nuestro régimen de exoneración en lo que respecta al actual umbral objetivo de satisfacción de pasivo (como mínimo, crédito contra la masa y privilegiado), debiendo establecer unas reglas que, atendiendo a los parámetros dados por la directiva, permitan ajustar dicho umbral de pasivo a las concretas circunstancias del deudor en cada caso. Es igualmente importante la necesidad de que el plazo para la obtención de la exoneración definitiva no sea superior a tres años (art. 21 Directiva 2019/1023). En todo caso, y como determina el art. 23, los Estados miembros podrán mantener o introducir disposiciones que denieguen o restrinjan el acceso a la exoneración de deudas o revoquen dicha exoneración o que establezcan plazos más largos para la obtención de la plena exoneración de deudas o períodos de inhabilitación más largos "cuando el empresario insolvente haya actuado de forma deshonesta o de mala fe, según la normativa nacional, respecto a los acreedores en el momento de endeudarse, durante el procedimiento de insolvencia o durante el pago de la deuda".

Por lo que se refiere al alcance de la exoneración debe destacarse que la Directiva 2019/1023, siguiendo la línea marcada por la sentencia del TJUE de 16 de marzo de 2017[21], incluye el crédito público entre los créditos exonerables para el deudor[22], sea cual sea la vía de acceso al beneficio.

4. La segunda oportunidad en el Proyecto de reforma de legislación concursal.

El Proyecto, intenta superar los desajustes de que adolecía la regulación anterior, esto es, que la exoneración requiera del pago de un umbral mínimo de deuda, y, que, la exoneración tenga como base o presupuesto la previa liquidación del patrimonio del deudor, abriendo la puerta a que el deudor pueda mantener una parte de sus bienes, sean aquellos que necesita para el desarrollo de su actividad empresarial o profesional, sea su vivienda habitual. Es de reseñar también que, siguiendo la estela de los tribunales españoles, y las directrices de la directiva comunitaria establezca la necesidad de que se tomen en consideración las circunstancias personales y patrimoniales del deudor.

El proyecto articula dos modalidades de exoneración: la exoneración con liquidación de la masa activa y la exoneración con plan de pagos. La exoneración inmediata requiere la previa liquidación del patrimonio del deudor; la exoneración mediante un plan de pagos no requiere la realización o liquidación previa de todos sus bienes o derechos, si bien exige que destine sus rentas e ingresos futuros durante un plazo a la satisfacción de sus deudas, quedando exonerada la parte que finalmente no consiga atender con el plan de pagos. Estas dos modalidades son intercambiables, en el sentido de que el deudor que haya obtenido una exoneración provisional con plan de pagos puede en cualquier momento dejarla sin efecto y solicitar la exoneración con liquidación.

La buena fe del deudor sigue siendo la pieza angular de la exoneración, estableciendo una delimitación normativa de este concepto por referencia a determinadas conductas objetivas que se relacionan taxativamente (art 487). Se elimina el requisito para poder gozar de la exoneración consistente en que el deudor no haya rechazado oferta de empleo en los cuatro años anteriores a la

21 Sobre el tema y las distintas posiciones doctrinales, Cuena Casas, M.: "Crédito público y exoneración de deudas. A propósito de la sentencia del TJUE de 16 de marzo de 2017", *Revista de derecho concursal y paraconcursal: Anales de doctrina, praxis, jurisprudencia y legislación,* núm. 27, 2017, pp. 237-248.

22 Lo que se deduce de la falta de inclusión de los créditos públicos en la enumeración del art. 23.4 de la Directiva que dispone que "los Estados miembros podrán excluir algunas categorías específicas de la exoneración de deudas, o limitar el acceso a la exoneración de deudas, o establecer un plazo más largo para la exoneración de deudas en caso de que tales exclusiones, restricciones o prolongaciones de plazos estén debidamente justificadas, en los siguientes casos: a) deudas garantizadas; b) deudas derivadas de sanciones penales o relacionadas con estas; c) deudas derivadas de responsabilidad extracontractual; d) deudas relativas a obligaciones de alimentos derivadas de relaciones de familia, de parentesco, de matrimonio o de afinidad; e) deudas contraídas tras la solicitud o la apertura del procedimiento conducente a la exoneración de deudas, y f) deudas derivadas de la obligación de pagar los costes de un procedimiento conducente a la exoneración de deudas".

declaración de concurso y la obligación de haber celebrado o intentado celebrar, un acuerdo extrajudicial de pagos.

El deudor que cumpla los estándares de buena fe, puede exonerar todas las deudas concursales y contra la masa, salvo aquellas que, de forma excepcional y por su especial naturaleza, se consideran legalmente no exonerables, entre las que se encuentran, como señala el art. 489, las deudas de derecho público y por alimentos, y las deudas con garantía real, sean por principal, intereses o cualquier otro concepto debido, dentro del límite del privilegio especial, calculado conforme a lo establecido en esta Ley[23]. Como novedad, el art. 489.2 introduce la posibilidad de que, excepcionalmente, el juez declare que no son total o parcialmente exonerables deudas no relacionadas en el apartado anterior cuando sea necesario para evitar la insolvencia del acreedor afectado por la extinción del derecho de crédito.

Por último, reseñar que la exoneración con plan de pagos, que no podrá consistir en la liquidación total del patrimonio del deudor, ni alterar el orden de pago de los créditos legalmente establecidos, salvo con el expreso consentimiento de los acreedores preteridos o postergados, tendrá con carácter general, una duración de tres años, que podrá ampliarse a cinco años "cuando no se realice la vivienda habitual del deudor y, cuando corresponda, de su familia" (art. 497).

Desde la perspectiva de este trabajo, puede realizarse una previa valoración positiva a la regulación del futuro proyecto, con algunas salvedades como son la consideración al crédito público como deuda no exonerable, que contradice los dispuesto en la directiva, y una modificación en principio imperceptible que se refiere al régimen de extensión de la exoneración al cónyuge del concursado a la que se refiere el nuevo art. 491 del Proyecto bajo la rúbrica "Efectos de la exoneración respecto de los bienes comunes".

23 No obstante, es de destacar que el art. 492 *bis*, delimita los efectos de la exoneración sobre las deudas con garantía real, distinguiendo dos supuestos. Si se ha ejecutado la garantía real antes de la aprobación provisional del plan o antes de la exoneración en caso de liquidación, solo se exonerará la deuda remanente. Por el contrario, en el caso de deudas con garantía real cuya cuantía pendiente de pago cuando se presenta el plan exceda del valor de la garantía calculado conforme a lo previsto en el título VI del libro primero de esta ley se aplicarán las siguientes reglas: 1.ª Se mantendrán las fechas de vencimiento pactadas, pero la cuantía de las cuotas del principal y, en su caso, intereses, se recalculará tomando para ello solo la parte de la deuda pendiente que no supere el valor de la garantía. En caso de intereses variables, se efectuará el cálculo tomando como tipo de interés de referencia el que fuera de aplicación conforme a lo pactado a la fecha de aprobación del plan, sin perjuicio de su revisión o actualización posterior prevista en el contrato. 2.ª A la parte de la deuda que exceda del valor de la garantía se le aplicará lo dispuesto art. 496 *bis* y recibirá en el plan de pagos el tratamiento que le corresponda según su clase. La parte no satisfecha quedará exonerada. Por último, salvaguardando los derechos de los acreedores, el apartado 3 del art. 492. *bis*, señala que cualquier exoneración declarada respecto de una deuda con garantía real quedará revocada por ministerio de la ley si, ejecutada la garantía, el producto de la ejecución fuese suficiente para satisfacer, en todo o en parte, deuda provisional o definitivamente exonerada.

5. La extensión de la exoneración al cónyuge del concursado.

En la legislación concursal en vigor, en caso de que el concursado estuviese casado o tuviere pareja inscrita, el auto por el que se declare su concurso será comunicado al cónyuge o a su pareja por el letrado de la administración de justicia (art. 33.2 TRLCon). Si el otro cónyuge, o pareja de hecho, son también insolventes, sería entonces de aplicación lo dispuesto sobre concursos conexos y se podrá solicitar la declaración judicial conjunta de los respectivos concursos (art. 38 y 39 TRLCon)[24]. La acumulación procederá respecto de concursos ya declarados en los casos de los cónyuges o de las parejas de hecho inscritas cuando concurran los mismos requisitos establecidos para la declaración conjunta del concurso de la pareja. La consecuencia de la declaración conjunta o de la acumulación es la tramitación coordinada, sin consolidación de las masas (art. 42 TRLCon), si bien, excepcionalmente, el juez, de oficio o a solicitud de cualquier interesado, podrá acordar la consolidación de las masas de concursos declarados conjuntamente o acumulados cuando exista confusión de patrimonios y no sea posible deslindar la titularidad de activos y pasivos sin incurrir en demora en la tramitación del concurso o en un gasto injustificados (art. 43 TRLCon).

En todo caso, haya o no insolvencia de los dos cónyuges, si el deudor está casado, la "masa activa" del concurso está constituida por el conjunto de bienes del concursado que, por no tener el carácter de inembargables, quedan afectos al pago de los créditos de los acreedores concursantes, que se integran en la masa pasiva del concurso (art. 192 TRLCon). En el caso del concurso de persona casada la masa activa: "comprenderá los bienes y derechos propios o privativos del concursado", estos bienes se incluirán siempre, de acuerdo con el principio de responsabilidad patrimonial del art. 1911 CC, cualquiera que sea el régimen económico conyugal pactado entre los cónyuges. Sin embargo, el art. 193 establece a continuación que: "si el régimen económico del matrimonio fuese de sociedad de gananciales o cualquier otro de comunidad de bienes, se incluirán en la masa, además, los bienes gananciales o comunes cuando deban responder de las obligaciones del concursado". Esta integración de los bienes en la masa activa, que sólo se da en los casos de regímenes económicos conyugales de gananciales o de comunidad y no en el de separación de bienes, lleva consigo la necesidad de determinar en qué casos el patrimonio común responde de las deudas del concursado. Por tanto, los bienes comunes no se integran en la masa activa en todo caso, sino que es necesario que deban responder de las deudas del concursado. Para ello habrá que

24 Para declarar concurso conjunto de personas que sean pareja de hecho inscrita el Juez debe apreciar "la existencia de pactos expresos o tácitos o de hechos concluyentes de los que se derive la voluntad inequívoca de los convivientes de formar un patrimonio común" (art. 40 TRLCon). No se entiende muy bien esta exigencia cuando la declaración conjunta de concursos o la acumulación se produce con independencia del régimen económico matrimonial del matrimonio.

estar a lo pactado entre los cónyuges o a lo que se prevea legalmente para cada régimen de comunidad.

El cónyuge del concursado tendrá derecho a solicitar del juez la disolución de la sociedad o comunidad conyugal cuando se hubieran incluido en el inventario de la masa activa bienes gananciales o comunes que deban responder de las obligaciones del concursado. Por tanto, la mera declaración de concurso no es presupuesto suficiente para solicitar la disolución del régimen de comunidad si bien, en la práctica, siempre que se declare el concurso de una persona casada en régimen de comunidad, podrá su cónyuge solicitar la disolución, porque siempre se van a incluir en la masa activa bienes comunes, puesto que los bienes comunes responden de las obligaciones del concursado (directa e ilimitadamente cuando se trata de las deudas de responsabilidad común, pero también de deudas privativas del cónyuge concursado, aunque sea entonces de manera subsidiaria y limitada. "Para que los bienes comunes no deban responder de ninguna deuda del concursado haría falta que, siendo todas deudas privativas, tuviera bienes privativos suficientes para hacerles frente, pero entonces no habría insolvencia"[25].

La extensión del beneficio de exoneración del pasivo insatisfecho estaba prevista en el art. 178 *bis*.5.2.LC, conforme al cual, "si el concursado tuviere un régimen económico matrimonial de gananciales u otro de comunidad y no se hubiere procedido a la liquidación de dicho régimen, el beneficio de la exoneración del pasivo insatisfecho se extenderá al cónyuge del concursado, aunque no hubiera sido declarado su propio concurso, respecto de las deudas anteriores a la declaración de concurso de las que debiera responder el patrimonio común".

El "único" presupuesto de la extensión no es la no disolución, el presupuesto es que no se haya procedido a la liquidación del régimen de comunidad. El problema se encuentra en que la solicitud de la disolución ante el Juez del concurso conlleva la formación de pieza separada para proceder a la liquidación, lo que, dada la necesidad de coordinación con el procedimiento concursal, debe realizarse con carácter previo a la fase de convenio o liquidación. Por lo cual, la petición de disolución lleva aparejada necesariamente la imposible extensión al cónyuge de la exoneración.

Ello lleva a plantear si la opción por la disolución es la más aconsejable o si, por el contrario, conviene optar por la no disolución, o por diferir la solicitud de disolución a un momento posterior, si interesa la extensión del beneficio de exoneración al cónyuge del concursado.

25 Parra Lucán, M.ª A.: "Concurso de acreedores y consorcio conyugal", *en Actas de los decimonovenos encuentros del foro del Derecho Aragonés*, El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2010, pp. 107 a 154, p. 108.

No hay duda en que tal opción interesa en algunas situaciones.

Interesa en el supuesto en que simple y llanamente el concurso carezca de bien alguno que liquidar, ni privativo ni consorcial, por insuficiencia de bienes o porque estos sean inembargables. En tal caso, la conclusión del concurso se decretará por el Juez, la sociedad conyugal permanecerá vigente y la eventual obtención de bienes en un futuro, quedará resguardada de la agresión de los acreedores como consecuencia de la extensión del beneficio de exoneración obtenido. Algo parecido ocurrirá cuando todas las deudas sean comunes y responsabilidad del patrimonio común y de los patrimonios de los dos cónyuges y, además, el cónyuge del concursado carezca de remuneración y no haya realizado ni realice aportación alguna a la comunidad. En tal supuesto, resultará indiferente que se proceda a la liquidación, por cuanto la misma carecerá de efectos prácticos. Pero sí les puede interesar obtener la extensión del beneficio de la exoneración.

Los problemas se plantean en dos supuestos, cuando el otro cónyuge tiene ingresos o rendimientos de bienes propios que se integrarán como bienes comunes en la masa activa del concurso, y, en segundo lugar, cuando hay bienes privativos del deudor concursado y bienes comunes, y deudas privativas del cónyuge del concursado que son responsabilidad del patrimonio común. En los dos supuestos se plantea la necesidad de salvaguardar los intereses del cónyuge del concursado evitando que sus ingresos se integren en la masa activa del concurso, y velando porque las deudas privativas de su cónyuge no se hagan efectivas sobre bienes comunes sin agredir previamente los bienes privativos de éste.

Es en estos casos cuando se debe sopesar la posibilidad de no solicitar la disolución, o retrasar la solicitud. La decisión pasa por hacer un balance de las ventajas que se obtienen por la disolución del consorcio y de las ventajas que se obtendrían en su caso por la exoneración, partiendo en todo caso, de que en el supuesto concreto concurren los presupuestos o requisitos para su obtención (no tiene ningún sentido si, por ejemplo, existen indicios para creer que el concurso sea calificado como culpable, o si no se ha intentado seriamente un acuerdo extrajudicial de pagos…).

De lo dicho hasta ahora resulta que es imposible dar una respuesta única a esta cuestión pues todo dependerá de las circunstancias que concurran en cada caso concreto, debiendo sopesar para tomar la oportuna decisión cuál va a ser el alcance de la exoneración.

1. El alcance de la exoneración en la Ley Concursal y en el Texto Refundido.

El art. 178 *bis*.5.2.LC, determina que el beneficio de la exoneración del pasivo insatisfecho se extenderá al cónyuge del concursado, respecto de las deudas

anteriores a la declaración de concurso de las que debiera responder el patrimonio común.

Pese a que una interpretación literal del precepto pudiera dar a entender que la exoneración se extiende a las deudas privativas del cónyuge del concursado anteriores a la declaración de concurso, en la medida en que de tales deudas puede llegar a responder el patrimonio común, tal posición no es asumible si partimos de una interpretación sistemática e integradora del art. 178 *bis* 5.2. LC. La exoneración supone una extensión del beneficio obtenido por el cónyuge concursado, por lo cual el beneficio de este no puede tener mayor extensión que el de aquél. Por el mismo motivo, aunque el art. 178 *bis* 5 no distingue entre deudas exonerables y no exonerables, la extensión del beneficio al cónyuge debe entenderse respecto de las primeras y nunca respecto de las segundas.

Por el contrario, la extensión de la exoneración sí incluye, por expresa previsión legal, todas las deudas comunes, anteriores a la declaración de concurso, ya hayan sido contraídas por el cónyuge del concursado, por el otro cónyuge o por los dos. Entiendo que esta desmesurada extensión hace que en muchos supuestos sea aconsejable no optar por la disolución y esperar a la exoneración, aun cuando en muchos aspectos sea criticable[26]. Resulta criticable su extensión en cuanto priva a acreedores comunes de la agresión del patrimonio privativo, siendo que puede tener bienes privativos suficientes para el pago de deudas privativas y de deudas comunes y sin que se sepa muy bien cuál es su justificación[27]. Es criticable también en la medida en que la extensión de la exoneración no requiere de la concurrencia de ningún presupuesto, salvo la no liquidación del régimen, lo que impide evaluar la concurrencia del requisito de buena fe que está latente en el fundamento de exoneración[28]. No obstante, aunque la LC no lo precise, parece que el juez debería valorar si no la buena fe del cónyuge (pues la LC no prevé

26 Posición que no comparte toda la doctrina. Sendra Albiñana, A.: "El beneficio de exoneración del pasivo insatisfecho como limitación cuantitativa al principio de responsabilidad universal", *Revista CESCO de Derecho de Consumo,* núm. 17, 2016, http://www.revista.uclm.es/index.php/cesco

27 "La corrección de esta norma es dudosa, porque la extensión del beneficio al cónyuge del concursado sin que haya sido declarado en concurso excluye la posibilidad de que las deudas de las que responda, junto al patrimonio común, el patrimonio privativo del cónyuge del concursado pueda ser cobradas de tales bienes privativos sin que se sepa la justificación". Colina Mediavilla, J. L.: "Insolvencia de persona física y segunda oportunidad en el RDL 1/2015", *en Foro: Revistas jurídicas y sociales*, núm. 1, 2015, pp. 245 y ss, p. 259. Insistiendo en la ausencia de justificación: "Cuando en el marco de una sociedad conyugal o comunal, surgen deudas respaldadas por el patrimonio social, ello implica que una vez liquidada la sociedad, tanto los activos como los pasivos serán divididos, por partes iguales, entre los cónyuges. Lo anterior, entonces, justifica la exoneración en la medida en que ésta tenga como alcance únicamente la cuota de la deuda que corresponde cumplir al concursado, mas no justifica que la exoneración de deudas involucre a su cónyuge y a la totalidad de las deudas respaldadas por el patrimonio social". Cuena Casas, M.: "El concurso de acreedores de persona casada", cit., p.159.

28 En este sentido, señala Cuena Casas que la extensión del beneficio supone una merma de las garantías de los acreedores que contrataron con el cónyuge in bonis, pues no pueden perseguir el patrimonio privativo del cónyuge, sin que su conducta siquiera haya sido valorada. Cuena Casas, M.: "Concurso de acreedores y régimen…", cit., p. 159. En parecidos términos, Colina Mediavilla, J. L.: "Insolvencia de persona física y segunda oportunidad", cit., p. 259.

evaluar respecto del cónyuge no deudor la concurrencia de los requisitos de los arts. 178 bis 4º y 5º), sí podría evaluar su posición en el proceso, en especial su deber de colaboración, antes de decidir sobre su extensión[29].

En este sentido coincidimos con Gómez Pomar en que en necesaria una reducción teleológica de la norma[30] que permita la extensión al cónyuge del concursado, pero evaluando la concurrencia del requisito de la buena fe y con la necesaria salvaguarda de los intereses de aquellos acreedores comunes que sin la extensión al cónyuge del beneficio podrían haber agredido su patrimonio privativo para el cobre de sus deudas. En caso contrario, puede correrse el riesgo de que el beneficio de exoneración desaparezca[31].

Para evitar tal posibilidad, el art. 501 del TRLCon intentó concretar el ámbito de la exoneración, reconociendo expresamente la facultad de los acreedores de dirigirse contra el patrimonio privativo del cónyuge del deudor por sus deudas propias en tanto no haya obtenido este el beneficio de la exoneración del pasivo (art. 501.3 TRLCon). De forma que, en la legislación en vigor, "la exoneración beneficiará a los bienes comunes respecto de los créditos anteriores a la declaración de concurso frente a los que debieran responder esos bienes, aunque el otro cónyuge no hubiera sido declarado en concurso" (art. 501.1 TRLCon). Regla que se aplicará también a los bienes de la sociedad o comunidad conyugal ya disuelta en tanto no haya sido liquidada (art. 501.2 TRLCon).

No obstante, tal esfuerzo no parece destinado a perdurar en el tiempo, dada la modificación que sobre este tema llevará aparejada la aprobación del Proyecto de Ley de reforma del Texto Refundido, que al establecer los efectos de la exoneración respecto de los bienes conyugales comunes en la redacción del futuro art. 491, establece que si el concursado tuviere un régimen económico matrimonial de gananciales u otro de comunidad y no se hubiere procedido a

29 Señala Fernández Seijo que en la medida en que la Administración concursal debe indagar en el patrimonio del cónyuge del concursado para llevar a cabo sus funciones, se le debe trasladar a aquél un deber de colaboración. Fernández Seijo, J. Mª.: "La posición jurídico procesal del cónyuge del concursado. Declaración de concurso de ambos cónyuges", *Endeudamiento del consumidor e insolvencia familiar,* Aranzadi, Cizur Menor, 2009, p. 154.

30 "Por lo que se refiere a la extensión al cónyuge en régimen de comunidad, tal vez la extensión resulta excesiva, y será necesaria una reducción teleológica, pues no tiene sentido que beneficie a un cónyuge con recursos que sea, al mismo tiempo que el concursado, deudor". Gómez Pomar, F.: La segunda oportunidad del deudor persona individual en el Derecho español y el Real Decreto 1/2015", *Actualidad jurídica Uria Menéndez*, núm 40, 2015, pp. 52 y ss, p.67. Más contundente, Cuena Casas afirma que "Parece que no se ha meditado suficientemente el alcance real de la norma contenida en este último párrafo del art. 178.5 LC". Cuena Casas, M.: "¿Un régimen de segunda oportunidad?, en el *Notario del siglo XXI,* núm. 60, marzo-abril 2015.

31 Como ocurre en la *Proposición de Ley de Segunda Oportunidad,* presentada por el Grupo Parlamentario Ciudadanos, con fecha de 2 de febrero de 2018. En su Capítulo II, De la exoneración del pasivo insatisfecho, artículo 178 *bis*, establece en su apartado 3, que "si el deudor tuviere un régimen económico matrimonial de gananciales u otro de comunidad y no se hubiere procedido a la liquidación de dicho régimen, el beneficio de la exoneración del pasivo insatisfecho *no* se extenderá al cónyuge del concursado". XII LEGISLATURA, PROPOSICIÓN DE LEY, Núm. 197-1 (BOCG-12-B-197-1) 122/000165.

la liquidación de ese régimen, la exoneración del pasivo insatisfecho que afecte a deudas gananciales contraídas por el cónyuge del concursado o por ambos cónyuges "no se extenderá a aquel, en tanto no haya obtenido él mismo el beneficio de la exoneración del pasivo insatisfecho".

No parece quedar clara la justificación de esta reforma respecto de la legislación anterior, puesto que la Exposición de Motivos del Proyecto se limita a señalar lo siguiente: "En sintonía con la regla de responsabilidad del cónyuge contratante de deudas conyugales prevista en el Código civil, se aclara que la exoneración de deudas conyugales comunes contratadas por ambos cónyuges o por el cónyuge del concursado no beneficia a este, salvo que obtenga él mismo el beneficio de la exoneración". No obstante, tal modificación, de salir adelante el proyecto, supondrá un salto cualitativo respecto de la legislación anterior que, si bien puede, como hemos visto, ser objeto de matizaciones, constituía una herramienta de utilidad para extender la exoneración, en beneficio de la unidad familiar, a aquellos supuestos en los que el cónyuge del deudor concursado común no es insolvente.

BIBLIOGRAFÍA

Carrasco Perera, Á.:

- "El despropósito de la segunda oportunidad de los consumidores sobreendeudados", *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 911, 2015 (BIB 2015/4858).

- "El mecanismo de "segunda oportunidad" para consumidores insolventes en el RDL 1/2015: Realidad y mito", *Revista CESCO de derecho de consumo,* núm. 13, 2015.

Colina Mediavilla, J. L.: "Insolvencia de persona física y segunda oportunidad en el RDL 1/2015", *Foro: Revistas jurídicas y sociales*, núm. 1, 2015.

Cuena Casas, M.:

- "Crédito responsable, fresh start y dación en pago. Reflexiones sobre algunas propuestas legislativas", *El Notario del Siglo XXI*, núm. 43, mayo-junio, 2012.

- "La exoneración del pasivo insatisfecho". en *Comentarios a la ley de mecanismo de segunda oportunidad* (coord. Prats Albentosa, L.), Aranzadi, Cizur Menor, 2016.

- "¿Un régimen de segunda oportunidad?, *El Notario del Siglo XXI,* núm. 60, marzo-abril 2015.

De los Bueis Castañales, R.: "Una visión panorámica de la regulación del beneficio de la exoneración del pasivo insatisfecho en el texto refundido de la Ley Concursal y en la Directiva (UE) 2019/102*", InDret*, núm. 2/2021.

Fernández Seijo, J. M.ª.:

- "La posición jurídico procesal del cónyuge del concursado. Declaración de concurso de ambos cónyuges", *Endeudamiento del consumidor e insolvencia familiar,* Aranzadi, Cizur Menor, 2009.

- "La reestructuración de las deudas en la Ley de Segunda Oportunidad", Bosch, 2ª ed., Barcelona, 2015.

Gómez Pomar, F.: "La segunda oportunidad del deudor persona individual en derecho español y el real decreto-ley 1/2015", *Actualidad jurídica Uria Menéndez*, núm. 40, 2015.

Grasa, D.: "El concurso de persona física, exoneración de pasivo y vivienda habitual. Una solución para dotar al mecanismo de segunda oportunidad de mayor efectividad. Comentario al Auto 138/15, de 15 de abril de 2015, del Juzgado mercantil núm. 10 de Barcelona y a la solución adoptada en dicho procedimiento en torno al contrato de préstamo hipotecario", *Anuario de Derecho concursal y paraconcursal, parte jurisprudencia,* núm. 36, 2015.

Marques Villalonga, J. M.ª.: "La inembargabilidad de determinados bienes: un fresh start en nuestro sistema concursal", *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal,* núm. 15, 2011 (segundo semestre).

Parra Lucán, Mª. Á.: "Concurso de acreedores y consorcio conyugal", *en Actas de los decimonovenos encuentros del foro del Derecho Aragonés,* El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2010.

Sendra Albiñana, A.: "El beneficio de exoneración del pasivo insatisfecho como limitación cuantitativa al principio de responsabilidad universal", *Revista CESCO de Derecho de Consumo,* núm. 17, 2016, http://www.revista.uclm.es/index.php/cesco.

Senet Martínez, S.: "El nuevo régimen de exoneración de deudas tras el RDL 1/2015", *Revista de derecho concursal y paraconcursal*, núm. 23, 2015.

Yáñez Vivero, F.:

- "La exclusión de la vivienda habitual hipotecada en el plan de liquidación. Una creación judicial al margen de la ley y la necesidad de reactivar un derecho paraconcursal", *Revista de Derecho Civil*, vol. VIII, núm. 1, enero-marzo 2021.

- *Patrimonio inembargable, alimentos y fresh start*, Marcial Pons, Madrid, 2017.

DE LAS DISTINTAS VÍAS DE ADQUIRIR UNA EMPRESA: ASPECTOS CONTRACTUALES A TENER EN CUENTA

ABOUT THE DIFFERENT WAYS OF ACQUIRING A COMPANY: CONTRACTUAL ASPECTS TO BE TAKEN INTO ACCOUNT

Rev. Boliv. de Derecho Nº 34, julio 2022, ISSN: 2070-8157, pp. 422-497

Gonzalo
MUÑOZ
RODRIGO

ARTÍCULO RECIBIDO: 10 de enero de 2022
ARTÍCULO APROBADO: 30 de abril de 2022

RESUMEN: En el presente trabajo se lleva a cabo un pormenorizado análisis de las distintas fases que tienen lugar en la compraventa de una empresa. Primeramente, se lleva a cabo una comparativa entre las distintas opciones a las que puede acudir el adquirente de una sociedad para llevar su adquisición a término. En segundo lugar, un estudio de la fase inicial de la compraventa en relación con los tratos preliminares y la formación del contrato. Y, en tercer lugar, se examina qué remedios tiene a su alcance el comprador en caso de que el contrato celebrado frustre o genere cualquier tipo de insatisfacción al adquirente por inadecuación del objeto. En este sentido, se hace especial hincapié al recurso de las Manifestaciones y Garantías como método de protección del comprador.

PALABRAS CLAVE: Compraventa de empresa; compraventa de acciones; compraventa de activos; tratos preliminares; incumplimiento contractual; vicios ocultos; vicio en el consentimiento; culpa in contrahendo; manifestaciones y garantías.

ABSTRACT: *This paper carries out a detailed analysis of the different phases that take place in the sale and purchase of a company. Firstly, a comparison is made between the different options available to the acquirer of a company in order to bring the acquisition to completion. Secondly, a study of the initial phase of the sale and purchase in relation to preliminary dealings and the formation of the contract. Thirdly, it examines what remedies are available to the purchaser in the event that the contract concluded frustrates or generates any type of dissatisfaction for the purchaser due to the inadequacy of the object. In this respect, special emphasis is placed on the use of Representations and Warranties as a method of protection for the buyer.*

KEY WORDS: *Sale and purchase of a company, sale and purchase of shares, sale and purchase of assets, preliminary negotiations, breach of contract, latent defects, vitiation of consent, culpa in contrahendo, representations and warranties*

SUMARIO.- I. LAS DISTINTAS FORMAS DE TRANSMISIÓN DE LA EMPRESA MERCANTIL.- 1. Consideraciones preliminares.- 2. La compraventa de activos vs la compraventa de acciones.- A) Elementos del contrato.- a) Consentimiento.- b) Objeto.- c) Precio.- d) Causa.- e) Forma.- B) Régimen de responsabilidad.- a) Obligaciones laborales.- b) Obligaciones fiscales.- c) Obligaciones medioambientales.- C) Complejidad contractual, trámites y costes.- a) Cesión de crédito o derechos.- b) Asunción de deuda.- c) Cesión de posición contractual.- 3. Métodos alternativos para la adquisición de empresas.- A) Operaciones de apalancamiento financiero.- B) Modificaciones estructurales de las sociedades.- II. LOS TRATOS PRELIMINARES.- 1. Los efectos de las cartas de intenciones y otros tratos preliminares.- 2. Carta de intenciones u oferta contractual.- 3. Deberes de las partes durante los tratos preliminares.- A) Deber de información.- B) Deber de confidencialidad.- C) Deber de conservación.- D) Deber de no abandonar sin motivo las negociaciones.- III. LA INADECUACIÓN DEL OBJETO EN EL CONTRATO DE COMPRAVENTA DE EMPRESA.- 1. Naturaleza jurídica.- 2. Normativa aplicable.- 3. Remedios a la inadecuación del objeto.- A) El saneamiento por evicción.- B) El saneamiento por vicios ocultos.- C) El incumplimiento contractual.- D) La culpa in contrahendo.- E) La anulabilidad por vicio en el consentimiento.- IV. CONDICIONES DEL CONTRATO DE COMPRAVENTA.- 1. Manifestaciones y garantías.- 2. Condiciones ex ante.- 3. Condiciones ex post.

I. LAS DISTINTAS FORMAS DE TRANSMISIÓN DE LA EMPRESA MERCANTIL.

1. Consideraciones preliminares.

Para empezar a desarrollar este punto es interesante poner de relieve ciertas matizaciones sobre el concepto de propiedad en sede de empresa mercantil, así como sobre la propia dinámica jurídica existente en la transmisión de empresas. Igualmente, pongo de manifiesto que el presente estudio se centrará en el régimen propio de las Sociedades Anónimas, dejando de lado las particularidades de las Sociedades Limitadas.

Es por todos de sobra conocido que la relación existente entre el tradicional empresario individual con su empresa, el cual en muchas ocasiones no se servía del beneficio de limitación de responsabilidad otorgado por las sociedades de capital, no es la misma que la existente entre la sociedad de capital y sus socios. Mientras que el primero si dispone de un claro derecho de propiedad directo sobre todos los bienes, elementos y derechos que conforman su empresa, lo que se traduce en una facultad de goce, uso y disposición absoluta sin más limitaciones que las que impongan las leyes (siguiendo el concepto clásico del artículo 348 del Código Civil). Los segundos se encuentran en una especial posición jurídica que, en principio, no podemos asimilar a la del propietario. En este sentido, se apunta por

• Gonzalo Muñoz Rodrigo
Investigador Predoctoral FPU de Derecho Civil en la Universitat de València. Premio Extraordinario de Grado en Derecho en dicha Universidad. Máster en Abogacía y en Derecho de la Empresa (Especialidad Mercantil) por la misma Universidad. Doctorando de las Universidades de Valencia y Bolonia. Beneficiario de la Beca del Real Colegio de España en Bolonia. Presidente del Consejo de Redacción de Actualidad Jurídica Iberoamericana. Correo electrónico: gonzalo.munoz@uv.es.

la doctrina que: "no pueden ser equiparados los derechos atribuidos al comunero a los derechos del socio"[1]. El mismo autor señala, a la hora de diferenciar la relación existente entre una eventual comunidad de bienes o sociedad que recaiga sobre una empresa, que: "Si la comunidad permite encajar en concepto jurídico-técnico de propiedad, como situación estática que recae sobre bienes determinados, en la sociedad la empresa, cuando ésta sea la causa del contrato y objeto de la institución, por lo general, se superpone a los bienes, incluso considerados como patrimonio". De esta forma, al final sigue diciendo que el socio "adquiere una especial relación jurídica de contenido complejo con la sociedad que se manifiesta en una atribución de derechos de distinta naturaleza".

Por este motivo, el accionista de una sociedad anónima, por ejemplo, no dispone de una proporción abstracta sobre todos los elementos que conforman la empresa, lo que teóricamente le permitiría en cualquier momento solicitar la división de la cosa común como si de una comunidad romana se tratase de conformidad con el art. 400 CC. Todo lo contrario, hoy en día el accionista de una sociedad anónima tiene en su poder una serie de títulos valores, generalmente nominativos, denominados acciones cuya propiedad (si bien, cada vez es más común que funcionen a través de anotaciones en cuenta) le legitima a ejercitar una serie de derechos llamados "derechos de los socios". Así, estos derechos le permiten participar en la toma de decisiones sobre la sociedad, mantenerse al corriente de los asuntos sociales más relevantes, conocer el estado económico de la sociedad, asistir a las Juntas, participar en los beneficios, etc.[2]

En consecuencia, la propiedad de los diferentes bienes, derechos, elementos, e incluso la titularidad de las deudas recaerá sobre la persona jurídica que representa la identidad de la sociedad. Configurándose, entonces, un patrimonio separado del propio patrimonio de los socios que ejercen el control de la sociedad. De este modo, cuando un socio vende su participación en una sociedad, en forma de acciones o participaciones, no está enajenando directamente una parte de la sociedad, sino transmitiendo una serie de valores que otorgan la titularidad de una parte del capital social de la empresa en cuestión, que al mismo tiempo no se ve alterada por la operación. Igualmente, no serán, por tanto, los socios quiénes realicen actos de disposición sobre los bienes de la sociedad, en el supuesto de

1 Hernando Cebriá, L.: *El contrato de compraventa de empresa,* 1ªed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, p. 292. No solo la doctrina española se encuentra segura de esta diferenciación entre la posición jurídica del socio y la del propietario o comunero de una empresa. En otros países de nuestro entorno, como es lógico, se llega también a conclusiones similares por no decir iguales. Paillusseau, J.: "L'efficacité des enterprises et la légitimité du pouvouir", *Rev. int. dr. ec.*, núm. 4, 1990, pp. 289 y ss., indica que en el momento en el cual una empresa se constituye como sociedad, los socios resultantes pierden cualquier derecho de propiedad sobre los activos sociales, pues éste se ve sustituido por un derecho de control mucho más amplio que deberá ser ejercido a través de los órganos sociales.

2 Para una explicación concreta de los derechos de los socios en las sociedades de capital, Broseta Pont, M. y Martínez Sanz, F.: "Acciones y participaciones sociales: Derechos de los socios y documentación", en Broseta Pont, M. y Martínez Sanz, F.: *Manual de Derecho Mercantil*, vol.I, 21ª ed., Tecnos, Madrid, 2014, pp. 413 a 426.

que exista una voluntad de enajenarlos a terceros. Sino que será la misma persona jurídica, a través de sus representantes legales, en la práctica su/s administrador/es (pudiendo ser alguno, algunos de los socios o todos ellos, dependiendo de la estructura del órgano de administración), quién/es los llevará/n a término. Eso sí, dado que la sociedad como persona jurídica no es un ente físico, su voluntad será generada por sus órganos: Junta General y Órgano de Administración. Lo que, en definitiva, nos lleva a que serán los socios los que orienten la dirección que toma la sociedad, pues también son ellos los que designan al órgano de administración. Aunque en función del tipo de acto al que nos refiramos (v.gr. un acto de mera gestión o un acto que afecte a la estructura de la sociedad), será a unos o a los otros a los que les corresponda la competencia.

No obstante, aunque parezca que nos estemos dirigiendo a la figura del socio como persona que ejerce un dominio sobre la sociedad (cosa que también es cierta), este breve recorrido nos ha permitido ver que el funcionamiento de las sociedades de capital, en relación con el poder de los socios, es mucho más complejo que la simple propiedad o comunidad de bienes que pueda existir sobre un bien en concreto o un conjunto de bienes y derechos. Sobre esto, cabe destacar, que nos planteemos la existencia de un socio mayoritario de control o incluso un único socio desde el momento que es legal en nuestro derecho la existencia de la sociedad unipersonal (arts. 12 y ss. de la Ley de Sociedades de Capital), pero incluso en esos supuestos la existencia de normas sobre el régimen de unipersonalidad y determinados procedimientos de tutela de acreedores, implica igualmente que no podamos equiparar la posición de control que ejerce el socio con la posición jurídica del propietario. Tampoco olvidemos, en el caso de sociedades con múltiples accionistas, los mecanismos de tutela del socio minoritario que permiten a éstos protegerse de determinados abusos de los órganos sociales controlados por el socio o socios mayoritarios, como pueden ser las acciones impugnatorias de los acuerdos sociales o las acciones de responsabilidad contra los administradores sociales[3].

De hecho, más allá de los intereses particulares que tenga cada socio para formar parte de la sociedad (como puede ser la simple voluntad de lucrarse), existe el llamado interés social, el cual se superpone a los anteriores y debe ser respetado incluso por el socio mayoritario. Por consiguiente, un uso instrumentalizado de la sociedad dirigido al único beneficio del socio de control, en connivencia con su administrador de confianza podría dar lugar al denominado "levantamiento del

3 Sobre la impugnación de los acuerdos sociales Broseta Pont, M. y Martínez Sanz, F.: *Manual*, cit., pp. 485 a 488. Respecto a la responsabilidad de los administradores sociales, Broseta Pont, M. y Martínez Sanz, F.: *Manual*, cit., pp. 505 a 510.

velo" (*"veil piercing"* en derecho anglosajón), si con su actuación se pretendía, por ejemplo, actuar en fraude de acreedores[4].

Por todo lo expuesto, algún autor ha querido ver en la relación existente entre el socio y la sociedad, una especie de *quid pro quo.*[5] Dicho en otras palabras, el privilegio de limitación de responsabilidad que otorga la ley al socio, pues sólo arriesga la aportación efectuada, se ve atenuado por lo que podríamos denominar "*la cotitularidad mediata*" que le queda sobre la sociedad, así como los diferentes procedimientos que debe respetar para que quede garantizado el buen funcionamiento de la sociedad[6]. De esta forma, como señala un sector de la doctrina, cuando una persona adquiere la participación de otra persona en una sociedad de capital, no adquiere una porción de la propiedad de la empresa, "sino que se subroga en una especial posición de poder que, a través de la sociedad misma, como instrumento de organización de intereses, alcanza a la empresa societaria"[7].

Este primer epígrafe nos debe llevar a la conclusión de que, por la particular configuración legal de las sociedades de capital, existen diversas formas de adquirir el control de una sociedad. Por lo que, no existe únicamente la posibilidad de adquirir todo el patrimonio de la empresa en bloque (supuesto que se encuadraría en la cesión global de activo o pasivo) o los activos más representativos y esenciales de la sociedad (que se correspondería con una compraventa de activos). Además de estas opciones, obviamente cabe la posibilidad de comprar las acciones de múltiples socios, el paquete de control de un accionista mayoritario o incluso decantarse por fórmulas mucho más alambicadas, pero no por ello de poca importancia práctica como son las operaciones de apalancamiento financiero. Todo dicho sin ánimo de ser exhaustivo[8].

En consecuencia, a lo largo de este apartado sobre las formas de transmisión de empresas voy a hacer hincapié, desde un punto de vista práctico, en la diferenciación existente entre la compraventa de activos y la compraventa de acciones. Analizando las ventajas e inconvenientes que tiene cada una de las modalidades de adquisición. Finalmente, también voy a detenerme en las que

4 Sobre los criterios admitidos por la jurisprudencia del Tribunal Supremo para determinar el levantamiento del velo, Boldó Roda, C.: *Levantamiento del velo y persona jurídica en el Derecho Privado Español,* 4ªed., Aranzadi, Pamplona, 2006.

5 Hernando Cebriá, L.: *El contrato,* cit., p. 295

6 En una línea similar se pronuncia Font Ribas, A.: "Personalitat jurídica i organització de l'empresa (Assaig d'una proposta de política legislativa)", *Cuadernos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Palma de Mallorca,* núm. 9, 1984, p. 72.

7 Hernando Cebriá, L.: *El contrato,* cit., p. 309.

8 Digo esto, puesto que gracias a la flexibilidad que nos otorga la autonomía de la voluntad pueden darse incluso situaciones de control societario a partir del juego de derechos reales como el usufructo. Es decir, según lo dispuesto por el art. 127 LSC, cabría la posibilidad de recoger en los estatutos que el usufructuario ostente no solo el derecho a recibir dividendos, sino también el de asistir y votar en Junta.

podríamos llamar métodos alternativos, donde incluiríamos las modificaciones estructurales y las operaciones de apalancamiento financiero, que en muchas ocasiones van de la mano.

Sin embargo, antes de desarrollar las distintas modalidades de adquisición de empresas. Creo conveniente, sobre todo por el caso concreto que he planteado, discernir en qué momento podemos hablar verdaderamente de transmisión de empresa, aunque objetivamente nos encontremos delante de un contrato de compraventa de activos o de compraventa de acciones.

Primeramente, esta aclaración es fundamental pues en el ámbito de la compraventa de activos, si el negocio jurídico en cuestión no tiene por objeto la adquisición de una concreta unidad productiva de la empresa (*v. gr.* una fábrica), dicho contrato no estaría instrumentando una adquisición de empresa. Todo lo contrario, sería un ejemplo de lo que la doctrina anglosajona denomina *cherry picking.* Por tanto, dicha transacción: "*No se distinguirá de una compraventa regular de bienes y derechos, en la que todos ellos se transmiten al amparo de un único título, el contrato de compraventa de activos*"[9]. Esto en el supuesto de que hablemos de varios bienes y derechos, pues el concepto de *cherry picking* también podría referirse exclusivamente al caso de adquirir un solo bien o derecho de cierto valor de la empresa, como una marca o una determinada maquinaria.

De la misma forma, en el caso de la compraventa de acciones, no es lo mismo adquirir una participación mayoritaria que permita de facto controlar los órganos de la sociedad en cuestión, que simplemente adquirir una cierta participación societaria con fines puramente especulatorios. No obstante, el régimen de la compraventa de acciones es mucho más complejo y tampoco podemos admitir con carácter general que la adquisición de una participación mayoritaria en una sociedad implique necesariamente su control, o que una participación que a simple vista podríamos señalar de minoritaria, en relación con el total de votos que existen en la sociedad, no permita el mencionado control. Esto se debe principalmente a diferentes factores que cierta doctrina ha resumido en: "*importancia, permanencia y dificultad substancial en el ejercicio de los derechos sobre el patrimonio o la gestión*"[10]. A saber, una considerable participación en una

9 En estos términos, se pronuncia Herrera Martínez, A.: "El contrato de compraventa de activos", en AA.VV.: *Manual de Fusiones y Adquisiciones de Empresas* (dir. R. Sebastián Quetglas), Wolters Kluwer, Madrid, 2016, p. 393.

10 Hernando Cebriá, L.: *El contrato*, cit., p. 279 y 280. En este sentido, Satrústegui Menchaca, B.: "Adquisiciones especiales", en AA.VV.: *Régimen jurídico de las adquisiciones de empresas* (dir. Álvarez Arjona, J.M. y Carrasco Perera, A.), ed. Aranzadi, Pamplona, 2001, pp. 383 y ss., diferencia tres tipos de adquirentes, el "comprador/gestor", persona que generalmente se dedica al mismo sector o rama que la empresa objetivo y, por tanto, pretende aprovecharse de las ventajas que se derivan de controlar dos sociedades con actividades relacionadas, así como poder alcanzar mayores rentabilidades y beneficios por servirse de economías a escala. Segundo, el "comprador/inversor", que sencillamente quiere recibir una adecuada rentabilidad sobre un determinado capital y; tercero, aquél que tiene un poco de los dos y comúnmente se le denomina "business angel" (ángel de negocios en castellano), ya que, si bien es un inversor, también

sociedad mercantil no deriva automáticamente en una capacidad de control de la misma, pues hay otros aspectos que debemos tener en consideración. Uno de ellos es la estabilidad[11], habida cuenta que una inversión temporal en una empresa con la finalidad de obtener rápidamente una elevada rentabilidad sobre un capital que de otra forma no se podría conseguir no parece un ejemplo adecuado de adquisición de empresas en sentido estricto.

Otro aspecto que también es crucial en relación con el control de las sociedades de capital es la dispersión de los derechos de voto[12]. Así, en el supuesto de compraventa de acciones y no de participaciones, por coherencia con el enunciado del trabajo, podríamos resolver este expediente rápidamente acudiendo a las normas sobre mayorías de las Sociedades Anónimas de la Ley de Sociedades de Capital (en adelante, LSC). Puesto que, leyendo el art. 201 LSC podemos concluir que, si disponemos de, al menos, la mitad más una de las acciones (siempre y cuando, todas tengan el mismo valor) podremos controlar la práctica totalidad de los acuerdos de la sociedad. Sobre todo, porque, sin una mayoría especial, se podrá designar al órgano de administración, lo que nos dará el efectivo control de la sociedad. Igualmente, esa mayoría también nos daría el control de los acuerdos que requieren un quórum reforzado del art. 194 LSC, tales como modificaciones estatutarias, ampliaciones o reducciones de capital, modificaciones estructurales, etc. Solo quedarían fuera aquellos acuerdos que tuvieran un quórum o mayoría especial recogido expresamente en los estatutos sociales. No obstante, hay ciertos condicionantes que debemos tener en consideración y tienen que ver con la posibilidad de obtener el control con participaciones mucho menores.

En la práctica, es extraño, sobre todo en sociedades anónimas de cierto tamaño y no digamos ya en las cotizadas, que un solo socio ostente un número de acciones tan elevado como el que hemos planteado en el párrafo anterior[13]. De hecho, se suele admitir por la doctrina que, siempre y cuando tengamos en cuenta las estructuras de poder de la sociedad, podemos hablar ya de un control minoritario de la empresa en umbrales de entre el 5% y el 10% del capital con

---

aconseja y coadyuva a la dirección de la sociedad. Por otro lado, Guizzi, G.: "Il concetto di impresa tra diritto comunitario, legge antitrust e códice civile", *Riv. Dir. Comm*., 1993, p. 297, ha distinguido entre aquello que supone adquirir un paquete de control mayoritario de acciones o participaciones como acto con valor económico en sí mismo, de que a raíz de éste se pretenda obtener una capacidad de injerencia en los asuntos sociales o meramente disfrutar de los beneficios que le otorga disponer de dicha participación en la sociedad.

11 Algunos autores han considerado este requisito como imprescindible para poder hablar de situación de control societario. Por todos, Martínez Manchuca, P.: "El fenómeno de control o de la dependencia entre las sociedades", *Rds,* núm. 12, 1999, p. 211.

12 Tal y como manifiesta Hernando Cebriá, L.: *El contrato,* cit., pp. 280 y ss.

13 Garrigues y Díaz-Cañabate, J.: *Nuevos hechos, nuevo Derecho de sociedades anónimas,* (reedición de la 1ª edición, ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1933), ed. Civitas, Madrid, 1998, ya hablaba de que no debemos pensar en el gran accionista de una sociedad anónima como aquél que ostenta más del 50% de las acciones, sino aquél que por medio de su concreta participación en la sociedad es capaz de influir de forma significativa en la misma.

derecho a voto[14]. Esto se debe a que, salvo que nos encontremos con actuaciones consensuadas de un buen número de socios minoritarios, el absentismo que suele existir en las juntas de las sociedades anónimas permitiría a un accionista que ostente una participación de ese calibre tomar la mayoría de los acuerdos de la sociedad y, lo que, es más, designar y revocar a los miembros del órgano de administración. Para terminar, esto también nos lleva a considerar la posibilidad de que se pueda producir un control de la sociedad a través de pactos entre socios y sindicatos de voto, aunque sus miembros aisladamente considerados tengan participaciones muy reducidas en la sociedad[15].

Planteadas todas las anteriores consideraciones, llega el momento de analizar las dos formas más comunes de negocios jurídicos encaminados a la adquisición o transmisión de una empresa mercantil. El contrato de compraventa de activos y el contrato de compraventa de acciones (también de participaciones, pero como es obvio éste último se circunscribe a la Sociedad de Responsabilidad Limitada).

2. La compraventa de activos *vs* la compraventa de acciones.

En primer lugar, estos dos principales tipos de adquisiciones o transmisiones (diremos una palabra u otra dependiendo de si se mira desde el punto de vista del comprador o del vendedor respectivamente) de empresa se suelen identificar también por la doctrina como adquisiciones directas o indirectas de empresa. Es decir, la compraventa de activos se incardinaría en la modalidad de adquisición directa, mientras que la compraventa de acciones se correspondería con la vertiente de adquisición indirecta. Aunque se trata de un aspecto puramente terminológico, dicha diferenciación no es una cuestión baladí, pues afecta en gran medida a la manera de articular las mentadas compraventas.

Lo dicho se refiere a un punto sobre el cual ya me había fijado en el anterior epígrafe. Y es, ni más ni menos, que la relación jurídica existente entre los socios y la sociedad. En un contrato de compraventa de activos, es la propia sociedad, a través de sus representantes legales, quien dispone de sus propios activos y pasivos trasmitiéndolos a un tercero u a otra sociedad. Por lo que, los elementos de la empresa que hayan sido transmitidos se desvinculan de la misma y directamente pasan a formar parte de un patrimonio ajeno. No obstante, en el contrato de compraventa de acciones, como ya sabemos, no se produce una adquisición directa de bienes y derechos, sino lo que se transmite es la propiedad que tiene

14 Hernando Cebriá, L.: *El contrato,* cit., p. 281. Ruiz Peris, J.L.: "Significado de control empresarial en el Derecho español", en *Estudios de Derecho Mercantil en homenaje al profesor Manuel Broseta Pont*, Tomo III, Valencia, 1995, p. 3352, apunta que desde el momento en que el capital de una sociedad esté divido entre los socios minoritarios con participaciones no superiores al 1%, un socio con el 40% controlaría de facto la sociedad.

15 Sobre los pactos parasociales, Paz-Ares Rodríguez, C.: "La cuestión de validez de los pactos parasociales", *Actualidad Jurídica Uría Menéndez,* núm. Extra, 2011.

un socio sobre el capital de una sociedad, esto es, la participación que tenga. En consecuencia, no tiene lugar ninguna alteración en el patrimonio de la sociedad, configurándose como un negocio en el cual no interviene como parte la persona jurídica de la que son las acciones. De hecho, si atendemos al régimen legal de transmisión de acciones, el art. 123 LSC no impone *ex lege* ningún impedimento a la libre transmisión[16]. Por lo que, se podría llevar a cabo la operación sin que, dicho *grosso modo*, la sociedad lo sepa o haya que pedirle su consentimiento[17]. Eso sí, digo podría porque viene siendo habitual que las sociedades anónimas incluyan en sus estatutos restricciones a la libre transmisibilidad de las acciones[18]. Asimismo, cabe la posibilidad de que se someta la venta de las acciones a la autorización de la sociedad, condicionado a que consten estatutariamente las causas que permitan su denegación, de conformidad con el artículo 123.3 LSC. Sobre la concreta incidencia de las restricciones a la libre transmisibilidad en el contrato de compraventa de acciones volveré en el apartado sobre derecho societario.

A) Elementos del contrato.

Como es sabido, en todos los contratos deben existir tres elementos básicos: 1) Consentimiento de los contratantes, 2) Objeto cierto que sea materia del contrato, y 3) Causa de la obligación que se establezca. Sin su presencia, tal como señala el art. 1.261 CC no hay contrato. Así, este es uno de los aspectos que conviene analizar para empezar a diferenciar ambas figuras, momento que también aprovecho para explicar sus características propias en la adquisición de empresa.

a) Consentimiento.

Sin duda el primer elemento que debe existir es el consentimiento de los contratantes, que en este caso se corresponde con la voluntad conjunta del comprador y del vendedor sobre el objeto y la causa del contrato. En grandes rasgos, la empresa que se quiere adquirir y el precio de venta.

16 Todo lo contrario, el art. 123.2 LSC establece que: "S*erán nulas las cláusulas estatutarias que hagan prácticamente intransmisible la acción*." Si bien, tal como se reconoce en el apartado primero del mismo artículo es posible incluir restricciones, siempre y cuando, "*recaigan sobre acciones nominativas y estén expresamente impuestas por los estatutos*".

17 Siguiendo lo dispuesto por el art. 347 del Código de Comercio, si hablamos de acciones nominativas habría que ponerse en contacto con la sociedad para que los administradores puedan inscribir el cambio de titularidad en el libro registro, así como que el nuevo socio pueda ejercitar los derechos derivados de las acciones. Sin embargo, autorizada doctrina considera que la notificación no es "requisito esencial para que se produzca la transmisión del derecho incorporado", Broseta Pont, M. y Martínez Sanz, F.: *Manual,* cit., p. 443.

18 Los motivos pueden ser múltiples, pero suelen responder a cuestiones de afinidad u amistad entre los socios, ciertos intereses económicos o simplemente exigir un determinado nivel técnico o profesional a los mismos.

En el presente supuesto, dada la condición de las sociedades involucradas en la operación, en principio, este apartado no presentaría mucha complicación. De todos modos, conviene hacer algunas precisiones.

En el supuesto que alguna de las partes fuera persona física, en primer lugar, deberíamos tener presentes las diversas prohibiciones que establece el artículo 1459 CC. Según el cual, por ejemplo, un tutor no podría adquirir la empresa de la que fuera dueño su tutelado. Salvo estas prohibiciones, el Código Civil dispone que todas las personas que tengan capacidad para obligarse podrán celebrar el contrato de compra y venta (art. 1457 CC). Esto nos lleva a considerar la posibilidad de que una de las partes fuera menor o tuviera de algún modo limitada su capacidad. Así, para el caso de los menores no emancipados, el art. 166 CC señala que los padres no podrán enajenar ni gravar "*establecimientos mercantiles o industriales*", a menos que concurran "*causas justificadas de utilidad o necesidad y previa la autorización del Juez del domicilio, con audiencia del Ministerio Fiscal*". Este requisito no será necesario, si como apunta el artículo, "*el menor hubiese cumplido dieciséis años y consintiere en documento público*". En cambio, si se trata de menores no sujetos a la patria potestad (por tanto, tutelados) o si hablamos también de incapacitados (igualmente sujetos a tutela), la solución la encontramos en el artículo 271.2º CC, donde se recoge que el tutor precisará autorización judicial para enajenar o gravar "establecimientos mercantiles o industriales". Para el caso de menores emancipados, lo que se necesitará es un complemento a su voluntad, que deberá ser otorgado por sus padres o su curador, ya que el art. 323 CC así lo contempla. La consecuencia de no respetar las mencionadas autorizaciones será la anulabilidad del negocio jurídico, el cual podrá ser posteriormente convalidado si se cumplen finalmente.

Otra especialidad que también puede darse en el caso de compraventa con participación de personas físicas es la situación de casado en régimen de gananciales. Esto implicaría que el cónyuge que no es parte en el contrato deberá autorizar la operación si el bien es ganancial, tal y como señala el artículo 1377 CC. Eso sí, "en caso de que uno se negare o estuviere impedido para prestarlo, podrá el juez autorizar uno o varios actos dispositivos cuando lo considere de interés para la familia. Excepcionalmente acordará las limitaciones o cautelas que estime convenientes". La empresa o establecimiento en cuestión será ganancial si fue fundada "durante la vigencia de la sociedad por uno cualquiera de los cónyuges a expensas de los bienes comunes" (art. 1347 CC).

Igualmente, dado que una de las razones principales que impulsan la compra de una empresa es la voluntad de ejercer el comercio como empresario, o incluso ampliar más su ámbito de actuación. Cabe destacar los artículos 4 y 5 CdC, pues el primero exige la mayoría de edad y la libre disposición de los bienes para ejercer

el comercio, y el segundo, la necesaria actuación de un guardador o factor (en defecto de padres) que ejerza en nombre del menor o el incapaz "el comercio que hubieren ejercido sus padres o causantes". Pondría de relieve que, si existe un factor que ejerza la representación comercial del menor o el incapaz y, al mismo tiempo, un tutor o un progenitor, las autorizaciones a las que nos hemos referido antes deberán recabarse del tutor o el progenitor.

Dicho lo anterior, en muchas ocasiones alguna de las partes será una persona jurídica. En esa situación, los requisitos de capacidad también serán importantes, pero irán dirigidos a las personas que ostentan la representación legal de la sociedad, concretamente, a comprobar si esas facultades de representación son suficientes y el interviniente en cuestión puede disponer de los bienes de la empresa. Asimismo, otra comprobación esencial es si la sociedad que se pretende adquirir se encuentra en concurso o, del mismo modo, si la empresa adquirente ha sido declarada en concurso.

Por último, otra cuestión que puede ser de relevancia en relación con el consentimiento es la existencia de diversas partes en cada una de las posiciones contractuales. Dado que esta situación puede provocar ciertas complicaciones, se aconseja nombrar un representante que actúe en nombre de cada una de las posiciones. Del mismo modo, la existencia de la mencionada multiplicidad de partes haría conveniente la preparación de diferentes contratos para cada una de las partes, si sus intereses presentan diferencias. Igualmente, esta situación plantea que pasaría si alguna de las partes, por ejemplo, uno de los accionistas vendedores decidiese finalmente no transmitir sus acciones.[19] Habría, por tanto, que contemplar dicho escenario en el contrato de compraventa. Aunque sobre las diferentes condiciones del contrato me detendré más adelante, puede ser interesante incluir en el contrato una condición suspensiva que le permitiese desvincularse de la operación si todos los accionistas no transmiten sus acciones o, por ser más prácticos, no obtuviese una participación de control, porque el socio mayoritario decidiese finalmente no continuar con la operación. Obviamente, esta situación solo podría tener lugar en el caso de contemplar una compraventa de acciones, dado que en la compraventa de activos la propia sociedad objeto de adquisición será la parte vendedora y la sociedad adquirente la parte compradora (aunque esto no quita que el órgano decisorio en la venta de activos esenciales, esto es, la junta general, pueda echar atrás la operación). Si bien, también es posible que sea un empresario persona física el comprador de activos, de la misma forma que a veces la compradora de las acciones es una sociedad mercantil, no un futuro accionista.

19 Tortuero Ortiz, J.: "El contrato de compraventa de acciones", en AA.VV.: *Manual de Fusiones y Adquisiciones de Empresas* (dir. R. Sebastián Quetglas), Wolters Kluwer, Madrid, 2016, p. 350.

En consecuencia, salvo la matización anterior, este punto no presenta grandes diferencias entre la compraventa de activos y la compraventa de acciones. Habrá que estar a las características de las partes, como se ha expuesto.

b) Objeto.

Una de mayores diferencias entre el contrato de compraventa de activos y el contrato de compraventa de acciones radica en su objeto. Mientras en el contrato de compraventa de acciones lo que es objeto de adquisición, como es lógico, son las acciones (aunque indirectamente se adquiere la empresa). En el contrato de compraventa de activos lo que se adquiere son los bienes, derechos y demás elementos que conforman la empresa. Lo que puede dar lugar a algunas variantes como el ya mencionado fenómeno del *cherry picking.*

Las consecuencias de esta diferenciación son múltiples, y alguna de ellas ha sido, que, en la modalidad del *share deal,* se lleve a cabo una excesiva literalidad del concepto de objeto del contrato por la jurisprudencia. En otras palabras, en determinados casos, ante situaciones de inadecuación de alguno de los elementos que conforman la empresa como el establecimiento, se ha considerado que el objeto del contrato estaba compuesto únicamente por las acciones en sentido estricto, por tanto, si estas eran correctas nada se podía reclamar del vendedor. Como se puede advertir, esta doctrina ha provocado resultados insatisfactorios en numerosos casos y se convierte en una de las principales razones por las que conviene realizar una minuciosa elaboración del contrato. Adicionalmente, implica obviar otro de los elementos del contrato como es la causa. Explicaré con más detenimiento este aspecto en el epígrafe relativo a la inadecuación del objeto del contrato.

Volviendo a lo que nos ocupa, si nos encontramos ante un *share deal,* el contrato deberá hacer mención a las acciones que se transmiten de forma detallada, haciendo referencia a cuestiones tales como su valor, si son títulos valores o anotaciones en cuenta, número, clase, etc. En el caso de un *asset deal,* también será necesario que los elementos que se transmiten se encuentren perfectamente identificados. No obstante, en este último supuesto la precisión adquiere un significado mucho más elevado, ya que mientras las acciones, en definitiva, representan un parte alícuota del capital global de la empresa (es decir, se podría afirmar que la empresa va empaquetada en las diferentes acciones), en la compraventa de activos deberán describirse con exhaustividad todos los elementos que se pretenden adquirir, pues de lo contrario, la parte vendedora podría afirmar que determinado elemento no se encontraba incluido en el objeto de transmisión. Así, resultará extremadamente recomendable, sobre todo para el comprador, que el contrato especifique inmuebles (con datos registrales, como su

localización, descripción, posible existencia de cargas y gravámenes…), derechos necesarios para la explotación de la actividad, las deudas, etc.

De todos modos, la utilización de determinadas cláusulas en el contrato puede resultar determinante en este ámbito, a saber, si optamos por un *asset deal* se podría incluir una cláusula de cierre según la cual se entenderán transmitidos todos los elementos que sean necesarios para llevar a cabo la actividad de la empresa[20]. Sin embargo, esta solución no es la panacea, porque al final quedaría a la interpretación del juez si el elemento perdido es o no esencial para seguir con la actividad económica tal como se venía haciendo.

Por tanto, podríamos decir que es más recomendable acudir a una compraventa de activos, ya que en ese escenario dispondríamos de un mejor control de aquellos elementos que pretendemos adquirir y no correríamos el riesgo de que no se incluyan dentro del objeto del contrato determinados bienes clave. No obstante, de la misma forma que he indicado en el *asset deal,* en el *share deal* también sería posible utilizar fórmulas que de algún modo garantizasen un resultado satisfactorio, como declarar en el contrato la esencialidad de determinados elementos, etc. Así, como explicaré en el punto sobre la inadecuación del objeto, la elección de una de las dos modalidades del contrato, no debería supeditarse a este aspecto. Pues los dos negocios sirven de igual modo para transmitir la empresa, otra cosa supondría omitir el principio de conservación de empresa o la importancia de la causa como otro de los elementos estructurales del contrato, más aún cuando se constate la voluntad de ambas partes de transmitir/adquirir la compañía mercantil. Todo esto, nos debe hacer reflexionar sobre la importancia de la reglamentación del contrato, como son las Manifestaciones y Garantías, que, en definitiva, tienen como finalidad confeccionar un traje a medida que se ajuste a los intereses de las partes.

Sobre el objeto debemos tener en consideración la triple exigencia derivada del Código Civil para cualquier contrato. El objeto debe ser determinado, posible y lícito (arts. 1271, 1272 y 1273 CC). En consecuencia, no sería posible realizar legalmente el negocio de adquisición de empresa, si la empresa en cuestión no existe o si la actividad a la que se dedica es delictiva, por ejemplo, la venta de drogas.

En cuanto a la posibilidad o realidad de la empresa, es interesante señalar el supuesto que prevé el artículo 1460 CC, esto es: "*Si al tiempo de celebrase la venta se hubiese perdido en su totalidad la cosa objeto de la misma, quedará sin efecto el contrato.*" Por tanto, la empresa deberá encontrarse en funcionamiento para poder llevarse a cabo el negocio jurídico, de lo contrario el contrato no

20 Herrera Martínez, A.: "El contrato", cit., p. 410.

surtirá efecto. Claro está, quedaría a salvo la posible responsabilidad en la que el vendedor podría haber incurrido, ya sea por una conducta negligente en la conservación de la sociedad o incluso dolosa. Que se podría reclamar mediante una eventual demanda de responsabilidad civil por daños y perjuicios, a no ser que nos encontrásemos ante un supuesto de caso fortuito o fuerza mayor.

También se prevé la posibilidad de que la pérdida solo se refiera a una parte del negocio jurídico. En ese caso, el segundo párrafo del art. 1460 CC nos permite exigir la venta de los bienes restantes, con una lógica rebaja del precio. Este inciso puede ser adecuado para circunstancias en las que solo reste el establecimiento o determinados derechos de propiedad industrial, y que a pesar de no constituir por sí mismos una empresa puedan ser muy atractivos para su adquisición de igual manera. Finalmente, pondría de relieve que la compraventa de empresa futura es posible, como se desprende del Código Civil. Pero como señala la doctrina: "*la venta de empresa futura se supedita a su posterior existencia*"[21].

Respecto a la licitud del negocio, en primer lugar, es recomendable hacer referencia a que en nuestro ordenamiento jurídico las actividades empresariales precisan de determinadas licencias o autorizaciones administrativas para llevar a cabo su actividad en el mercado. Dependiendo del sector, esa autorización puede consistir en una mera declaración responsable o, en cambio, en un otorgamiento de licencia en sentido estricto. Así, la parte adquirente estará muy interesada en comprobar si la empresa que adquiere ha recibido la correspondiente licencia o autorización administrativa, no solo porque la vaya a necesitar en el futuro, sino también por la imagen de regularidad que supone que la sociedad enajenada la presente claramente. Eso sí, cabe destacar que el hecho de que no se ceda la licencia al adquirente, no convierte al negocio *per se* en inalienable y, por consiguiente, en nulo[22]. Lo que sucederá será que en su defecto el negocio podría ser resuelto, pues faltaría un elemento que impide el desarrollo normal de la actividad empresarial[23].

Por el contrario, cuando lo que sea objeto de transmisión sea, por ejemplo, un bien de dominio público si nos encontraremos ante una nulidad del negocio jurídico, habida cuenta que el bien es intrasmisible[24]. De la misma forma, sobre la licitud del negocio hemos de considerar aquellas actividades que sean contrarias

21 Hernando Cebriá, L.: *El contrato,* cit., p. 203.

22 Hernando Cebriá, L.: *El contrato,* cit., p. 206.

23 La jurisprudencia ya se ha pronunciado en varias ocasiones sobre este asunto, declarando que "*esta es una obligación esencial del contrato y su incumplimiento produce la resolución del contrato*" (STS 24 febrero 1998). Igualmente, la STS 30 junio 2000, apunta a un "*efectivo incumplimiento del contrato, dada la intensidad y desembolsos económicos que se requieren para la obtención de la licencia administrativa*".

24 La STS 19 octubre 1995 es muy tajante cuando afirma que: "*no se puede ceder lo que no se tiene, cual es el derecho a la utilización de terrenos de dominio público, y lo único que se puede transferir es la cesión de la explotación*". En este sentido, si sería posible enajenar la cesión de la explotación, en la que también será esencial para el comprador adquirir la concesión administrativa.

a la ley, la moral o el orden público, los cuales se configuran como los límites a la libertad negocial (art. 1255 CC) y nos facilitan la identificación de las actividades que están fuera del comercio de los hombres, por utilizar la terminología del Código Civil. Dicho lo cual, sería ilícita una compraventa que tuviera por objeto la adquisición una empresa cuya principal actividad fuera la prostitución, como podría ser un burdel.

Por último, en lo que se refiere a la determinación del objeto, esta tiene una especial singularidad en la compraventa de empresa, pues la empresa se concibe como una entidad compleja compuesta por determinados elementos en funcionamiento. Según el art. 1273 CC, la empresa deberá ser determinada en cuanto a su especie, pero sí sería posible cierta indeterminación sobre elementos cuantitativos mientras hubiera posibilidad de concretarla sin recurrir a un nuevo acuerdo entre las partes. Por tanto, cierta doctrina ha considerado que "basta que la determinación de la empresa tome como referencia la sede de explotación o establecimiento principal o un signo identificador de la misma y la naturaleza de la actividad desarrollada"[25]. En cambio, sobre el resto de elementos si podría haber indeterminación, siempre y cuando, no hubiera dudas sobre su identidad. De todos modos, se antoja muy improbable y, al mismo tiempo, poco recomendable celebrar una compraventa de empresa en la que determinados aspectos sobre su contenido fueran inciertos, aunque la sociedad sea perfectamente identificable. Como ya he dicho, cuánta más información y garantías existan en este tipo de negocios, menos riesgo de insatisfacción correrán las partes. El mismo autor[26], también pone de manifiesto la posibilidad de celebrar las llamadas compraventas *ad gustum* o *arbitrium boni viri,* pues el marco legal lo permite (art. 1453 CC). Estas compraventas, que también se denominan de ensayo o prueba, se presumen siempre celebradas bajo una condición suspensiva y, por consiguiente, resultan muy beneficiosas para el comprador, ya que le permiten poder "probar" la empresa antes de comprometerse a abonar el precio y adquirirla definitivamente. Generalmente, este tipo de variantes difícilmente serán aceptadas por el vendedor, no solo por la situación de inferioridad en la que se sitúan, sino también por el riesgo de revelación de secretos a un competidor, que tal vez solo está interesado en simular su voluntad de adquirir la empresa para acceder a información privilegiada.

c) Precio.

Si bien el precio se debería incluir en el objeto del contrato para los más puristas, pues se trata de la otra cara de la moneda, considero que merece un apartado separado. Así, mientras la transmisión de la empresa como objeto se

25 Hernando Cebriá, L.: *El contrato,* cit., p. 209.

26 Hernando Cebriá, L.: *El contrato,* cit., p 210.

configura como la obligación principal del vendedor, el pago del precio constituye la obligación principal del comprador.

Si seguimos los postulados del Código Civil, el artículo 1445 establece que, en la compraventa, se exige el pago de un precio, que deberá ser cierto, en dinero o signo que lo represente. Por tanto, si no existe precio en el contrato se rompe la onerosidad que caracteriza a la compraventa y no estaríamos ante este tipo de negocio jurídico. La causa onerosa es uno de los pilares fundamentales del contrato de compraventa, que sirve para diferenciarlo de otros contratos en los que tiene lugar la entrega de la cosa, como la permuta o la donación.

En consecuencia, cuando exista una simulación del pago del precio hablaremos de simulación total o parcial del contrato de compraventa. El primer caso se corresponde con aquellos supuestos en los que las partes no deseaban celebrar contrato alguno, y el segundo, con los supuestos en los que su voluntad real es llevar a cabo un contrato distinto, denominado contrato disimulado. El resultado jurídico en la simulación absoluta será la nulidad contrato, y en la simulación parcial una corriente jurisprudencial defendía que el negocio simulado se convirtiese en el disimulado (es decir, si se enmascaraba una donación mediante una compraventa, la consecuencia debía ser sacar a la luz la donación). Sin embargo, la doctrina jurisprudencial más reciente asegura que es preciso el cumplimento de los requisitos del negocio disimulado, por lo que si en el ejemplo planteado no se había llevado a cabo escritura pública (donación de inmuebles), no se aprecia un *animus donandi* o no tiene lugar la aceptación del donatario, no podemos afirmar que exista una donación válida ni tampoco compraventa[27].

Cabe señalar que la simulación contractual no solo tendrá lugar cuando no haya precio de por medio, sino también cuando el precio sea irrisorio o vil. Es decir, cuando sea tan reducido que adultere la esencia sinalagmática del contrato de compraventa. Por todo ello, la doctrina exige que "el precio, sin que deba ser el precio justo, implique para el vendedor una utilidad apreciable, según las circunstancias del caso, que sustituya, en cierto modo, la utilidad que el vendedor reciba de la cosa"[28].

La referencia al precio como útil encierra una cierta complejidad en el contrato de compraventa de empresa, pues es sabido que la empresa, como ente compuesto y poliédrico, está conformada por multitud de elementos que, a su vez, por las sinergias creadas entre ellos producen un valor añadido, que seguramente será lo que interesa al adquirente. Por ello, la valoración de la empresa se convertirá en uno de los asuntos primordiales en la negociación de este tipo de contratos y

27 SSTS 4 mayo 2009 (RJ 2681, 2009) y 3 febrero 2010 (RJ 157, 2010).

28 Hernando Cebriá, L.: *El contrato,* cit., p. 211.

que será protagonista en la fase de *Due Diligence*. De esta forma, la valoración no se limitará únicamente a contabilizar todos los bienes y derechos que contiene la empresa, sino también a determinar cuál es el valor que genera la suma de todas sus partes, e incluso otros activos intangibles que escapan de ese mero cálculo. Para ello, será decisivo tener cuenta elementos como son el fondo comercio y la clientela, que pueden llegar a condensar un valor muy elevado respecto al conjunto, sobre todo si hablamos de marcas consolidadas[29].

Por tanto, se señala por la doctrina que la compraventa de empresa se diferencia de otro tipo de compraventas en bloque, justamente por la presencia del fondo de comercio como elemento valorado de forma separada al resto de activos. De hecho, "se ha de reconocer una presunción favorable a la compraventa de la empresa, en su conjunto, atendiendo a la valoración del fondo de comercio separada del resto de las partidas del balance"[30].

Para terminar, conviene hacer referencia a los supuestos en los que el precio presente una vertiente mixta. Esto es, que parte se abone mediante dinero y el resto en especie. En sede de adquisición de empresas, puede ser representativo el ejemplo en el cual el comprador ofrezca al vendedor acciones de una de sus sociedades, a cambio de no abonar una cantidad tan elevada de dinero por la empresa transmitida. Según el Código Civil, en estos casos deberemos acudir a la voluntad de los contratantes para distinguir si se trata de una compraventa o de otras formas contractuales como una permuta (art. 1446 CC). No obstante, en defecto de conocer la voluntad de las partes, generalmente por poca claridad en los términos contractuales, habrá que fijarse en la proporción existente entre dinero y bienes. Así, si el mayor valor se encuentra en el dinero diremos que se trata de una compraventa, por el contrario, si el mayor valor radica en los bienes o derechos entregados en especie, diremos que se trata de una permuta.

Antes de pasar a la causa como último elemento del contrato, la determinación del precio constituye uno de los aspectos donde este tipo de contrato puede presentar las más diversas variantes.

La consideración de la empresa como un ente compuesto y que presenta una estructura particular hace que su valoración no sea tarea sencilla, ya que intervienen muchos factores en su cálculo. Algunos son la clientela o fondo de comercio, a

29 Muchos autores se han pronunciado sobre la importancia del fondo de comercio, por todos Gondra Romero, J.M.: "La estructura jurídica de la empresa", *RDM*, núm. 228, (abril-junio) 1998, p. 503, comenta que toda empresa tiene en su interior un elemento que va más allá de todos los bienes y derechos que integran su activo y que se correspondería con lo que se ha llamado fondo de comercio o *goodwill.* Así, en esta "buena fama" radicaría su valor económico y explicaría porqué el adquirente está en muchas ocasiones dispuesto a pagar un precio mayor del que realmente se extrae de todos los elementos que conforman el patrimonio empresarial aisladamente considerados.

30 Hernando Cebriá, L.: *El contrato,* cit., 212.

los que ya he hecho referencia antes, otros son el nivel de endeudamiento de la sociedad, así como la propia realidad de la empresa como sujeto dinámico que no presenta la misma imagen en todo momento.

Para resolver esta situación, la doctrina económica ha establecido diversos métodos de valoración, los cuales tienen en cuenta diferentes aspectos de la sociedad, mientras algunos se centran en el propio valor patrimonial de la empresa, otros ponen el foco en su rentabilidad. Igualmente, muchas veces se hace un uso combinado de los sistemas mencionados.

Dicho esto, el precio del contrato de compraventa de empresa puede ser fijo o variable. Será fijo cuando no esté sujeto a variaciones y se extraiga de una valoración individualizada de todos los activos de la empresa o de multiplicar las acciones en cuestión por un determinado valor. En cambio, será variable cuando el precio se someta a una serie de ratios y diversos ajustes para acotar con la máxima precisión el importe adecuado a pagar por el comprador. En la práctica, un método que puede ser interesante consiste en partir de una cantidad a tanto alzado basada en los balances aportados por la parte vendedora, y que posteriormente sea revisada en relación con diversos condicionantes, como puede ser una "cláusula de revisión" (a saber, el precio final se determina tras las comprobaciones llevadas a cabo por diversos auditores en base a lo ya manifestado por el comprador; así, tras verificar las eventuales diferencias se fija el precio) o una cláusula "earn out" basada más en criterios de rentabilidad del negocio (está cláusula vendría a fijar con gran precisión el valor del negocio, al centrarse, por ejemplo, en los beneficios obtenidos para moderar el precio). No obstante, la cláusula "earn out" tiene lugar cuando el precio variable se combina con un pago aplazado.

Lo que sí que es comúnmente aceptado a la hora de determinar cómo se calculará el precio y cómo se abonará éste, es la estructura temporal que suele caracterizar este tipo operaciones y que, en cierta medida, ya forma parte de su idiosincrasia. Con esto me refiero a las dos fases que suelen desarrollarse en toda adquisición de empresa de cierta envergadura y que sea mínimamente prudente. En primer lugar, una fase previa de tratos preliminares y posteriores negociaciones que culminarán en un contrato privado de compraventa, el cual vendrá a representar la perfección del negocio y el compromiso de ambas partes (salvando los diversos pactos que seguramente recogerán cláusulas suspensivas, e incluso resolutorias, si se dan ciertos condicionantes). En segundo lugar, una fase ulterior en la que normalmente se llevará a cabo la conocida *Due Diligence*, y que vendrá a comprobar la realidad de todos aquellos elementos que interesen al comprador, así como verificar lo manifestado por el vendedor previamente. Es decir, generalmente consistirá en una auditoría global de los diferentes aspectos de la sociedad, que permitirá al comprador poder realizar la transacción con el

máximo de garantías, concretamente antes de efectuar lo que se conoce como *closing* (cierre de la operación), y que se materializa con la firma de una escritura pública, momento en el cual definitivamente se transmite el objeto del contrato al comprador y el vendedor recibe el precio.[31] Si bien, no hay que olvidar que también es perfectamente posible la existencia de compraventas de consumación simultánea en las cuales tanto el *signing* como el *closing* ocurren en el mismo momento.

Por tanto, independientemente de la variabilidad del precio de la compraventa, las partes deberán tomar una serie de prudencias. Si la compraventa es de precio fijo, las garantías que deberá asumir aún cobrarán mayor relevancia, por lo que suele ser habitual recurrir al mecanismo de la *locked box,* es decir, el precio se determinará con referencia a la situación de los estados financieros de la sociedad en un momento específico, lógicamente en una fecha próxima a la negociación de dicho precio.[32] Evidentemente, el método de la *locked box* presenta considerables inconvenientes para el comprador, pues en el momento de fijación del precio, el riesgo de la operación se traslada a él. Por todo ello, es muy recomendable que exija la inclusión de concretas protecciones como pueden ser que no hayan salidas de fondos de la sociedad sin su autorización, que no se repartan beneficios, etc. Por el contrario, si la compraventa es de precio variable, sugeriría recurrir a las "cláusulas de revisión" o "earn out" a las que he hecho referencia antes.

Si seguimos con las compraventas de precio variable, en ocasiones su determinación se deja al arbitrio de un tercero. Aunque, esta previsión se suele reservar para aquellas situaciones en las que las partes no se ponen de acuerdo respecto al precio final, tras los ajustes y comprobaciones a los que hemos hecho referencia antes. Sobre esto, conviene recordar que el requisito de precio determinado estará cumplido, siempre y cuando sea posible determinarlo sin necesidad de un nuevo convenio ente las partes, asimismo el art. 1447 CC permite a las partes dejar la fijación del precio a un tercero. Eso sí, si el árbitro no puede o quiere, el contrato devendrá ineficaz. No hay que confundir este supuesto con el caso de la intervención de terceros expertos en la determinación del precio, como pueden ser los auditores en las compraventas de precio variable. Pues estos últimos definirán el precio final en base a una serie de parámetros previamente establecidos por las partes.

Sin embargo, el árbitro decidirá libremente el precio, en base a su leal saber y entender, siendo un arbitraje de equidad si las partes no han manifestado lo contrario. Además, si interviene un árbitro, el laudo que finalmente emita solo

31 Sobre el período interino, Gimeno Beviá, V.: *Las condiciones en el contrato de compraventa de empresa,* Thomson Reuters Aranzadi, 1ª ed., Cizur Menor, 2016, p. 235 y ss.

32 Tortuero Ortiz, J.: "El contrato", cit., pp. 353-354.

podrá ser impugnado por unas causas tasadas, como pueden ser la extralimitación, la incongruencia, apartarse de las reglas más elementales de la buena fe y la equidad, etc. De todos modos, cierta doctrina también ha considerado incluidas en estas causas no seguir los parámetros y criterios marcados por las partes para su valoración.[33] Sobre el árbitro, también deberemos tener la cautela de comprobar si tiene la suficiente disponibilidad para aceptar el encargo, pues de otra forma correríamos el riesgo de que, por diversas circunstancias, no pudiera hacerlo y la eficacia del contrato se viera afectada. Algún autor sugiere designar sustitutos a través de un notario que siga el método de la insaculación, utilizando para ello una lista pre acordada entre las partes[34].

En relación con el pago del precio, también conviene hacer referencia a la posibilidad de que las partes pacten un aplazamiento del mismo, lo que viene a ser común en la práctica. En este caso, será habitual solicitar una serie de garantías, como pueden ser los avales bancarios o los depósitos bancarios. Si bien hablaré con más detalle de las distintas condiciones que pueden aparecer en esta serie de contratos, una de las que puede ser muy adecuada en los contratos que presenten precio aplazado son los depósitos indisponibles (*escrow account),* que consisten en el depósito de una concreta cantidad de dinero en una cuenta bancaria que permita asegurar la recepción del precio al vendedor. No obstante, esto no impide que se pueda combinar con muchas otras. Lo que sucede es que su principal atractivo radica es que su función puede ser ventajosa para ambas partes, ya que mientras el vendedor dispone de una cantidad de dinero a la que acudir en el supuesto de impago de las cuotas, igualmente se puede configurar como recurso que garantice el pago de indemnizaciones al comprador en el caso de falta de conformidad de la empresa con lo pactado. Otro de los mecanismos que suelen aparecer en contratos de precio aplazado es el sometimiento de su determinación a la futura rentabilidad del negocio. En este sentido, el aplazamiento del precio sirve no solo para facilitar la financiación al comprador, sino además para fijar el precio de acuerdo con la evolución del negocio. Aquí es donde entrarían las cláusulas *earn-out* que he comentado antes, de forma que las cantidades definitivamente a pagar se ajustarán de acuerdo con el beneficio obtenido por el comprador al adquirir la empresa.

Por último, haré referencia a los medios de pago. En primer lugar, sobre el pago debemos tener en mente sus requisitos básicos: integridad e identidad (arts. 1157 y 1166 CC). Sobre estos, cabe destacar el de integridad, no se entenderá pagada la deuda si no lo es en su totalidad, y el acreedor puede rechazar el pago parcial. Asimismo, el pago del precio deberá realizarse en dinero o signo que lo

33 Peña González, F. y Casals Ovalle, L.: "Objeto y precio en las adquisiciones de empresas", en AA.VV.: *Régimen jurídico de las adquisiciones de empresas*, (dir. J.M. Álvarez Arjona y A. Carrasco Perera), Aranzadi, Pamplona, 2001, pp. 237 y ss., y p. 271.

34 Tortuero Ortiz, J.: "El contrato", cit., p. 356.

represente, lo que esencialmente se traducirá en el pago en moneda de curso legal (art. 1170 CC). Sin embargo, es posible utilizar otros medios de pago, como son las transferencias y también los cheques o los pagarés. Si se utilizan éstos últimos, se habrá de tener presente la regla del segundo párrafo del artículo 1170 CC, es decir, solo se entenderá pagado cuando hubiesen sido realizados o cuando por culpa del acreedor se hubiesen perjudicado. En cambio, cuando se haga el pago en moneda metálica, papel moneda o incluso en cheques al portador la circunstancia clave será respetar la legislación en materia de prevención del blanqueo de capitales. Dichas reglas se encuentran recogidas en la Ley 10/2010, de 28 de abril, de prevención del blanqueo de capitales y financiación del terrorismo, y en su artículo 34 establece la obligación de presentar declaración previa que tienen las personas físicas que, bien por cuenta propia o por cuenta de terceros realicen los siguientes movimientos de medios de pago[35]:

Salida o entrada en territorio nacional de medios de pago por importe igual o superior a 10.000 euros o su contravalor en moneda extranjera.

Movimientos por territorio nacional de medios de pago por importe igual o superior a 100.000 euros o su contravalor en moneda extranjera.

Para terminar, cuando el medio de pago elegido es una transferencia que proviene de una entidad de crédito extrajera hay que tener presente que la operación suele tardar unas cuantas horas pues intervienen varias entidades. En ese caso, la doctrina ha apuntado algunas soluciones que pueden ser interesantes, como establecer un protocolo con la intervención de un notario[36]. El proceso consiste en que el notario retiene toda la documentación relativa a la compraventa y que solo la libera cuando recibe la comunicación del vendedor de que ha recibido el precio.

d) Causa.

La causa se configura como otro de los elementos esenciales que deben existir en el contrato. En nuestro derecho no caben los contratos abstractos y, por consiguiente, todos ellos deben presentar una causa. En principio, la causa no genera grandes dificultades pues tal como recoge el art. 1277 CC, la causa se presume y se entiende lícita mientras no se demuestre lo contrario. Además, salvo contadas excepciones la transmisión de empresa no encierra una causa ilícita por oponerse a las leyes o la moral.

35 https://www.sepblac.es/es/medios-de-pago/obligaciones.

36 Tortuero Ortiz, J.: "El contrato", cit., p. 358.

Con carácter general, se considera que en los contratos onerosos la causa será "la prestación o promesa de una cosa o servicio por la otra parte". Por lo que concluiremos que en la adquisición de empresa la causa radica en la utilidad que encuentra cada contraparte en el intercambio de cosa por precio, a imagen y semejanza de compraventa genérica. No obstante, dicha explicación solo recoge de forma breve y limitada qué constituye la causa en una compraventa de este calado. Así, la causa no solo tiene una perspectiva meramente objetiva, sino también subjetiva y que adquiere una especial relevancia en esta sede. En este sentido, la doctrina se ha fijado en la sucesión de la actividad empresarial como elemento clave para identificar la causa del contrato, es decir, como verdadera finalidad en este contrato y que conduce a las partes a llevarlo a cabo. De esta forma, la voluntad concorde de ambas partes de trasmitir y adquirir el negocio respectivamente para seguir con la explotación de la actividad encajaría mejor como causa del contrato de transmisión de empresa y no la transmisión de su conjunto patrimonial a cambio de un precio, pues lo determinante aquí son las sinergias y la organización que hace funcionar la actividad[37].

A mayor abundamiento, aunque cierta doctrina supedita estas afirmaciones a que posteriormente haya una efectiva continuación de la actividad, otro sector considera que no es necesario, ya que quizás se puede deber a una imposibilidad no imputable al comprador. Concretamente, se señala que: "será condición de suficiencia para reconocer una causa unitaria del contrato que, al tiempo de su perfección, la común voluntad de las partes permita identificar al conjunto como una unidad orgánica dirigida a una actividad económica"[38]. Igualmente, otros autores también ponen de manifiesto que el interés del comprador encuentra su fundamento en su intención de seguir con la actividad económica[39].

e) Forma.

La forma se corresponde con el último elemento a analizar del contrato. No hace falta decir, que la forma generalmente no se trata de un elemento esencial del contrato, pues solo en aquellos negocios en los cuales la forma sea un requisito *ad solemnitatem* su no cumplimiento afectará a la validez de los mismos. Es el caso, por ejemplo, de las donaciones de bienes inmuebles (art. 633 CC) o de la hipoteca inmobiliaria (art. 145 LH, en relación con el art. 1875 CC), entre otros pocos más que exigen la escritura pública. Para el resto de los contratos, el principio que rige es el de libertad de forma según el art. 1278 CC, por tanto, en principio la compraventa de empresa no presentaría un requisito de forma de carácter

37 Hernando Cebriá, L.: *El contrato,* cit., pp. 159-162, explica detenidamente estos argumentos.

38 Hernando Cebriá, L.: *El contrato,* cit., p. 160.

39 Gondra Romero, J.M.: "La estructura", cit., p. 571.

esencial. No obstante, el carácter complejo que presenta la empresa requiere realizar determinadas matizaciones.

Por un lado, que no exista una norma específica sobre el requisito de forma en la transmisión de empresa no implica que alguno de los elementos que la componen si lo precisen. Así, en el contrato de compraventa de activos será preciso respetar los requisitos de forma que presenten cada uno de los elementos transmitidos individualmente considerados. Es decir, si tiene lugar la transmisión de una patente, el art. 82.2 Ley de Patentes exige que el acto conste por escrito (no en escritura pública), en el caso de la cesión del crédito, en virtud del artículo 1526.1 CC, solo surtirá efecto contra terceros desde que la fecha se deba tener por cierta, algo que generalmente implica la formalización de una escritura pública. Por el contrario, la compraventa de acciones al englobar en sí misma la transmisión o adquisición de la empresa, no presenta la elevada complicación de identificar los requisitos de cada uno de los elementos que deben ser transmitidos para el adecuado funcionamiento de la empresa. De hecho, la compraventa de acciones no tiene ningún requisito de forma. Si bien es cierto, que en algunas ocasiones es necesaria la intervención de un fedatario público. El caso paradigmático lo encontramos si en lugar de hablar de una Sociedad Anónima, nos referimos a una Sociedad de Responsabilidad Limitada, pues la transmisión de participaciones sociales si requiere de escritura pública (art. 106.1 LSC). Igualmente, en el supuesto de las acciones al portador no negociadas en mercado secundario oficial se requerirá la intervención de notario si en la transmisión no participa una sociedad o agencia de valores, o una entidad de crédito (art. 11.5 del Texto Refundido de la Ley del Mercado de Valores).

Por otro lado, que la forma no sea un requisito esencial para el negocio jurídico de compraventa de empresa no quita que sea conveniente. Sobre esto, cabe señalar, con especial incidencia en el ámbito de la transmisión de activos, lo dispuesto en los artículos 1279 y 1280 CC los cuales han sido interpretados conjuntamente por consolidada doctrina del Supremo[40] y de autores como De Castro para indicar lo que se podría denominar un *tertium genus* entre el requisito de forma *ad probationem* y el requisito de forma *ad solemnitatem.* Es decir, en el artículo 1280 CC se recogen diferentes negocios que presentan según la interpretación de dicha doctrina un requisito de forma *ad utilitatem.* De esta forma, cuando el art. 1280.1º CC establece que los actos por los que se creen, transmitan, modifiquen o extingan derechos reales sobre bienes inmuebles deben constar en documento público, lo que realmente supone según la espiritualidad de la norma en conjunto con el art. 1279 CC es que cualquiera de las partes podrá compeler a la otra para elevar a escritura pública una trasmisión de bienes inmuebles. El precepto lo que reconoce aquí es la importancia de que ciertos negocios consten en documento público

40 SSTS 16 septiembre 2014 (Tol 4532048) y 9 diciembre 1977.

dada su trascendencia, pues verdaderamente el comprador estará interesado en recibir la propiedad de los bienes y poder inscribirlos en el Registro de la Propiedad. Por ese motivo, resultaría conveniente, sobre todo en compraventa de activos, la elevación a escritura pública, más aún cuando queda patente en el contrato la voluntad de adquirir la propiedad de la empresa y se quiere obtener la protección registral otorgada a los bienes inmuebles. La circunstancia del requisito *ad utilitatem* también aparece en el contrato de compraventa de acciones, ya que el art. 1280.6º CC lo extiende a "la cesión de acciones o derechos procedentes de un acto consignado en escritura pública". Sin embargo, cabe recordar que la no elevación a escritura pública no supondría la ineficacia de los negocios jurídicos los cuales seguirían siendo válidos inter partes, habida cuenta que no es un requisito esencial para la validez del negocio jurídico.

De todos modos, hay que señalar si las partes han pactado la elevación a escritura pública como un extremo fundamental en el contrato para su perfección, será necesario para la validez del negocio que se cumpla. Asimismo, su documentación en escritura pública se puede pactar simplemente a efectos de prueba del contrato, sin que se haga depender la validez del negocio a ella.

Por último, todo lo indicado con anterioridad queda en entredicho pues desde hace unos pocos años está pendiente de aprobación en las Cortes el Anteproyecto de Código Mercantil y cambia considerablemente lo relativo a la forma en las transmisiones de empresa. Concretamente, el art. 132-2 establece en su apartado primero que "para que la transmisión de la empresa sea oponible a terceros deberá constar en escritura pública que se inscribirá en el Registro Mercantil. A estos solos efectos, deberán inscribirse el empresario individual transmitente y el adquirente, si fuera también un empresario individual". El siguiente apartado añade que: "la escritura deberá contener una relación de todos los elementos transmitidos y, en especial, la descripción de los bienes sujetos a inscripción registral". Aun así, resulta interesante apuntar que sigue sin convertirse en un requisito *ad solemnitatem* la elevación a escritura pública, habida cuenta que la compra seguiría siendo válida.

B) Régimen de responsabilidad.

Llegados a este punto, hemos podido observar que no existen grandes diferencias entre el *asset deal* y el *share deal*, por lo menos en relación con sus elementos esenciales, que justifiquen la elección de una u otra modalidad, pues ambas comparten en gran medida su fundamento. En todo caso, la primera pista la hemos podido encontrar en el apartado de la forma, ya que el *asset deal* exige una minuciosa identificación de los requisitos de transmisión de cada uno de los activos (incluso pasivos) que componen la empresa. Dicho esto, en este apartado y el siguiente desgranaré los puntos que más incidencia tienen a la hora de decantarse por una operación u otra.

La responsabilidad que asume el comprador cuando adquiere el patrimonio que compone una empresa, seguramente sea una de las principales preocupaciones que tiene cualquier empresario. Recurrir a la compraventa de activos puede parecer una opción muy atractiva en muchos escenarios, dado que genera la falsa impresión de poder elegir aquellos activos principales para la actividad económica o que simplemente más interesen al adquirente y, al mismo tiempo desechar aquellos elementos que no resulten convenientes o no se quieran por diversos motivos o circunstancias. En ocasiones el motivo podrá ser una considerable deuda derivada de un préstamo con una entidad financiera o un contrato que no resulte favorable al nuevo empresario.

Pues bien, es crucial poner de manifiesto que la compraventa de activos no permite a los adquirentes eludir el cumplimiento de las normas imperativas de nuestro ordenamiento jurídico, entre las cuales cobran una gran importancia en este ámbito las leyes laborales, fiscales y medioambientales. Así, aunque se suela afirmar que la compraventa de activos permite al comprador disponer de una mejor gestión del riesgo al poder elegir solamente aquellos activos y pasivos que quiere adquirir, esta circunstancia presenta considerables excepciones.

a) Obligaciones laborales.

Respecto a las obligaciones laborales, es imprescindible hacer referencia al artículo 44 Estatuto de los Trabajadores. La importancia del precepto radica en que siempre que se produzca la transmisión de una empresa, entendida como la adquisición de una unidad productiva, es decir, una entidad organizada capaz de llevar a término una actividad económica, el nuevo empresario quedará subrogado en las obligaciones laborales y de Seguridad Social, los compromisos de pensiones e igualmente las obligaciones en materia de protección social complementaria. Por tanto, el adquirente no podrá desatender las obligaciones laborales que ya mantenía el anterior empresario con respecto a sus trabajadores.

Una de las claves del presente artículo es que se refiere tanto a una empresa globalmente considerada, como también a un centro de trabajo o incluso una unidad productiva. De modo que, en la compraventa de activos será necesario proceder con cautela en las situaciones del llamado *cherry picking* en el cual solo se quiere adquirir un activo esencial, puesto que si dicho activo coincide con una fábrica o se trata de un establecimiento que pueda encajar en el concepto de centro de trabajo o unidad productiva, el adquirente se verá obligado a respetar los derechos laborales de los trabajadores que ahí desempeñen sus funciones. Sobre este tipo de responsabilidad conviene matizar que se trata de un régimen de solidaridad entre cedente y cesionario que se extiende a todas a las obligaciones laborales contraídas durante los tres años anteriores a la fecha de transmisión y que evidentemente no hubiera sido satisfechas, sin perjuicio de los que pueda indicar

la legislación sobre Seguridad Social (párrafo primero del art. 44.3 ET). Eso sí, en el supuesto de que la transmisión fuera declarada delito, al tratarse por ejemplo de una operación fraudulenta, ambos seguirán respondiendo solidariamente de las obligaciones nacidas con posterioridad (párrafo segundo del art. 44.3 ET).

b) Obligaciones fiscales.

En cuanto a las obligaciones fiscales, las normas tributarias también incluyen un artículo similar al 44 ET, específicamente el art. 42.1.c) de la Ley General Tributaria, este precepto dice literalmente que serán responsables solidarios de la deuda tributaria: "Las que sucedan por cualquier concepto en la titularidad o ejercicio de explotaciones o actividades económicas, por las obligaciones contraídas del anterior titular y derivadas de su ejercicio. La responsabilidad también se extenderá a las obligaciones derivadas de la falta de ingresos de las retenciones e ingresos a cuenta practicadas o que se hubieran debido practicar. Cuando resulte de aplicación lo previsto en el apartado 2 del artículo 175 de esta ley, la responsabilidad establecida en este párrafo se limitará de acuerdo con lo dispuesto en dicho artículo. Cuando no se haya solicitado dicho certificado, la responsabilidad alcanzará también a las sanciones impuestas o que puedan imponerse".

Como se puede ver, la sucesión en la empresa también alcanza a todas las obligaciones tributarias, incluidas las sanciones si se da la circunstancia que se señala en la norma. Por esta razón, resulta muy conveniente en cualquier operación de esta envergadura solicitar a la administración tributaria el certificado al que se refiere el artículo 175.2 LGT, y no solo para evitar asumir una eventual sanción. El mencionado artículo establece que la administración tiene un plazo de tres meses para expedirla, indicando con sumo detalle las deudas, sanciones y responsabilidades en las que se encuentre incursa la sociedad en cuestión. Si la administración no contesta en plazo, el solicitante quedará exento de cualquier responsabilidad, y si contesta, la responsabilidad se circunscribirá únicamente a lo indicado en la certificación. Sobre todo, esto pondría de relieve que al igual que en la responsabilidad por cuestiones laborales, resulta determinante discernir si la operación es o no es una verdadera compraventa de empresa, pues si simplemente se adquiere un activo de gran valor pero que no permite llevar a cabo una producción o actividad económica por sí mismo (imaginemos un derecho de propiedad industrial), la consecuencia será que no se producirá una comunicación de responsabilidad. En este sentido, se ha pronunciado la doctrina del TEAC, señalando que debemos analizar las circunstancias de cada caso concreto para poder averiguar si estamos ante un supuesto de sucesión de la actividad económica[41], ya que no son pocos los casos en los que se intenta soslayar

41 Por todas, las Resoluciones 8 octubre (*Tol 1406018*) y 3 diciembre 2008 (*Tol 3061334*). De la misma forma, la STS 2 octubre 2008 (*Tol 1384918),* con relación a la anterior regulación contenida en la Ley General

la aplicación de las presentes normas imperativas mediante la utilización de un acto con otro *nomen iuris,* pero la finalidad de seguir desempeñando la misma actividad.

c) Obligaciones medioambientales.

Por lo que respecta a las obligaciones medioambientales, al igual que en los apartados anteriores, ya sea por suceder la titularidad de la empresa en sentido estricto, como por continuar con la actividad económica que realizaba la anterior empresa se producirá una extensión de la responsabilidad. El artículo 13.2. c) de la Ley de Responsabilidad Medioambiental, establece la responsabilidad subsidiaria de "los que sucedan por cualquier concepto al responsable en la titularidad o en el ejercicio de la actividad causante del daño, con los límites y las excepciones previstos en el artículo 42.1.c) de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre" (es decir, la Ley General Tributaria). No obstante, la diferencia aquí radica en que la responsabilidad no es de carácter solidario, sino subsidiario. Por tanto, solo podrá ser demando el adquirente en los casos de reclamación infructuosa contra el empresario original.

Así las cosas, el recurso a la compraventa de activos se antoja una opción muy poco recomendable, habida cuenta que no presenta por lo que se refiere a la gestión de los riesgos ninguna ventaja considerable frente a la compraventa de acciones. Para más inri, la adquisición de acciones presenta una característica básica que proporciona al comprador un aliciente a tener en cuenta, a saber, la limitación de la responsabilidad al capital aportado. Mientras que en el *asset deal* el adquirente asume cualquier contingencia que presenten los bienes transmitidos, como puede ser una hipoteca en un inmueble; en cambio, en el *share deal* el comprador pasa a ser un accionista (que puede obtener el control de la sociedad si su participación se lo permite conforme a lo explicado en apartados anteriores) y como tal igualmente tendrá responsabilidad, pero solamente limitada a su aportación. De esta forma, el riesgo queda a acotado al precio que pagó por las acciones. Sin embargo, en el *asset deal* se sigue el principio de responsabilidad universal, por lo que aun cuando el adquirente sea una persona jurídica, las posibles contingencias que presenten los activos de la sociedad vendida se transmitirán sin limitación alguna al patrimonio de la sociedad compradora pudiendo afectar seriamente a su estabilidad financiera. Por supuesto, el ejemplo contemplado es una compraventa ideal en la que no se transfieren pasivos concretos solo activos, pues si se transfiere la totalidad del conjunto patrimonial, también se adquirirán todas las deudas en sentido estricto, lo que todavía puede llegar a ser mucho más arriesgado.

Tributaria de 1963, que: "la continuidad en la actividad requiere que los elementos que se transmiten constituyan una unidad económica o funcional que posibilite la permanencia de la explotación económica".

Por consiguiente, desde mi punto de vista, la compraventa de activos no me parece la mejor opción salvo contadas excepciones. La principal se correspondería con la modalidad del *cherry picking,* la cual como ya ha señalado no es una auténtica compraventa de empresa, ya que solo se adquiere algún activo que presente un gran atractivo. Otra de ellas, podría ser una operación en la cual el comprador no desea continuar las diversas relaciones contractuales que mantiene el vendedor con terceros, a semejanza del caso del trabajo. En otras palabras, tal vez el adquirente no desea subrogarse en el contrato o contratos de distribución a los que está ligado la sociedad por diversos motivos (uno de ellos puede ser el incorporarla a su estructura empresarial y económica, puesto que ya dispone de distribuidores y proveedores de confianza, otra la existencia de incumplimientos o algunos problemas en dichos contratos). Así, excluirían del contrato aquellas relaciones contractuales que no interesen. No obstante, en la compraventa de acciones existen determinados mecanismos a los que podemos recurrir y que se enmarcan en las llamadas Manifestaciones y Garantías, para ajustar la compraventa a los intereses de las partes. A saber, si un contrato es de gran preocupación para el adquirente, se puede establecer una condición suspensiva por la que se sujete la compraventa al requisito de previa liquidación de dichos contratos por parte del vendedor. Asimismo, si el problema es una indemnización o reclamación, se puede garantizar la indemnidad del adquirente a través de diferentes instrumentos, como analizaremos en el epígrafe de las condiciones del contrato.

Quizás el paradigma que más se pueda acercar a la realidad sería una situación más bien intermedia en un escenario de dificultades económicas. Por ejemplo, una sociedad con importantes deudas con entidades financieras y que vende un conjunto de activos que por sí mismos ya permitirían la continuidad de la actividad empresarial, con el objeto de saldar las deudas. Dado que a la sociedad adquirente no le conviene adquirir de forma conjunta o cuasi conjunta el patrimonio de la original. Esta situación se puede corresponder con lo que se conoce como "liquidación de hecho" o anticipada de la sociedad, muy usual en nuestra práctica societaria[42]. Las empresas de nuestro país no acostumbran a realizar un acuerdo de disolución, para luego posteriormente liquidar la sociedad tras cumplir con la totalidad de deberes contables y de protección a acreedores que exige la ley. Todo lo contrario, es mucho más usual realizar *de facto,* todas las operaciones de liquidación previamente, es decir, pagar a los acreedores y liquidar el activo (para lo que se pueden servir de una enajenación de activos) y, cuando en el balance de la sociedad no quede más que la tesorería, llevar a cabo el acuerdo de disolución seguido de la inmediata liquidación de la sociedad (siendo el balance final el mismo, tanto para la disolución como para la liquidación).

42 Se podría aseverar que casi no se conocen otras formas de liquidación de la sociedad en nuestro derecho patrio, dado que culturalmente las empresas rechazan la idea de comunicar a sus acreedores y demás personas relacionadas con ellas como clientes, proveedores y financiadores sus dificultades económicas.

Esta práctica, aunque arriesgada, ha sido considerada lícita por la doctrina[43] y, ciertamente, entraña algunos peligros como es la tutela del socio minoritario[44]. Si la totalidad de los socios aceptan esta forma de proceder, no habría ningún problema, pero en caso de no informar debidamente a los socios de las diferentes operaciones encaminadas a disolver la sociedad (faltando, por ejemplo, el balance inicial, anterior a este proceso), alguno de ellos podría impugnar el acuerdo de liquidación por no respetarse el derecho de información del socio[45]. Asimismo, también debemos extremar la cautela en estas operaciones asimiladas a la disolución de la sociedad en lo que respecta al procedimiento a seguir, no solo por el cumplimento de los deberes de información, sino porque estas operaciones en muchas ocasiones suponen un caso de modificación estructural de la sociedad como la cesión global del activo y el pasivo. De este modo, para que se produzca un supuesto de sucesión universal de la sociedad en el que se transfieran todos los activos y pasivos, deberemos estar al procedimiento regulado en la Ley de Modificaciones Estructurales de la Sociedad (arts. 81 y ss.). Aquí, a diferencia de la venta de activos para liquidar la sociedad, puede darse un contexto de mantenimiento de la sociedad cedente si la importante contraprestación recibida recae en dicha entidad y le permite continuar una actividad económica (tal vez, otra rama diferente a la que venía haciendo, con la correspondiente previsión estatutaria). En cambio, si la contraprestación la reciben los socios de la cedente, la consecuencia será la disolución (art. 81.2 LME).

C) Complejidad contractual, trámites y costes.

Este capítulo se corresponde con otro de los aspectos donde presentan grandes diferencias los contratos de compraventa de activos y acciones. Por coherencia con el bloque contractual que en estos momentos estamos analizando, me reservaré para el apartado sobre derecho societario alguno de los elementos que podrían ser descritos aquí. Me refiero, sobre todo, en el caso del *asset deal*, a las reglas sobre operaciones con activos esenciales y, respecto al *share deal*, a las normas y demás especialidades que podemos observar en las restricciones a la libre transmisibilidad de las acciones o incluso a restricciones a la adquisición de determinadas posiciones de control societario. Dicho lo cual, procederé a explicar qué pautas y criterios debemos tener presentes a la hora de articular este tipo de operaciones.

43 Así, lo afirman Uría, Menéndez y Beltrán, en Uría, R., Menéndez, A., y Beltrán, E.: *Comentario al régimen legal de las sociedades mercantiles*, Tomo XIV, vol. 4º, Civitas, Madrid, 2007, p. 230.

44 Sobre este tipo de disolución societaria, Fernández del Pozo, L.: "Las operaciones sobre 'activos esenciales': Artículos 160.f) y 511 bis de la Ley de Sociedades de Capital", en AA.VV.: *Manual de Fusiones y Adquisiciones de Empresas* (dir. R. Sebastián Quetglas), Wolters Kluwer, Madrid, 2016, pp. 236-239.

45 Caso de la STS 15 julio 2003 (*Tol 295888*).

Como ya viene siendo habitual, la compraventa de acciones es la modalidad contractual que menor coste y complicación presenta, debido principalmente a que no se produce una alteración patrimonial en la sociedad adquirida, la cual sigue en la misma situación y simplemente uno de los accionistas pasa a ser otra persona. Sin embargo, en la compraventa de activos al producirse una traslación de bienes y derechos de un patrimonio a otro, hay que seguir determinadas cautelas, no solo para evitar incurrir en un supuesto de responsabilidad frente a la administración o terceros, sino también para culminar la operación de manera satisfactoria para las partes.

El primero de ellos, aunque es una obviedad conviene ponerlo de relieve. Mientras que, en la compraventa de acciones, generalmente nos encontraremos ante un contrato celebrado entre dos personas, en la compraventa de activos muchas veces será necesaria una negociación mayor, al intervenir diferentes actores de la sociedad vendedora. Esto supondrá mayores costes seguramente.

Otro de los elementos a tener en cuenta se trata de una especialidad muy novedosa, la protección de datos. A saber, como ya he manifestado, en la compraventa de acciones no se produce ninguna salida patrimonial de la empresa, pero en la de activos la cuestión es distinta. En consecuencia, a primera vista sería preciso recabar el consentimiento de cada uno de los titulares de los datos que posee la sociedad vendedora para poder transmitirlos. De hecho, ese era el espíritu de la anterior regulación de protección de datos, aunque su forma reglamentaria se eximió a determinadas operaciones mercantiles como la fusión, escisión, aportación o transmisión de negocio, etc.; de tener que realizar el mencionado trámite (art. 19 del Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre). Hoy en día la nueva regulación de protección de datos mantiene la referida corrección reglamentaria directamente en la ley, que ha eximido de tan gravosísimo requisito a operaciones mercantiles de este tipo, ya que su consecución podría resultar completamente irrealizable. Concretamente, el art. 21.1 de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales, cuando señala que: "Salvo prueba en contrario, se presumirán lícitos los tratamientos de datos, incluida su comunicación con carácter previo, que pudieran derivarse del desarrollo de cualquier operación de modificación estructural de sociedades o la aportación o transmisión de negocio o de rama de actividad empresarial, siempre que los tratamientos fueran necesarios para el buen fin de la operación y garanticen, cuando proceda, la continuidad en la prestación de los servicios". Igualmente, resulta conveniente indicar que su punto segundo regula como se debe gestionar la cancelación de la operación desde el punto de vista de la protección de los datos: "En caso de que la operación no llegara a concluirse, la entidad deberá proceder con carácter inmediato a la supresión de los datos, sin que sea de aplicación la obligación de bloqueo prevista en esta ley orgánica".

Aunque no es objetivo de este trabajo profundizar en los asuntos fiscales que se suscitan en este tipo de negocios, su indudable importancia obliga a realizar alguna consideración. Así, otro de los motivos para decantarse por la compraventa de acciones radica en su tratamiento fiscal más beneficioso. Me explico, en la compraventa de activos, cuando se produzca la operación, las partes vendedoras asumirán dos niveles de tributación, habida cuenta que primeramente el precio obtenido por la venta de los activos tributará en el impuesto de sociedades de la empresa transmitente (los elementos patrimoniales que se transmitan se valorarán de acuerdo con el art. 17 LIS) y, posteriormente, también deberá sumarse la tributación que deban afrontar los socios cuando se reparta el producto de dicha operación vía dividendos (como rendimiento de capital mobiliario en virtud del art. 25.1.a) LIRPF). No obstante, en la compraventa de acciones solo habrá que asumir un nivel tributación, es decir, el que grave la operación que directamente realizan el antiguo accionista y el nuevo accionista de la sociedad (a saber, se computará como una ganancia patrimonial según el art. 34 LIRPF y se valorará de acuerdo con el art. 37.1.a) o b) LIRPF, dependiendo de si cotiza en bolsa, como la venta de un valor representativo de la participación en fondos propios de sociedades de capital).

Apuntadas estas consideraciones más generales me centraré en los aspectos que más complicación aportan a la compraventa de activos a diferencia de la compraventa de acciones. Se trata, ni más ni menos, que la gestión de todas las relaciones jurídicas que mantenía la persona jurídica antes de la transmisión y que deben ser vinculadas al nuevo adquirente. Tales como, la cesión de créditos y derechos, la asunción de deudas y la cesión de posiciones contractuales.

a) Cesión de crédito o derechos.

Dado que a la cesión de créditos y derechos ya me he referido antes, no me detendré mucho además de tratarse de una materia menos conflictiva, solo realizaré algunos apuntes. Sobre la cesión de créditos destacaría los artículos 1.526 y ss. CC, que regulan la trasmisión de créditos y demás derechos incorporales. En primer lugar, ya he puesto de relieve que la cesión de crédito solo surtirá efecto contra tercero desde que su fecha se tenga por cierta, por lo que recomendablemente deberá documentarse en escritura pública. También, el art. 1527 señala que, si el deudor pagase antes de tener conocimiento de la cesión, quedará liberado del crédito, por este motivo conviene ser muy diligente a la hora de informar a terceros, aunque no se precise de su consentimiento para llevar a término la cesión. Asimismo, la cesión del crédito implica la transmisión de todos los privilegios y derechos accesorios que acompaña (art. 1.528 CC), por lo que el adquirente podría convertirse en beneficiario de un derecho de hipoteca, prenda o fianza. Sobre la responsabilidad del vendedor, art. 1.529, el vendedor de buena

fe responderá de la legitimidad y existencia del crédito, pero no de la solvencia del deudor, salvo que se hubiera estipulado, o que la insolvencia fuera anterior y pública. Eso sí, si el vendedor fuera de mala fe responderá del pago de todos los gastos y daños si los hubiera. También interesa indicar que, si nada se hubiera pactado sobre la duración a la que el vendedor se compromete a garantizar la solvencia del deudor, esta durará como máximo un año con ciertas especialidades (art. 1.530 CC). Si el crédito fuese una deuda aplazada no vencida, el plazo de un año comenzará a computar desde el vencimiento. Por el contrario, si el crédito consistiese en una renta perpetua, la responsabilidad se ampliará hasta los diez años desde la fecha de la cesión. Dado que los créditos serán principalmente comerciales, hay que tener presente lo mandado por el artículo 347 CdC, por lo que habrá que indicar expresamente su transmisión si así lo pretendemos.

Para terminar con la cesión del crédito en este tipo de operaciones, cobra especial relevancia lo previsto en el artículo 1532 CC, cuando señala que: "El que venda alzadamente o en globo la totalidad de ciertos derechos, rentas o productos, cumplirá con responder de la legitimidad del todo en general; pero no estará obligado al saneamiento de cada una de las partes que se componga, salvo en el caso de evicción del todo o de mayor parte". De su tenor literal, se puede extraer que la pérdida en juicio de alguno de los elementos transmitidos de forma aislada no afectará de ninguna manera al negocio consumado, solo si la evicción comprometiese el todo o bienes de gran peso en el conjunto. Naturalmente, se trata de una cuestión se suma importancia, pero su análisis se completará en el apartado de inadecuación del objeto del contrato. Siendo su aplicación al contrato de compraventa de acciones uno de los aspectos que más controversia puede generar su aplicación, pues una visión muy objetivada el negocio puede llevar a la conclusión que la evicción solo puede ligarse a la regularidad de las acciones transmitidas.

Sobre la cesión de derechos, habrá que estar a los requisitos generales y especialidades que la ley marque para cada tipo de derecho, incluyendo, por ejemplo, su forma de transmisión. Así, si el derecho a transmitir es una patente, la ley exige que su transmisión se realice por escrito (art. 82.2 Ley de Patentes). En el caso de las marcas, el art. 47.1 de la Ley de Marcas apunta que la transmisión de una empresa en su totalidad supondrá la transmisión de su marca, salvo que exista pacto en contrario o que de las circunstancias concurrentes se deduzca indubitadamente lo contrario.

b) Asunción de deuda.

Considerada tradicionalmente como un negocio prohibido, pues su fundamento iba en contra de principios romanistas que inspiran nuestro derecho privado en

lo tocante a la no transmisibilidad de las deudas, actualmente, no existe ningún problema en aceptarla.

Lo primero que llama la atención, es su escasa regulación en nuestro ordenamiento jurídico, por lo que se debe extraer de determinados preceptos del Código Civil relacionados con la novación. Para empezar, el art. 1203.2º CC recoge que las modificaciones de las obligaciones pueden basarse en la sustitución del deudor. Luego, a diferencia de la cesión del crédito en la que no es necesaria la aquiescencia del deudor, la novación consistente en la modificación del deudor requiere el consentimiento del acreedor, aunque puede llevarse a cabo sin el conocimiento del deudor original (art. 1205 CC). Por último, en el supuesto de insolvencia del nuevo deudor, el acreedor no dispondrá de acción contra el antiguo deudor, a excepción de que dicha insolvencia hubiera sido anterior o pública, o conocida por el deudor original al transmitir la deuda (art. 1206 CC).

Entonces, uno de los principales temas que nos debe preocupar es como gestionar el consentimiento del acreedor. De hecho, no son pocos los autores que consideran este, junto con el traspaso de las posiciones contractuales uno de los mayores escollos que presenta este tipo de operaciones[46]. Dicho esto, dado que no existe ninguna regla en nuestro derecho sobre cómo y de qué forma se ha de recabar el mencionado consentimiento podemos concluir que incluso un consentimiento tácito sería válido, la única cuestión problemática sería su prueba. Asimismo, no habría problema a que el consentimiento se obtenga con anterioridad al contrato, en el momento de la firma o después. La doctrina viene a decir que es habitual que el consentimiento se exija de forma expresa y con posterioridad a la firma[47]. La dificultad que, en consecuencia, puede derivarse de esta situación es qué le sucede al contrato si no se consigue este consentimiento. Podemos pensar varias opciones: Desde considerar que la deuda se transmite pero que el deudor original no se libera como medida garantista frente al acreedor, que la asunción deviene ineficaz por faltar uno de los requisitos esenciales para su validez o incluso que el negocio solo despliega efectos inter partes, es decir, el deudor original sigue respondiendo frente al acreedor de la deuda y simplemente existe un derecho del primer deudor de reclamárselo al nuevo.

De todos modos, el Supremo ha venido a zanjar este debate decantándose por la primera opción. A saber, en la STS 5 noviembre 2015[48] apuntó que, al no producirse el consentimiento del acreedor, lo que tiene lugar es una "asunción cumulativa de deuda, que no libera al deudor originario, sino que supone la incorporación de un nuevo obligado que refuerza la garantía de pago y constituye,

46 Herrera Martínez, A.: "El contrato", cit., p. 402, apunta que en muchas ocasiones pueden ser "imposibles de gestionar" o, al menos, "tienen efectos no deseables […] desde un punto de vista comercial".

47 Herrera Martínez, A.: "El contrato", cit., p. 404.

48 STS 5 noviembre 2015 (*Tol 5550353*).

frente al acreedor, un vínculo de solidaridad entre los dos deudores, el originario y el sustituto". La elección del Supremo me parece bastante acertada, ya que prima la conservación del negocio jurídico y, al mismo tiempo, protege los derechos del acreedor. No obstante, resulta un tanto curiosa si lo confrontamos con el art. 1137 CC el cual exige que la solidaridad se pacte expresamente. A mayor abundamiento, en ausencia de pacto solo cabe la solidaridad si se encuentra prevista en la ley.

En relación con la asunción de deudas, otro de los elementos que pueden resultar problemático es la pervivencia de las garantías que prestó en su día el deudor original. La ley no aclara en gran medida esta oscuridad, pues el art. 1207 CC simplemente dice que: "Cuando la obligación principal se extingue por efecto de la novación, solo podrán subsistir las obligaciones accesorias en cuanto aprovechen a terceros que no hubiesen prestado su consentimiento". La literalidad de este artículo parece indicarnos que la mayor preocupación del legislador es la protección del acreedor que no ha sido consciente de la transmisión de deuda, y tal vez el nuevo deudor no resulta lo suficientemente solvente para satisfacer el crédito del acreedor. De esta forma, el acreedor puede servirse de la garantía que fue constituida con anterioridad para asegurarse el cumplimento de la obligación. Sin embargo, esto no responde a la pregunta de si la situación en la que nos encontramos no es patológica, es decir, si ha mediado el consentimiento del acreedor.

Cierta doctrina ha concluido que, la solución natural siguiendo las normas generales del Derecho sería afirmar que la garantía subsistirá siempre y cuando lo consienta el garante[49]. Solo si se pacta expresamente se mantendrá la garantía, pues otra opción implicaría que el deudor original no quedaría completamente liberado de la deuda.

Finalmente, cabe preguntarse qué sucede con las excepciones que pueda oponerle el nuevo deudor al acreedor. Lo normal será que sean las que, por supuesto, traigan causa de la propia obligación, pero también las que existan por cualquier otra relación jurídica entre el nuevo deudor y el acreedor.

Por el contrario, el nuevo deudor no podrá, obviamente, oponer al acreedor las que posteriormente surjan entre el deudor original y el acreedor. Asimismo, los pactos a los que hubieran llegado los dos deudores, generalmente, algún tipo de contraprestación por asumir la deuda no podrán ser opuestos al acreedor en caso de incumplimiento. Es decir, si el anterior deudor no cumple con el pago de su obligación con el actual deudor, este último no podrá negarse a cumplir con el acreedor.

49 Herrera Martínez, A.: "El contrato", cit., p. 406.

c) Cesión de posición contractual.

La cesión contractual tampoco se encuentra expresamente recogida en nuestro ordenamiento jurídico. De todos modos, siguiendo el principio de autonomía de la voluntad recogido en el art. 1255 CC, nada obsta a que se admita con carácter general su legalidad.

Lo que caracteriza a este tipo negocio es que no se transmite una mera obligación a satisfacer como en la asunción de deudas o un derecho reclamable como en la cesión del crédito. Sino una relación contractual bilateral y sinalagmática, a saber, una concreta posición en un contrato que le otorga al cesionario tanto derechos como obligaciones. Por este motivo, para poder hablar de cesión contractual es necesario que se ceda un contrato con prestaciones recíprocas pendientes de ejecución, de lo contrario no sería una verdadera cesión contractual. Este tipo de operaciones son comunes en la transmisión de activos, pues habitualmente una empresa mantiene relaciones de tracto sucesivo, como pueden ser los contratos de distribución que aparecen en el ejemplo proporcionado.

En este sentido, el contrato de cesión de la posición contractual generalmente se encuadrará dentro del contrato de compraventa de activos y, de forma similar a la asunción de deudas, requerirá el consentimiento del contratante cedido. Esto se debe a que no se puede obligar a la otra parte a aceptar una contraparte que no sea de su agrado. Por consiguiente, será preciso recabar su consentimiento, que en muchas ocasiones se solicita después de haber celebrado el contrato[50].

La cuestión que es aquí de suma importancia, es la gestión de tres relaciones distintas entre los actores implicados. Porque será necesario estipular una serie de pactos entre el cedente-cesionario, el cedente-contratante cedido y el cesionario-contratante cedido.

Entre el cedente y el cesionario se deberá pactar que el primero queda libre de cualquier obligación derivada del contrato desde ese momento y al mismo tiempo a mantener indemne al cesionario de cualquier responsabilidad en la que pudiera incurrir por cualquier circunstancia o hecho anterior a la transmisión.

Por lo que respecta al cedente y el contratante cedido, este último deberá garantizar que el cedente queda liberado de las distintas obligaciones contractuales nacidas con posterioridad a la cesión. Sin embargo, el cedente sí que responderá de aquellas eventualidades que haya podido provocar en el tiempo anterior. Así, en el ejemplo proporcionado, la empresa adquirida debería asumir la responsabilidad

50 Herrera Martínez, A.: "El contrato", cit., p. 407.

derivada del incumplimiento del contrato de distribución y mantener indemne a la adquirente de la posible reclamación que pueda suceder en el futuro.

Finalmente, el cesionario y el contratante cedido desde el momento en que se pacte la cesión deberán cumplir recíprocamente sus obligaciones. Cabe señalar, que al igual que en la asunción de deuda, podrán oponerse las excepciones que existan entre ellos y las derivadas del contrato, pero no las que en su caso existieren entre el cedente y el contratante cedido.

Recapitulando todo lo que he puesto de relieve en las anteriores páginas, queda patente que la compraventa de acciones se configura como un negocio mucho más efectivo y seguro a la hora de adquirir el control de una sociedad mercantil. Entre otras razones que he manifestado, destacaría el régimen de responsabilidad y, sobre todo, el elevado coste material y práctico que conlleva la operación como los principales motivos para evitar la compraventa de activos y decantarse por la compraventa de acciones.

De todos modos, experta doctrina ya ha señalado que esto no debería implicar una disuasión absoluta del contrato de compraventa de activos, pues en muchas ocasiones debemos estar a los particulares intereses de las partes y situaciones diversas que pueden aconsejar seguir un camino u otro. De hecho, el contrato de compraventa de activos se sigue utilizando para instrumentar adquisiciones en la actualidad. Por ejemplo, cuando una sociedad dispone de diversas ramas de actividad y pretende vender una de ellas a la competencia, pero una reestructuración societaria presentaría excesivos costes[51]. Este ejemplo tendría cierto parecido a nuestro caso concreto, sin embargo, al ser la rama de actividad que desarrolla la empresa objetivo única, la venta de los activos supondría, a fin de cuentas, la disolución de la sociedad y la incorporación de todos esos bienes y derechos al patrimonio de la absorbente. Por tanto, desde un punto de vista práctico parece más razonable recurrir a la compraventa de acciones o incluso a una cesión global de activo y pasivo como veremos en el siguiente punto.

3. Métodos alternativos para la adquisición de empresas.

Para finalizar este epígrafe, creo conveniente hacer una breve exposición de otro tipo de operaciones cuya finalidad última también radica en la adquisición de empresa, pero que dada su complejidad y las características del caso planteado se alejan del objeto de este trabajo (salvo alguna excepción como puede ser la cesión global de activo y pasivo).

51 Herrera Martínez, A.: "El contrato", cit., p. 401 y 402.

En este apartado voy a referirme a dos grandes grupos de operaciones, aquellas que entrarían en el terreno de las compras apalancadas de empresas y las que implican una alteración de la estructura de la sociedad en cuestión.

A) Operaciones de apalancamiento financiero.

Se incluyen en este tipo de operaciones las llamadas por la doctrina anglosajona LBO (*Leveraged Buy-out*), se trata de negocios cuya principal característica consiste en que la financiación de la compra se obtendrá a partir de las propias rentabilidades de la sociedad objetivo. El esquema sería el siguiente: una sociedad vehículo adquiere una participación de control sobre otra sociedad (la denominada sociedad *target*), incurriendo para ello en un alto nivel de endeudamiento y, tales deudas, se pagarán con los rendimientos que se obtengan de la sociedad objetivo.

Este tipo de operaciones puede encerrar un gran peligro, si se utilizan los propios bienes de la sociedad objetivo para garantizar la deuda, o el endeudamiento proviene de la propia sociedad objetivo. Asimismo, este riesgo ha sido contemplado por el legislador, y son las originarias operaciones de apalancamiento que derivaron en las LBO, una de las principales razones por las que existe la prohibición de asistencia financiera en nuestro derecho de sociedades.

Pues bien, el art. 150 LSC para el caso de las sociedades anónimas, establece que: "La sociedad anónima no podrá anticipar fondos, conceder préstamos, prestar garantías ni facilitar ningún tipo de asistencia financiera para la adquisición de sus acciones o de participaciones o acciones de su sociedad dominante a un tercero". Así, parece ser que este tipo de compras apalancadas deben ser muy cuidadosas para no caer en el supuesto de hecho. No obstante, la finalidad de la norma no es prohibir las LBO, sino proteger la viabilidad económica de la empresa y, sobre todo, a sus posibles acreedores.

El problema puede llegar cuando estas operaciones culminan en una fusión entre las dos sociedades y se puede entender que los activos de la sociedad objetivo garantizar indirectamente el pago de la misma[52]. Sin embargo, algún autor ha indicado que, siempre y cuando se respeten los derechos de los socios y los acreedores nada se podría objetar a este tipo de operaciones. Por tanto, si el proceso culmina con una fusión de la sociedad vehículo y la sociedad objetivo, los derechos de los afectados quedarían garantizados[53]. De todos modos, habrá que respetar el art. 35 LME, que al efecto viene a exigir en esta clase de operaciones con fusión que: "En caso de fusión entre dos o más sociedades, si alguna de ellas

52 "La doctrina no acaba de ser pacífica acerca de sus las bondades y los peligros de estas operaciones". Perdices Huetos, A.: "Asistencia financiera y compra de empresa", en AA.VV.: *Manual de Fusiones y Adquisiciones de Empresas* (dir. R. Sebastián Quetglas), Wolters Kluwer, Madrid, 2016, p. 334.

53 Perdices Huetos, A.: "Asistencia", cit., p. 335.

hubiera contraído deudas en los tres años inmediatamente anteriores para adquirir el control de otra que participe en la operación de fusión o para adquirir activos de la misma esenciales para su normal explotación o que sean de importancia por su valor patrimonial, serán de aplicación las siguientes reglas:

1.ª El proyecto de fusión deberá indicar los recursos y los plazos previstos para la satisfacción por la sociedad resultante de las deudas contraídas para la adquisición del control o de los activos.

2.ª El informe de los administradores sobre el proyecto de fusión debe indicar las razones que hubieran justificado la adquisición del control o de los activos y que justifiquen, en su caso, la operación de fusión y contener un plan económico y financiero, con expresión de los recursos y la descripción de los objetivos que se pretenden conseguir.

3.ª El informe de los expertos sobre el proyecto de fusión debe contener un juicio sobre la razonabilidad de las indicaciones a que se refieren los dos números anteriores, determinando además si existe asistencia financiera.

En estos supuestos será necesario el informe de expertos, incluso cuando se trate de acuerdo unánime de fusión".

B) Modificaciones estructurales de las sociedades.

Dentro de las transmisiones de empresas existe una última gran modalidad que abarca diferentes operaciones típicas que se encuentran reguladas en la Ley de Modificaciones Estructurales[54] (cabe señalar que no todas las operaciones recogidas en dicha ley entrarían dentro del ámbito de la transmisión de empresa, como es el traslado del domicilio social al extranjero).

Dicho esto, las formas que aquí nos interesan son: la escisión, la fusión y la cesión global de activo y pasivo. Cuya característica principal, a diferencia de las otras modalidades de transmisión de empresa que hemos estudiado, radica en el fenómeno de la "sucesión universal". Esto es, se produce una completa integración de patrimonios entre el adquirente y el cedente, aunque de diferente modo en función del tipo. Con las ventajas que ello conlleva para los derechos de terceros, como los acreedores. Cabe destacar, que la circunstancia de "sucesión universal" se produce siempre y cuando se respete el procedimiento establecido en la ley. De lo contrario, nos iremos al régimen general de consentimiento para la transmisión de deudas y posiciones contractuales. No es posible reconocer un

54 Ley 3/2009, de 3 de abril, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles.

sistema de posibles modificaciones estructurales impropias, que presenten sus mismas consecuencias, pues solo son las que están en la ley[55].

En el caso de la fusión, si es estricta, las dos sociedades implicadas desaparecen dando lugar a una nueva. No obstante, si es la modalidad de fusión por absorción, la personalidad de la cedente desaparece y se integra en la absorbente. En cuanto, a la escisión (art. 68 y ss. LME), por ejemplo, la escisión parcial, se desprende una parte de la sociedad cedente la cual pasa a integrase a la adquirente.

En cambio, en la cesión global de activo y pasivo, lo que se produce es una transmisión en bloque del patrimonio de la cedente a favor de la adquirente, mediando una contraprestación.

Para el supuesto concreto, sobre todo nos interesa el caso de la cesión global de activo y pasivo. Mientras en el ámbito de la fusión y de la escisión el régimen se basa en la entrega de participaciones y acciones a los socios afectados por las mismas, en la cesión es posible la contraprestación en dinero. Por consiguiente, la cesión global de activo y pasivo si se trata de una verdadera compraventa de empresa[56], a diferencia de las otras modalidades en las cuales los socios de la sociedad absorbida, fusionadas o escindidas pasan a formar parte de la nueva sociedad o la sociedad adquirente (matizar que, en la escisión parcial, la sucesión universal es "limitada" a la unidad económica transmitida).

Además, presenta algunas ventajas de carácter fiscal frente a una compraventa simple (ya sea de activos o de acciones), pues el impuesto a pagar si recurrimos a la cesión será el de Operaciones Societarias, mientras que, en la compraventa, el de Transmisiones Patrimoniales Onerosas[57]. Eso sí, tendremos que someternos al procedimiento que exige la ley, lo cual puede ser más costoso en tiempo y dinero que una compraventa de acciones. Y no hemos de olvidar, que mediante la compraventa de acciones es posible hacerse con el control de la sociedad a través de la adquisición de una posición mayoritaria, sin necesidad de la compra en bloque. Frente a la compraventa de activos, presenta la desventaja de la necesidad de asumir todas las deudas.

Sobre el procedimiento a seguir en la cesión global de activo y pasivo destacaría lo siguiente: Es preciso redactar un proyecto de cesión por los administradores con el contenido del artículo 85, que deberá ser suscrito por ellos y, al mismo tiempo, deberán redactar un informe explicando los pormenores de la operación. Posteriormente, ese proyecto deberá ser aprobado por la junta de accionistas de

55 Hernando Cebriá, L.: *El contrato,* cit., p. 327.

56 Hernando Cebriá, L.: *El contrato,* cit., p. 323.

57 Tal como apunta Gimeno Ribes, M.: *La Protección del Comprador en la Adquisición de Empresa: Estudio comparado de los ordenamientos español y alemán*, Comares, Granada, 2013, p. 25.

la sociedad cedente (art. 87), con la mayoría reforzada, en el caso de la sociedad anónima, del art. 194 LSC, en relación con el art. 201.2 LSC. Cabe señalar, el derecho de oposición de los acreedores durante un mes desde la publicación en el BORME (o gran diario de circulación del domicilio social) del acuerdo de cesión (art. 88 LME).

II. LOS TRATOS PRELIMINARES.

1. Los efectos de las cartas de intenciones y otros tratos preliminares.

Uno de los problemas recurrentes en este tipo de operaciones, cuando se produce una ruptura de las negociaciones, suele ser determinar hasta qué punto vincula a las partes lo recogido en la eventual carta de intenciones (*letter of intent)*, si la ha habido o, mejor dicho, qué concretas obligaciones han asumido las partes a raíz de la firma de la mencionada carta.

Como apunta algún autor, "el principal problema que en la práctica procesal generan las cartas de intenciones consiste, precisamente, en su encuadre dentro de la fase de los tratos preliminares o de perfección"[58].

Las cartas de intenciones (*letter of intent*), con carácter general, forman parte de lo que se denominan tratos preliminares (se podría decir que es un tipo), los cuales, asimismo, se encuadran dentro de la fase de formación del contrato. Como es sabido, los contratos obligan desde su perfección, momento en el que se produce el cruce de la oferta y su aceptación. Pero, hasta esa situación, normalmente acontece una fase previa de negociaciones entre las partes, encaminada a la concreción de los términos del contrato, como puede ser el precio, la especificación del objeto, las garantías, etc.

Por este motivo, los tratos preliminares han sido definidos como: "aquellas actuaciones, tengan o no reflejo documental, que median entre las partes con el fin de configurar los términos de un contrato futuro, pero sin vincularse en firme a concluirlo"[59]. Es decir, los tratos preliminares no pueden ser considerados como actos jurídicos que desprendan efectos jurídicos concretos, solo son negociaciones. De todos modos, nuestra legislación no los ha definido, pues carecemos de un precepto específico en el vigente Código Civil, aunque la Jurisprudencia del Supremo si ha realizado una aproximación: "actos que los interesados llevan a cabo con el fin de discutir y concretar un contrato" (STS 25 de junio de 2014)[60].

58 Capilla Casco, A.: "Los tratos preliminares, cartas de intenciones, ofertas vinculantes y no vinculantes. Su problemática contenciosa", en AA.VV.: *Manual de Fusiones y Adquisiciones de Empresas* (dir. R. Sebastián Quetglas), Wolters Kluwer, Madrid, 2016, p. 112.

59 Capilla Casco, A.: "Los tratos", cit., p. 106.

60 STS 25 junio 2014 (*Tol 4525255*).

Dicho esto, que, en principio, no podamos asignar a los tratos preliminares efectos jurídicos, no obsta para que ostenten cierta trascendencia jurídica. La primera consecuencia sería que el art. 1282 CC, señala que: "Para juzgar la intención de los contratantes, deberá atenderse principalmente a los actos de éstos, coetáneos y posteriores al contrato". Lo que ha sido interpretado por el Supremo, como que también se deben incluir los actos anteriores. Por tanto, para interpretar, por ejemplo, cuál era la voluntad de las partes respecto al objeto del contrato (algo que puede ser de vital relevancia en el ámbito de la compraventa de empresa), podremos recurrir a lo que hayan manifestado las partes durante los tratos preliminares (siempre que haya prueba, claro está), razón por la cual la firma de una carta de intenciones puede ser favorable. No obstante, es posible que las partes pacten excluir en las condiciones del contrato la interpretación en base al período de tratos preliminares (admitido por la STS 8 de mayo de 2012)[61]. En esta sentencia el Supremo admitió que las partes "a fin de evitar malentendidos pueden prever de forma expresa la ineficacia de los actos anteriores o formular precisiones sobre su alcance". El supuesto de hecho se correspondía con una situación en la cual el contrato estipulaba que los vendedores responderían por cualquier falsedad o inexactitud respecto a lo manifestado en la fase de tratos preliminares. Sin embargo, los compradores habían descubierto ciertas contingencias a la hora de llevar a cabo la *Due Diligence.* El Alto Tribunal concluyó que tales actos previos no influían en la responsabilidad de los vendedores por proporcionar información falsa.

Por otro lado, los tratos preliminares también pueden fundamentar una demanda por responsabilidad civil. En este sentido, si los datos obtenidos durante la fase de negociación del contrato son falsos, sobre los cuales se elaboró el contrato las consecuencias pueden ser múltiples. Se podría interponer una acción por vicios ocultos, incluso una resolución contractual en base a la doctrina del *aliud pro alio,* así como una anulación del contrato por vicio en el consentimiento. Pero más común, dadas las características del contrato de compraventa de empresa, solicitar una indemnización basada en la culpa o el dolo *in contrahendo.*

También, si no llegamos a la firma del contrato, cabe reclamar responsabilidad a ambas partes por no respetar adecuadamente esta fase contractual. Me explico, si, por ejemplo, el vendedor o el comprador inopinadamente y sin justificación alguna (generalmente, porque sus intenciones eran espurias) abandona la negociación, podría reclamársele una indemnización por los gastos contraídos durante este período. Otro supuesto podría ser aquel en cual el contrato no llega a celebrarse por la desconfianza generada entre las partes, a saber, el comprador decide abandonar las negociaciones porque el vendedor ha manifestado graves falsedades sobre la sociedad objeto de adquisición. En este caso, también sería sensato

61 STS 8 mayo 2012 (*Tol 2567025*).

reclamar una indemnización. Cabe destacar que lo característico de estas últimas situaciones, a diferencia del anterior párrafo, es que la responsabilidad deberá ser de carácter extracontractual (art. 1.902 CC), habida cuenta que el contrato no ha llegado a formalizarse. Otra cosa sería que, la carta de intenciones incluyese algún tipo de obligación sobre los deberes de las partes durante esta fase, en cuyo caso, su incumplimiento si daría lugar a una responsabilidad contractual.

2. Carta de intenciones u oferta contractual.

Sin perjuicio de lo anterior, no son pocas las veces que los tribunales han interpretado que un documento que se denominaba "carta de intenciones" no lo era en puridad, sino que se trataba de un verdadero precontrato o promesa de venta. Circunstancia que no podemos criticar, pues como es de sobra conocido, los documentos o los contratos son lo que en realidad son y no lo que las partes dicen que son. Sin embargo, esto nos debe poner sobre la pista de que debemos cuidar exquisitamente la redacción de este tipo de documentos si queremos que desplieguen los efectos que únicamente buscamos.

Sobre todo, nos interesará diferenciar si estamos haciendo una oferta contractual o simplemente una mera invitación a negociar.

En cuanto a la oferta, al igual que los tratos preliminares no está regulada expresamente en nuestro derecho patrio, solo tenemos referencias específicas en otros textos internacionales como es el art. 14 de la Convención de Viena, y normas no imperativas como los PECL y los Principios UNIDROIT. De todos modos, es admitido con carácter general que la oferta es la declaración unilateral de una parte con la voluntad de obligarse y que solo precisa de la aceptación de la otra parte para la configuración del contrato en sí. Puesto que, la mencionada declaración contiene todos los elementos contractuales necesarios para la formación del negocio. Por consiguiente, la principal diferencia entre una mera negociación y una auténtica oferta contractual es la presencia de todos los elementos del contrato, de lo contrario no puede funcionar como tal (mientras no se encuentren determinados todos los elementos esenciales no podemos hablar de contrato, y seguiremos en el ámbito de los tratos preliminares). Asimismo, se debe observar en la declaración una voluntad para obligarse (se excluyen así, las manifestaciones *iocandi causa*) y la declaración debe ser recepticia, es decir, surte efectos desde su recepción por el destinatario.

Dicho lo cual, si no pretendemos resultar obligados a la venta será conveniente dejar claro desde el primer momento que la puesta en contacto se basa solo en una voluntad de negociar. Para ello, será muy importante que los elementos del contrato no se encuentren delimitados y sea necesario un posterior acuerdo entre las partes para su fijación. Por ejemplo, son muy relevantes cuestiones tales como

el precio, los plazos, las garantías que se quieren prestar, la concreción exacta del objeto, etc. Igualmente, la redacción es crucial para demostrar que no existe una voluntad de obligarse, cobrando mucha importancia las cláusulas que se puedan incluir en la carta. Una estipulación que indique claramente que la viabilidad del negocio se supedita a la firma de un contrato final puede ser muy útil[62].

A este respecto, resulta muy interesante una claúsula que se incluía en la carta de intenciones de un caso que analizó la SAP Bilbao 13 junio 2013[63], la cual venía a decir lo siguiente: "No solo consta la denominación o nomen iuris de "carta de intenciones" en reiteradas ocasiones (…), sino que claramente se dice que la contratación está sujeta a la negociación y a la firma de un acuerdo de suministro, que los principios contenidos en la presente carta no constituirán ni se entenderán como obligaciones contractuales vinculantes para las partes, y se invoca que las partes trabajaran para que el eventual acuerdo pueda estar concluido y plenamente ejecutado en el plazo de dos meses, transcurrido ese plazo sin que las partes hayan firmado el acuerdo, la presente carta de intenciones quedará sin efecto. Las partes se comprometen a negociar los términos y condiciones de un contrato de suministro dentro de los dos meses siguientes a la firma de la presente carta de intenciones. Se compromete a 'negociar' los términos y condiciones del futuro contrato y a la firma del acuerdo de suministro. Era un mero compromiso de iniciar negociaciones; es una manifestación de intenciones partiendo de unas posturas previamente aproximadas en elementos básicos. Es decir, según el tenor literal, la 'carta de intenciones' es una manifestación de la voluntad de continuar con los tratos previos iniciados".

Seguir las cautelas expuestas es primordial, pues la línea divisoria entre un precontrato y una carta de intenciones es muy fina. De hecho, consolidada doctrina ha puesto de relieve los "peligros" que encierran en este tipo de documentos[64], y prueba de ello es el elevado casuismo que se advierte en la jurisprudencia sobre la materia.

A modo de ejemplo, pondría de relieve la Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo 523/1991, de 4 julio[65], la cual señaló que una "carta de intenciones", en realidad, era un precontrato de suministro, ya que el Supremo consideró que el documento contenía todos los elementos necesarios para la validez del negocio. Pondría hincapié en la circunstancia de que el Supremo dio mucha importancia a la existencia de numerosos detalles sobre las cantidades

62 Esto se debe principalmente, a que el Supremo tiene dicho que la determinación de los elementos esenciales no basta si no se acredita una verdadera voluntad de obligarse [STS 1 julio 2010 (*Tol 1895386*)].

63 SAP Bizkaia 13 junio 2013 (*Tol 4315490*).

64 Carrasco Perera, A.: "Las cartas de intenciones", en AA.VV.: *Fusiones y Adquisiciones de Empresas* (coord. J. M. Álvarez Arjona y Á. Carrasco Perera), Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2004, p. 98.

65 STS 4 julio 1991 *(Tol 1718870)*.

solicitadas, la comisión de venta, la obligación de informar trimestralmente sobre las ventas efectuadas, etc. A pesar de que algunos elementos no hubieran sido desarrollados, entendió que podrían concretarse posteriormente.

Por el contrario, el Supremo en la STS 3 junio 1998[66], en relación con la constitución de una sociedad anónima, concluyó que el "compromiso de intenciones" firmado no era un auténtico contrato, habida cuenta que faltaban los requisitos esenciales para su validez. Esto es, no se incluían los requisitos que exige la ley para la constitución de tales sociedades, por lo que haría falta llegar a posteriores acuerdos entre las partes. La sentencia apunta que: "lo que no puede hacer la autoridad judicial es suplir lo que al 'acuerdo de intenciones' le falta para que pudiere otorgarse escritura pública de constitución de sociedades". Dicho en otras palabras, la Sala resuelve que aún nos encontramos en la fase de formación del contrato y, en consecuencia, las partes todavía no se han obligado.

En relación con el contrato de compraventa de empresa, puede ser muy ilustrativa la STS 25 junio 2014[67], sobre la compraventa de un avión. En resumidas cuentas, fue muy determinante la cuestión de que se tratase de un contrato "complejo", sobre el cual quedaban muchos aspectos pendientes de concreción como el "precio, garantías de todo tipo, la ley reguladora del contrato y su fuero, etc. […] que, en contratos de esta envergadura económica (casi sesenta millones de dólares), deben contemplarse". Así que, la carta de intenciones fue calificada como trato preliminar.

Por último, en ocasiones se ha valorado por los tribunales como indicio de contractualidad, el que se hayan llevado a cabo actos de ejecución del contrato que sin su existencia carecerían de sentido[68].

Vista la incertidumbre que muchas veces generan estos tipos de documentos, algún autor ha realizado interesantes recomendaciones sobre su contenido[69]. No habiendo ningún requisito sobre su forma o contenido (de hecho, se trata de un documento atípico con fundamento en el art. 1255 CC), ciertos consejos de dicho autor son los siguientes: 1) Declarar que las partes no se obligan a llegar a un acuerdo, recomienda estipular que las partes pueden salir de las negociaciones sin motivo, aunque es posible imponer razones; 2) Sin ser exhaustivos, la carta puede describir las líneas generales de la operación, como si nos serviremos de una compraventa de acciones o de activos, precio mínimo o aproximado, alguna

66 STS 3 junio 1998 *(Tol 1851)*.

67 STS 25 junio 2014 (*Tol 4525355*).

68 Por todas, SAP Madrid 20 abril 2001, que entendió: "*inconcebible dar y aceptar órdenes si entre las partes no hay un contrato que faculte para ello, porque unos simples tratos preliminares no autorizan ni a eso ni a nada que signifique mandar o disponer*".

69 Capilla Casco, A.: "Los tratos", cit., pp. 112 y ss.

garantía, etc.; 3) Podemos recoger "aquellos requisitos que sea preciso cumplir o los impedimentos que haya que despejar antes de la celebración del contrato", como hablaré más adelante de la necesidad de un acuerdo de junta; 4) También es habitual indicar cómo y cuándo se llevará a cabo la *due diligence,* una fecha tope para finalizar las negociaciones, entre otras obligaciones y derechos que puedan establecer las partes durante este período; 5) Igualmente, se pueden incluir determinados pactos que si son vinculantes entre las partes como es el típico acuerdo de confidencialidad y de exclusividad, al que haré referencia en el siguiente apartado; 6) Puede ser interesante concretar la responsabilidad en la que pueden incurrir por romper las negociaciones, especialmente destacaría la posibilidad de establecer cláusulas penales o depósitos, 7) Finalmente, que la carta de intenciones con carácter general no sea vinculante no quita que algunos extremos si lo sean, si así lo establecen las partes, uno de ellos podría ser el fuero al que desde ya desean someterse.

3. Deberes de las partes durante los tratos preliminares.

Como ya iba adelantando antes, el que de entrada los tratos preliminares no sean vinculantes, no impide que las partes deban observar determinadas reglas durante la mencionada fase, siendo la buena fe contractual la actitud que nunca debe faltar.

La doctrina ha considerado una serie de deberes comunes en este estadio contractual[70]: 1) Deber de información, 2) Deber de confidencialidad, 3) Deber de conservación y 4) Deber de no abandonar injustificadamente las negociaciones.

A) Deber de información.

Sobre el deber de información, ya he ido señalando que su no observancia puede fundamentar las correspondientes acciones de responsabilidad, tanto si el contrato se ha firmado como si no llega a firmarse. Esto se debe a que es posible reclamar por vía de responsabilidad extracontractual una ocultación de información que provoque la frustración de las negociaciones. En cambio, si el contrato se ha firmado la responsabilidad será de carácter contractual, y eso, aunque la conducta falsaria se ha desarrollado durante la fase de negociaciones[71]. Esta diferenciación puede ser muy importante por el diferente plazo para ejercitar las acciones por responsabilidad civil, ya que es de tan solo un año en el caso de la extracontractual (art. 1968.2° CC) y de cinco en el supuesto de la contractual (art. 1902 CC).

70 Capilla Casco, A.: "Los tratos", cit., p. 120.

71 Capilla Casco, A.: "Los tratos", cit., p. 121.

Asimismo, en el supuesto ejemplo planteado sobre responsabilidad extracontractual se podrán reclamar los gastos en los que hubiese incurrido el agraviado, mientras que las posibilidades procesales que se despliegan si las partes han firmado el contrato en base a información adulterada son muy variadas. Aquí ya entraríamos en el apartado referente a la inadecuación del objeto que analizaremos más adelante, habida cuenta que si las cualidades del objeto han sido ocultadas y son diferentes a las recogidas en los documentos firmados por las partes, se podría plantear una demanda por vicios ocultos e incluso una resolución contractual en base a la doctrina del *aliud pro alio,* aunque como veremos resulta mucho más práctico reclamar una indemnización si así nos lo permiten las Manifestaciones y Garantías estipuladas por las partes.

De todos modos, no hay que perder de vista que ambas partes deben auto informarse, y no se puede defender una posición pasiva, por ejemplo, del comprador que solo obtiene los datos que le proporciona el transmitente. Puesto que el adquirente también debe recabar aquella información que se encuentra a su alcance, siendo la *Due Diligence* el instrumento más utilizado para ese cometido.

B) Deber de confidencialidad.

Tanto en los principios UNIDROIT como en los PECL, arts. 2.1.16 y 2:302 respectivamente, se establece la obligación de las partes de no revelar la información sensible que se obtiene de la otra parte o utilizarla en su propio beneficio. De la misma forma, es admitido con carácter general la existencia de esta obligación derivada del principio de buena fe contractual (podemos recurrir al art. 1258 CC), en las relaciones privadas, ya se haya perfeccionado el contrato como si no.

La única "pega" sería que una reclamación sobre esta materia deberá sustanciarse por vía de la responsabilidad aquiliana y no por vía de la responsabilidad contractual, con las incomodidades que ello supone. Para evitarlo y ajustar el contrato a las necesidades de las partes es común recurrir a la firma de acuerdo de confidencialidad que al mismo tiempo concrete las consecuencias que se deriven de su incumplimiento.

Dado que, esta cláusula normalmente se incorporará a la carta de intenciones y a diferencia del resto su contenido si será vinculante, puede ser conveniente redactar el acuerdo en un documento distinto que mantenga la adecuada diferenciación entre ambos textos.

C) Deber de conservación.

Casi no hace falta apuntar que, lógicamente, las partes tienen la obligación de conservar cualquier documentación y otros objetos que hayan recibido de la

contraparte durante el período de negociaciones (se puede derivar del art. 1258 CC).

D) Deber de no abandonar sin motivo las negociaciones.

En principio, podemos aseverar con toda seguridad que comenzar unas negociaciones no obliga a las partes a concluirlas y existe la libertad de apartarse de las mismas sin tener que ser penalizado por ello.

En este sentido, los PECL reconocen que: "Las partes tienen libertad para negociar y no son responsables en caso de no llegar a un acuerdo" (art. 2:301). Sin embargo, al mismo tiempo señalan que: "es contrario a la buena fe que una parte entable negociaciones o prosiga con ellas si no tiene intención alguna de llegar a un acuerdo" (art. 2: 301 (3)). En efecto, el que de ningún modo se pueda reconocer una obligación a terminar las negociaciones, no obsta a que las partes deban conducirse conforme a las reglas de la buena fe y no las utilicen como instrumento para fines ilegítimos.

Así, el caso más común de ruptura injustificada de las negociaciones es aquel por el cual una parte mantuvo las negociaciones, pero no tenía la intención de llegar a ningún acuerdo. Véase la SAP Coruña 440/2012, de 24 de septiembre[72], donde se reconoció la responsabilidad de la potencial compradora de un avión que tras la firma de la carta de intenciones a los pocos días desistió de la compra y contrató con un tercero que ofrecía una propuesta más ventajosa. El *quid* de la cuestión estuvo en que quedó acreditada la poca seriedad de la parte demandada que no tenía una verdadera voluntad de negociar cuando firmó la carta, seguramente la firmó para no perder la posibilidad de aceptar esa oferta si no conseguía nada mejor, pero rápidamente la rechazó al encontrar un mejor candidato.

Al final, acreditar la conducta contraria a la buena fe es muy sutil, y deberá probarse adecuadamente en cada supuesto, habida cuenta que la buena fe se presume. No podemos admitir con carácter general que rechazar una propuesta por encontrar otra más provechosa tras unas negociaciones sea ilegítimo. Por ello, si las partes quieren protegerse lo más recomendable será firmar junto con la carta de intenciones un acuerdo de exclusividad. Además, al igual que con el acuerdo de confidencialidad, puede ser muy aconsejable incluirlo en un documento aparte que diferencie la exigibilidad de tales pactos a diferencia de la no obligatoriedad de la carta de intenciones.

Otra conducta que entiendo puede ser contraria a la buena fe sería aquella por la cual una de las partes decide que ya no le interesa la oferta y decide

72 SAP Coruña, 24 septiembre 2012.

dilatar las negociaciones hasta que la otra parte se canse, por miedo tal vez a una reclamación si existe algún pacto en relación con la ruptura de las negociaciones. También, puede ser aquella en la cual inopinadamente se cambian las condiciones para que la otra parte desista por lo desfavorables que son, sin motivo alguno, buscando claramente un bloqueo en las negociaciones[73].

Para acabar, interesa repasar brevemente cuáles son las consecuencias que se pueden derivar de una ruptura de las negociaciones de forma contraria a la buena fe. En resumen, se podría decir que sobre todo dependerá de los pactos a los que hayan llegado las partes, ya que si existe una cláusula penal o un depósito las consecuencias serán claras. No obstante, si nada se ha pactado siempre podremos recurrir a una demanda por responsabilidad extracontractual (ya que es una responsabilidad precontractual) para solicitar la reparación de los daños y perjuicios causados[74]. Sobre los pactos, hay que indicar que no es posible excluir la responsabilidad por dolo, en caso de que las partes pacten que no desean establecer ningún tipo de responsabilidad por ruptura sorpresiva de las negociaciones. Finalmente, conviene matizar que conceptos se pueden indemnizar y cuáles no. La doctrina considera que en estos casos no se puede indemnizar el interés contractual positivo, es decir, aquello que podría haberse obtenido, sino solamente el interés contractual negativo[75], que se corresponde con la reparación de los gastos sufridos (por ejemplo, abogados o asesores) para devolver a la persona a la situación que estaría de no haberse frustrado las negociaciones.

III. LA INADECUACIÓN DEL OBJETO EN EL CONTRATO DE COMPRAVENTA DE EMPRESA.

Sin lugar a dudas, la aplicación de los remedios a la inadecuación del objeto del contrato es uno de los problemas más peliagudos que nos podemos encontrar a la hora de abordar la adquisición de empresa. Principalmente, por dos factores. El primero sería la ausencia de regulación expresa sobre el presente contrato tanto en la legislación mercantil como en el derecho común. El segundo, pero no por ello menos importante, la existencia de una práctica jurisprudencial que podríamos señalar de errática en sus conclusiones, e incluso en algunas ocasiones, de poco favorable para los intereses del adquirente. Lo que, en suma, se puede traducir en un desincentivo al tráfico jurídico-mercantil.

De hecho, podría afirmar con total seguridad que el éxito de las importadas Manifestaciones y Garantías (*Warranties & Securities),* como método contractual, se debe principalmente al insatisfactorio resultado que para los intereses de las partes

73 Véase SAP Barcelona, 7 mayo 2015 *(Tol 5175492).*

74 Capilla Casco, A.: "Los tratos", cit., pp. 124-125.

75 Capilla Casco, A.: "Los tratos", cit., p. 126.

(principalmente, el comprador o adquirente) supone la aplicación del derecho patrio, en lo que a inadecuación del objeto del contrato se refiere. Así como, lo poco recomendable que puede llegar a ser dejar al arbitrio de los Tribunales la interpretación de ciertas cláusulas del contrato o, a mayor abundamiento, la decisión sobre qué remedio en concreto procede para cada tipo de contingencia.

No obstante, antes de fijar que concretos acuerdos serían convenientes para nuestro comprador, en orden a protegerse frente a los problemas descubiertos y las contingencias que pudieran aparecer en un momento posterior, considero oportuno hacer un examen de los remedios legales que dispone el adquirente para el supuesto poco deseado de inadecuación del objeto a lo pactado.

1. Naturaleza jurídica.

Para empezar, debemos hacer una obligada calificación del contrato que se nos presenta. Pues, si bien se trata de una compraventa esta recae sobre un elemento complejo, es decir, la empresa, en la cual confluyen diferentes elementos relacionados entre sí y que, a la vez, resulta por su propia estructura de interés para varias ramas del ordenamiento jurídico[76]. No hace falta detenernos en lo fundamental que resulta el concepto de empresa, no solo para el Derecho Mercantil, sino también para el Derecho Laboral o el Tributario.

De todos modos, que la empresa sea objeto de análisis por diferentes sectores de la ciencia jurídica y que se erija como un ente de indudable importancia, no impide que se libre del silencio que muchas veces nos deja el legislador en cuestiones de interés clave. Prueba de ello, es que a falta de una regulación específica sobre la materia[77], debemos acudir al Derecho común para encontrar

76 Ríos de tinta se han escrito sobre el concepto de empresa, sin ánimo de ser exhaustivo, ver pies página, Gimeno Ribes, M.: *La protección*, cit., p. 1 y 2. Habla de su realidad proteica y su consideración por varias ramas del ordenamiento jurídico, Broseta Pont, M.: "La transmisión de empresa: compraventa y arrendamiento", *Revista de Derecho Mercantil,* núm. 107, 1968, p. 4.

77 Ni siquiera el Código de Comercio, en particular, establece que debemos entender como empresa, ni tampoco la legislación mercantil, en general, regula la adquisición o compraventa de empresa como tal. Sin embargo, el Anteproyecto de Código Mercantil, aún no aprobado por las Cortes Generales, parece haber dado un paso hacia delante, definiendo por vez primera el concepto de empresa en el apartado 11 del Libro Primero: "La empresa, como concepto clarificador de su titular (el empresario) y de la actividad económica que a través de ella desarrolla, se describe como organización de elementos diversos, de la que resulta un nuevo valor, el fondo de comercio. Los bienes inmuebles e instalaciones en los que el empresario realiza su actividad se definen como establecimiento, y se distingue el principal, centro de las operaciones desarrolladas, de las sucursales, caracterizadas por estar dotadas de una representación permanente y de autonomía de gestión, y de los demás establecimientos secundarios o accesorios". Y también regulando, aunque someramente, el contrato de compraventa de empresa en lo que respecta a sus obligaciones más básicas, artículos 132-7 a 132-11. Es interesante observar como el artículo 132-10 parece prescindir ya de las vetustas acciones edilicias y establece un régimen de conformidad que recuerda mucho al ya existente en materia de Derecho de Consumo. En la línea de lo que, desde un punto de vista supranacional, se está propugnando conforme a los Principios UNIDROIT y las propuestas de unificación del Derecho europeo de contratos.

las soluciones a las distintas dificultades que pueden acaecer en el contrato de compraventa de empresa[78].

Así, siguiendo el orden que hemos establecido. En primer lugar, debemos establecer la naturaleza del negocio jurídico que tenemos entre manos, pues de esa forma resultará mucho más sencillo determinar cuáles son las normas jurídicas aplicables en defecto de pacto. Sin embargo, para ello hay que detenerse en las diferentes formas transmisivas que disponemos para llevar a cabo una compraventa de empresa, así como qué elementos comprenden el contenido de la empresa.

Sobre esto, ya nos hemos explayado en uno de los puntos anteriores, concluyendo que la forma que más nos interesaba por su sencillez y bajo coste era la compraventa de acciones (*share deal)*. No hemos de olvidar que, por razones obvias, el principal problema que nos podemos enfrentar a la hora de centrarnos en la compraventa de acciones es la ficción jurídica que supone. Pues si se interpone una eventual acción judicial por inadecuación del objeto del contrato, una de las dificultades podrá ser fijar, cuál era el verdadero objeto del contrato cuando lo efectivamente transmitido han sido unas acciones. A diferencia de una transmisión de activos (*asset deal*) en la que, si hay un claro inventario de lo transmitido, en principio, no habría lugar a dudas. No obstante, esto no debería de ser así. Habida cuenta que, también integra la causa del contrato el "propósito común" de las partes[79], a saber, la transmisión de la empresa. No el mero motivo o móvil subjetivo que tenga una sola de las partes sobre el negocio jurídico[80]. Pero sí, lo que se denomina "móvil causalizado"[81]. Por lo que, la elección de un instrumento jurídico u otro, para un mismo fin, es decir, la transmisión de empresa, no debe afectar al objeto del contrato. Puesto que, dicha decisión habrá respondido probablemente a unas razones puramente crematísticas, como ya he señalado antes. Sobre este punto, un sector de la doctrina ya ha señalado en el contexto de determinar cuál es el contenido de la prestación debida en el negocio jurídico de transmisión de empresas que: "Con independencia del negocio jurídico subyacente, en las adquisiciones de empresa las obligaciones del vendedor están encaminadas a transmitir un negocio en funcionamiento y, en general, van más

78 De La Cámara Álvarez, M.: "La venta de la empresa mercantil principales problemas que plantea", *AAMN*, núm. 24, 1985, p. 285.

79 Díez-Picazo y Ponce de León, L.: "El concepto de causa en el negocio jurídico", *ADC*, núm. 16-1, 1963, pp. 30-32, pone de relieve que, mientras las meras expectativas o intereses de una parte sobre el negocio en cuestión quedan fuera de la realidad negocial, el "propósito común" de ambas partes se erige como elemento fundamental en el negocio jurídico.

80 De Castro y Bravo, F.: *El negocio jurídico*, Civitas, Madrid, 1985, p. 32, también defiende la idea de que los motivos que impulsen a una de las partes no pueden determinar la eficacia del contrato y, en consecuencia, no pueden ser objeto de tutela jurídica. Otra cosa, claro está, será que dicho interés se refleje finalmente en una cláusula o condición del negocio y que sea aceptada por ambas partes.

81 La línea jurisprudencial que defiende la incorporación del móvil de las partes al contrato, cuando se pueda contrastar empírica y objetivamente que existe una voluntad concorde de ambas partes de actuar según esa finalidad, se puede ver en las SSTS 11 julio 1984 (*Tol 1737541),* 21 noviembre 1988 *(Tol 1733553),* 1 abril 1998 *(Tol 5119829)* y 21 julio 2003 *(Tol 295911).*

allá de las que corresponderían a una mera transmisión de activos. En efecto, en la mayor parte de los supuestos, el adquirente de una empresa no desea hacerse con los activos de ésta únicamente, sino que pretende adquirir el negocio en su conjunto, con todos sus derechos y obligaciones, fondo de comercio, expectativas y demás circunstancias configuradoras del mismo"[82].

En esta línea, algún autor ya ha indicado que: "Al menos, en Derecho español, la utilización de una u otra modalidad [*asset deal* o *share deal*] no debe tener implicación alguna en este sentido y que ejercicios hermenéuticos de esta índole en ocasiones contenidos en la jurisprudencia, resultan absolutamente estériles"[83]. El mismo autor, finaliza su exposición sobre las modalidades transmisivas de la empresa señalando que las normas jurídicas aplicables al objeto en el caso de la compraventa serán las mismas, con independencia del negocio jurídico que se haya empleado. Para ello recurre a un argumento extraído del art. 35 de la Ley de Modificaciones Estructurales (en adelante, LME), sobre las reglas que se deben seguir en el supuesto de fusión de dos sociedades cuando una de ellas previamente se había endeudado para adquirir a la otra. Específicamente se refiere a lo siguiente: "adquirir el control de otra que participe en la operación de fusión o para adquirir activos de la misma esenciales para su normal explotación o que sean de importancia por su valor patrimonial". Con ello pretende poner de relieve que, si partimos de una concepción sistemática y unitaria del ordenamiento jurídico, el mencionado precepto, y más en dicha sede, parece indicarnos que ambos instrumentos (tanto el *asset deal* como el *share deal)* han sido equiparados y, en consecuencia, el régimen jurídico ante la inadecuación del objeto del contrato debe ser el mismo[84].

Por el contrario, la jurisprudencia en algunas ocasiones no ha compartido la misma visión finalista de los negocios jurídicos para la adquisición de empresa y los ha concebido como un elemento determinante del objeto del contrato. En el caso del *asset deal*, la STS de 13 de febrero de 1992[85], consideró, en el contexto de una trasmisión de una pastelería, que no se había transmitido el local, ya que a pesar de lo exhaustivo que era el contrato privado de compraventa de empresa, respecto a lo adquirido por la hija de la difunta dueña, no se había especificado entre el activo el local. Sí, en cambio, se había indicado la transmisión de: "[los] derechos sobre el nombre comercial y rótulo, los créditos, las autorizaciones oficiales, la clientela

82 Peña González, F. y Casals Ovalle, L.: "Objeto", cit., p. 310.

83 Gimeno Ribes, M.: *La protección*, cit., p. 8, quién realiza un concienzudo análisis de las diferentes formas de adquisición de empresa existentes en nuestro ordenamiento jurídico. Para acabar concluyendo que: "ha quedado demostrado que las normas jurídicas aplicables a la compraventa de empresa serán, en todo caso, las mismas sea cual sea la modalidad negocial, de entre las hasta ahora estudiadas, a través de la cual venga configurada la compraventa en cuestión".

84 Gimeno Ribes, M.: *La protección*, cit., p. 18.

85 STS 13 febrero 1992 (RJ 842, 1992).

y expectativas del negocio y, de modo genérico cuantos elementos constituyen el fondo comercial, «y, así mismo, el pasivo de la empresa»".

De todos modos, la principal cuestión que se debatía aquí era probatoria, pues el Supremo afirmaba que la parte actora no había acreditado suficientemente en primera instancia la voluntad de las partes de transmitir el local, incumpliendo por tanto la doctrina del *onus probandi*. Por ese motivo, era plenamente aplicable el artículo 1.281 del Código Civil (en adelante, CC), el cual señala que si las cláusulas de los contratos son claras se deben interpretar de manera literal. Cierta doctrina[86], se ha pronunciado sobre estas conclusiones afirmando que, evidentemente, nada se puede objetar sobre la claridad de las cláusulas. Pero, al mismo tiempo, apuntaba que, si el asunto se hubiera circunscrito meramente a una interpretación sobre el contenido del contrato, también se podría inferir que existe una voluntad de continuidad de la actividad empresarial. Por consiguiente, se habrían de entender transmitidos todos aquellos elementos que sean necesarios para que la empresa pueda seguir desarrollando la normal actividad tal como venía haciendo. Algo que no sería posible sin el establecimiento mercantil. Sigue diciendo que, para llegar a esa conclusión, podemos partir del artículo 5 del Código de Comercio (en adelante, CdC) o, incluso del art. 1056 CC. De los que se extrae el principio de conservación de empresa.

En el marco de un *share deal,* la famosa STS de 21 de diciembre de 2009[87], llegó a una conclusión similar a la sentada por la anterior sentencia. Dotando de una importancia, que podríamos apuntar de excluyente, a los concretos pactos que en cuestión habían llegado las partes, desmereciendo otras circunstancias como puede ser la causa del negocio jurídico. Concretamente, el asunto giraba en torno a la compraventa de las acciones de la sociedad SATOSOVI, S.A. por GRENTIDEM, S.A., con la finalidad de adquirir el control de la primera y poder explotar el hotel que constituía su activo principal. No obstante, tras la operación de compra resultó que el hotel tenía graves deficiencias estructurales pues se había utilizado en su construcción cemento aluminoso y, a causa de ello, la planta baja y el sótano estaban afectadas por aluminosis. Ante dicho escenario, la sociedad compradora interpuso una acción por incumplimiento contractual por *aliud pro alio*, de forma subsidiaria, una acción *quanti minoris* de reducción del precio y, subsidiariamente, otra por ocultación en el pasivo del balance la necesidad de hacer reparaciones. Cabe destacar, que señalaban que la compraventa fue del hotel y omitían hacer cualquier mención al resto de elementos que naturalmente se transmitían de manera indirecta con las acciones, como puede ser el fondo de comercio, demás elementos muebles de los que también es titular la persona jurídica, etc.

86 Gimeno Ribes, M.: *La protección*, cit., p. 10.

87 STS 21 diciembre 2009 (RJ 299, 2010).

Frente a esta situación, si bien obtuvieron un pronunciamiento favorable en segunda instancia, el Supremo concluyó que: "Cuando la sentencia recurrida hace referencia al móvil, yerra ya que éste es intrascendente para el derecho a no ser que se incluya como condición o que se llegue a integrar en la causa, como móvil causalizado. Pero no es éste el caso. La sociedad demandante quiso explotar un hotel y, de entre las varias opciones jurídicas para ello (compraventa, arrendamiento, usufructo, etc.) eligió una, que fue la adquisición de la sociedad que era propietaria del mismo. No pretenda ahora, convertir su negocio jurídico de compra de las acciones de una sociedad, en el negocio jurídico de compra de un inmueble que era, entre otras cosas, propiedad de la sociedad. Y ello es lo que ha hecho la sentencia recurrida: ha valorado el móvil, lo ha elevado a la categoría de causa y ha entendido que la compraventa no era de acciones, sino de un hotel, sin aclarar lo que pasaba con los demás elementos que no eran hotel." En este sentido, rechaza totalmente las pretensiones de la parte actora, haciendo suya la sentencia de instancia.

Desde mi punto de vista, el Tribunal Supremo incurre en un reduccionismo grave, pues el contrato no es únicamente lo que las partes expresamente han pactado. Puesto que, como hemos puesto de manifesto antes, otros elementos como la causa, también forman parte del contrato. A mayor abundamiento, aún diría que el art. 1282 CC recoge que: "Para juzgar de la intención de los contratantes, deberá atenderse principalmente a los actos de éstos, coetáneos y posteriores al contrato". Y en el presente caso, junto a la escritura de compraventa de acciones las partes firmaron también un contrato privado en el que incluyeron que el motivo del contrato era transmitir el Hotel Bel-Air ubicado en Castelldefels (Barcelona) y que era propiedad de la sociedad SATOSOVI, S.A. Lo más desconcertante es que el Supremo no otorga ningún valor a esa manifestación.

Considero que recurrir exclusivamente a una calificación del contrato como compraventa de acciones, para excluir del objeto del contrato todos los demás elementos que, efectivamente, adquiere GRENTIDEM (aunque sea de forma indirecta, ya que el titular sigue siendo la persona jurídica) al obtener la totalidad de las acciones de SATOSOVI, resulta un tanto ilógico.

De hecho, no pocas voces se hicieron eco de la sentencia, la cual ha sido criticada por la doctrina[88]. Sobre todo, destacaría a cierto autor, que en su comentario a la mencionada sentencia apuntaba que: "Se despreocupa, por tanto, y no asigna efecto alguno (puesto que no argumenta sobre su valor o irrelevancia)

88 Alfaro Águila-Real, J.: "Cuando compras las acciones de una sociedad titular de un hotel porque quieres comprar el hotel, ten cuidado, porque estás comprando papeles no un hotel", en: http://derechomercantilespana.blogspot.com/2010/02; y Gili Saldaña, M.: "Compraventa de acciones: causa del contrato y remedios frente al incumplimiento de las manifestaciones y garantías", *InDret: Revista para el Análisis del Derecho*, núm. 2, 2010, Barcelona.

al documento adjunto en el que se mencionaba la «finalidad» del contrato (la adquisición del hotel, principalísimo activo de la empresa) e incorporaba el balance como elemento del pacto". Más adelante, sigue diciendo que: "carece de sentido desconocer la estructura económica del negocio de adquisición de empresa, instrumentada en una compraventa de acciones, y desechar la finalidad explícita contemplada por las partes para resolver la asignación de un riesgo no previsto expresamente (no se estipuló, al parecer, una cláusula de garantía sobre la calidad de los activos), de modo que las partes contemplaron como interés principal (desde luego, también a la hora de negociar el precio) el propósito de adquisición del hotel, en el que la concurrencia de cualidades «implícitas o explícitas» era un elemento determinante para «ambas» partes". Por lo que concluye que: "El pacto accesorio al contrato de compraventa de acciones permite advertir (además de la prolongada negociación previa) la finalidad incorporada al contrato (la adquisición del hotel, de una empresa en funcionamiento), como propósito perseguido por ambas partes"[89]. Como se puede apreciar, el autor se apoya en la teoría del "móvil causalizado", a la que hemos hecho referencia antes, para argumentar su postura, según la cual la intención o fin común de ambas partes debe tomarse en consideración para determinar la voluntad negocial de las mismas e interpretar el contrato.

Sin embargo, el principal problema que se ha creado aquí no parte meramente de los efectos que en su día pudo tener la sentencia, sino de la preocupante reiteración de los argumentos que hemos criticado en la posterior doctrina del Supremo. Como ya pudo acertadamente observar cierta doctrina[90], al exponer la STS de 30 de marzo de 2011[91] que resolvía un caso parecido de la misma forma, "lo que ha hecho el Alto Tribunal es crear jurisprudencia". Actualmente, ya tenemos varios ejemplos que confirman esta nueva línea jurisprudencial como son las SSTS 6 mayo 2010, 21 octubre 2013 y 16 abril 2015[92]. Así, sin ánimo de ser exhaustivo, la segunda de ellas desestimó la acción *quanti minoris* interpuesta por la sociedad compradora, porque entendía que no formaba parte del objeto del contrato el pasivo de la sociedad adquirida (el cual había resultado mucho

89 García Vicente, J. M.: "Sentencia de 21 de diciembre de 2009: Compraventa de acciones y compraventa de empresa: defectos ocultos en el activo principal de la sociedad", *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 84, 2010, p. 1742-1745. Para terminar el comentario, el autor indica que el Supremo no ha abordado con realismo la situación y que un enfoque realista a la situación se puede encontrar en el artículo 1238.3 de la Propuesta de Modernización del Código Civil en materia de Obligaciones y contratos, cuando establece que: «El régimen jurídico aplicable a cada contrato es el que corresponde al conjunto de propósitos prácticos acordado por las partes, cualquiera que sea el nombre asignado o el tipo utilizado».

90 Gimeno Ribes, M.: *La protección*, cit., p. 15.

91 STS 30 marzo 2011 (RJ 3133, 2011). Esta sentencia analiza un supuesto un tanto similar al caso de la compra del Hotel Bel-Air, pues también se trataba de una compraventa de acciones y se desestimaron las acciones de saneamiento por vicios ocultos y la subsidiaria de anulabilidad por error y dolo. El asunto aquí era que la empresa adquirida, en realidad, no gozaba de la salud financiera que parecía tener en los documentos que se examinaron, ya que se encontraba a las puertas de un concurso de acreedores.

92 SSTS 6 mayo 2010 (*Tol 1855071)*, 21 octubre 2013 *(Tol 4008030*) y 16 abril 2015 (*Tol 5090364).*

mayor de lo esperado), sino que éste solo se podía circunscribir a las acciones de la sociedad vendida.

Dicho esto, interesa analizar los diferentes remedios a la inadecuación del objeto contenidos en nuestra legislación, para extraer cuáles pueden ser sus posibles inconsistencias y establecer, finalmente, si conviene ceñirse a ellos o regular conforme a la autonomía de la voluntad la relación entre las partes. Con el objeto de evitar, tanto la interpretación jurisprudencial como los defectos que puedan presentar las correspondientes normas.

2. Normativa aplicable.

Aunque ya hemos adelantado que para la resolución a los problemas sobre inadecuación del objeto deberemos acudir a la normativa de Derecho común, resulta conveniente apuntar el *iter* lógico que nos lleva a ese punto. Igualmente, también hemos despejado la duda sobre si en función de la modalidad escogida, *asset deal* o *share deal*, los remedios serían distintos, a lo que hemos respondido que resulta indiferente. Cabe desatacar, que, si la compraventa se instrumentase mediante una modificación estructural como una cesión global de activo y pasivo, "la regulación será la específicamente contenida en la legislación societaria y, más en concreto, en la LME, además de las posibles remisiones que puedan realizarse a otras normas como, fundamentalmente, el TRLSC y el RRM"[93].

Pues bien, siguiendo el sistema de fuentes que rige en el Código de Comercio, los actos de comercio se regirán primero por la legislación mercantil, los usos del comercio y, en defecto de estos, por el Derecho Civil (art. 2 CdC). Asimismo, para acabar de comprender el funcionamiento del referido precepto, hay que cohonestarlo con su segundo párrafo, "serán reputados actos de comercio los comprendidos en este Código y cualesquiera otros de naturaleza análoga". Es decir, se reconoce expresamente la existencia de actos de comercio típicos y actos de comercio atípicos.

Con anterioridad, señalamos que no existe normativa específica sobre la compraventa de empresa en el derecho mercantil vigente, siendo la única norma que nos habla de compraventas mercantiles el art. 325 CdC (referido principalmente a las mercaderías). Ante esto podemos pensar que la compraventa de empresa puede ser deliberadamente civil, o implícitamente considerada mercantil[94]. Lo que es claro es el poco acomodo que pueda tener la compraventa

93 Gimeno Ribes, M.: *La protección*, cit., p. 33.

94 No se trata de una cuestión baladí, ya que existen diversas voces que tienen opiniones contrapuestas. A favor de la mercantilidad, Garrigues y Díaz-Cañabate, J.: "Estudios sobre el contrato de compraventa mercantil", *RDM*, núm. 80, 1960, pp. 274-275, en contra Vicent Chuliá, F.: "Delimitación del concepto de compraventa mercantil", *RCDI*, núm. 500, 1974, pp. 81-85.

de empresa en el art. 325 CdC, por varios motivos. El primero, el carácter mueble de los objetos, si bien en un *share deal* podría defenderse el carácter mueble de los títulos valores, obviamente, en un *asset deal* no tendía mucho sentido, por la gran probabilidad de la existencia de bienes inmuebles en el activo. En segundo lugar, el presupuesto de adquirir para revender y lucrarse con la reventa, tampoco parece el ámbito que aquí tratamos. Pues, salvo que nos encontremos ante un tipo de adquisición especulativa, la adquisición de empresa tendrá como fin último, generalmente considerado, la continuación de la actividad empresarial. Tercero, el régimen jurídico previsto para dicho tipo de compraventas, muy preocupado por la agilidad en el tráfico y que no contempla unos remedios satisfactorios para los problemas que nos podemos encontrar.

Así, concluido que no puede ser la compraventa del art. 325 CdC, volveríamos a preguntarnos si la compraventa es civil o mercantil. Sobre esto, no me detendré pues ya ha sido debatido por la doctrina y, finalmente, se considera mayoritariamente su carácter mercantil[95]. En este sentido, la compraventa de empresa sería uno de aquellos actos de comercio atípicos de los que habla el art. 2 CdC. La cuestión entonces radicará en establecer que normativa en defecto de pacto regirá a la compraventa de empresa.

Si volvemos al sistema de fuentes, a falta de legislación mercantil, deberemos acudir a los usos de comercio, en otras palabras, la costumbre mercantil. Sobre este expediente, cierto autor[96] indica que, seguramente, lo que más se acerque a una costumbre en esta materia sea la llamada *Due Dilegence,* por lo habitual que suele ser la presencia de este tipo de auditorías sobre las empresas objeto de adquisición. No obstante, el problema radicaría en determinar si cumple con los requisitos de repetición y *opinio iuris,* para poder ser exigida como estándar de diligencia a los empresarios que llevan a cabo este tipo de operaciones. Al final, concluye que dada la multiplicidad de escenarios que presenta esta materia, su exigibilidad dependerá del sector y las propias características de la empresa/empresario, ya que no se podría considerar con carácter general a cualquier operador mercantil[97].

Todo esto nos lleva a la paradoja de que, a pesar de entender a la compraventa de empresa como mercantil, sus remedios vendrán dados por el Derecho común, a falta de normativa específica y costumbre verdaderamente contrastada. Sin embargo, esto no debe ser extraño, ya que el Derecho Mercantil, a fin de cuentas, no es más que el hijo el Derecho Civil, dado el éxito del contrato de sociedad.

95 Por todos, Hernando Cebriá, L.: *El contrato,* cit., pp. 240-241, es mercantil por su objeto y el empresario.

96 Gimeno Ribes, M.: *La protección*, cit., pp. 30-33.

97 Gimeno Ribes, M.: *La protección*, cit., p. 32.

3. Remedios a la inadecuación del objeto.

Las soluciones que nos encontramos en el Derecho Civil patrio para las contingencias que puedan acaecer en el contrato de compraventa de empresa se pueden dividir en dos grupos. Los remedios generales, que derivan de la normativa contractual general, y los específicos del contrato de compraventa. Los primeros serían el incumplimiento contractual, la anulabilidad por vicio en el consentimiento y la construcción de la *culpa in contrahendo.* Los segundos, el saneamiento por vicios ocultos y por evicción.

A) El saneamiento por evicción.

El saneamiento por evicción (art. 1474 y ss. CC) es, junto con el saneamiento por vicios ocultos, dos de las obligaciones más características del vendedor en la compraventa, sin contar con la principal, la entrega de la cosa.

Esta obligación se corresponde con la responsabilidad del vendedor que cubre al comprador por la pérdida de la cosa vendida en juicio en favor de un tercero con mejor título. Dicho de otro modo, en el supuesto de que, una vez culminada la venta, la totalidad de la cosa vendida o parte de ella sea reclamada por un tercero (por ejemplo, vía acción reivindicatoria), porque resulta que es el verdadero propietario y causa de ello el comprador se vea privada de ella, éste último podrá solicitar una indemnización al vendedor.

La circunstancia de que una situación de este tipo se pueda dar en la compraventa de empresa es muy poco probable, sobre todo en el caso de la evicción total. Sin embargo, es común que en los contratos de compraventa de empresa se haga referencia a ella, estableciendo las cuantías a pagar en el supuesto de pérdida de los activos entregados. De hecho, lo normal es que se derogue el régimen dispositivo del Código Civil (es posible modular esta obligación, hasta el punto se suprimirla, siempre que se mantenga la responsabilidad por dolo, art. 1.475 y 1.476 CC) y las partes establezcan unos mínimos sobre los que ya se podría reclamar al vendedor y unos máximos que, en caso de ser superados, implicarían la rescisión del contrato. A modo de acciones estimatorias y redhibitorias, como en el régimen de vicios ocultos. Siempre con la mira puesta en la conservación del contrato, pues no suele ser práctica la resolución del mismo, salvo circunstancias muy graves. Por lo que, es mejor una reducción del precio en el sentido de la acción estimatoria o *quanti minoris*.

Pero, ¿cuál es la razón por la que las partes derogan el régimen dispositivo contenido en el Código Civil? Pues debido a que, algunos de estos remedios, presentan ciertas inconsistencias fruto del paso del tiempo que hace que no se acomoden bien a operaciones mucho más sofisticadas distintas de aquellas ventas

para las que fueron pensados. Aunque a veces, simplemente se debe al esfuerzo hermenéutico que hay que llevar a cabo para trasladar los enunciados abstractos que contiene el Código Civil a la realidad moderna.

Una de las dificultades puede partir simplemente del art. 1478 CC, que contiene una serie de reglas para determinar la indemnización a pagar en caso de despojo judicial de la cosa vendida. Será mucho mejor regular la situación *ex ante,* que tener luego que determinar cuál era el valor de la cosa al momento de la evicción y pedir los frutos si se había condenado a entregarlos. Entendemos, que con frutos se referirá a los beneficios, de modo que, si ya se habían repartido, el comprador también se habría visto obligado a dárselos al tercero y, por tanto, es legítima su reclamación al vendedor.

Otro de los problemas, puede ser la interpretación del art. 1532 CC, cuyo enunciado es el siguiente: "El que venda alzadamente o en globo la totalidad de ciertos derechos, rentas o productos, cumplirá con responder de la legitimidad del todo en general; pero no estará obligado al saneamiento de cada una de las partes que se componga, salvo en el caso de evicción del todo o de la mayor parte". Esto nos puede llevar a la duda de, si entendemos a la venta de empresa como una venta en globo, dilucidar sobre qué se responde por evicción y sobre qué no. Según la dogmática civil[98], el criterio será principalmente cuantitativo, pero como también apunta cierta doctrina[99], en el ámbito de la empresa el criterio funcional deber ser a todas luces considerado. Por ello, lo lógico será que no solo se responda cuando todo o mayoritariamente todo sea eviccionado, sino también cuando un elemento esencial, así lo sea, como una determinada maquinaria.

En relación con la evicción, también resulta de gran interés el plazo para su ejercicio, asunto que sobre todo será de preocupación para las partes. El régimen legal, establece que el comprador deberá notificar la demanda al vendedor y durante el plazo para contestar a la misma (arts. 1481 y 1482 CC), asimismo, cumplido esto solo habrá responsabilidad cuando recaiga sentencia firme que condene al comprador (art. 1480 CC). Algo que no deja en una posición muy ventajosa al comprador y deseará cambiarlo[100]. De esta forma, las partes podrían pactar que el momento que conste la pertenencia de la cosa a un tercero, se podrá solicitar la indemnización correspondiente, no siendo necesaria la sentencia firme[101]. Al igual, que modificar lo estricto de los plazos.

98 Durán Rivacoba, R.: *Evicción y Saneamiento*, Aranzadi, Cizur Menor, 2002, p. 287.

99 Gimeno Ribes, M.: *La protección*, cit., pp. 72-73.

100 Carrasco Perera, A.: "Manifestaciones y garantías y responsabilidad por incumplimiento", en AA.VV.: *Fusiones y Adquisiciones de Empresas* (coord. J. M. Álvarez Arjona y A. Carrasco Perera), Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2004, p. 284.

101 Durán Rivacoba, R.: *Evicción*, cit., p. 271.

Algún autor ha querido ver en la evicción, no solo el supuesto de venta de cosa ajena o doble venta, sino también el de las prohibiciones de disponer. Concretamente, para el caso del *share deal*, las restricciones a la libre transmisibilidad de las acciones[102]. Es decir, la responsabilidad por evicción también cubriría aquellos supuestos en los que se adquieren acciones bajo restricciones a la libre transmisibilidad desconociéndolo el comprador. Desde nuestro punto de vista, al igual que parte de la doctrina[103], consideramos que la situación deberá resolverse con apoyo en la nulidad del negocio, como describiré en el punto correspondiente, dado que como explica la doctrina a la que me adhiero, la situación que se crearía, indudablemente, sería un tanto extraña.

Para terminar, conviene hacer referencia al caso de la evicción jurídica o vicios jurídicos, pues en la doctrina no queda claro si es un caso de responsabilidad por evicción o saneamiento por vicios ocultos (art. 1483 CC). No obstante, lo incluiré en el supuesto de la responsabilidad por evicción, habida cuenta de su gran parecido. A saber, en este caso no se queda uno privado de la propiedad, pero tal vez se limitan tanto sus derechos en relación con la cosa (un usufructo, por ejemplo) que el resultado es bien parecido. Sus consecuencias también se parecen, pues el supuesto que contempla es similar al art. 1479 CC, es decir, si se produce una privación sustancial que desmerezca la cosa en gran medida que de saberlo no se hubiera contratado, cabrá la rescisión o, alternativamente, una indemnización de daños y perjuicios (en este caso, en lugar de producirse un despojo gran parte, lo que sucede es el descubrimiento de una carga, como puede ser un usufructo o una hipoteca).

El plazo para interponer demanda (solicitando rescisión o indemnización) será de un año desde el otorgamiento de la escritura pública, y transcurrido el año solo cabe la indemnización de daños y perjuicios contando un año desde el descubrimiento de la carga.

Sobre los problemas que presenta, dada la redacción del precepto parece que solo es posible aplicarlo a bienes inmuebles, por lo que el comprador quedaría desprotegido frente a cualquier hipoteca mobiliaria o prenda con o sin desplazamiento que pudiera recaer sobre un objeto de la empresa.

Además, al incardinarse sistemáticamente dentro de la evicción, le es igualmente aplicable el art. 1532 CC con los problemas que presenta de interpretación. De esta forma, habría que calcular si el bien afectado representa la "mayor parte" desde un punto de vista funcional o cuantitativo, para que le sea aplicable.

102 Carrasco Perera, A.: "Manifestaciones", cit. p. 284.

103 Gimeno Ribes, M.: *La protección*, cit., p. 74, cita la STS 27 enero 1988 (RJ 353, 1988)

B) El saneamiento por vicios ocultos.

El siguiente de los remedios especiales que presenta la compraventa es el saneamiento por vicios ocultos, el cual a su vez es otra de las obligaciones que tiene el vendedor hacia el comprador (arts. 1484 y ss. CC).

En este caso, el vendedor no garantiza la posesión legal y pacífica de la cosa, sino que responde ante vicios graves y preexistentes que tuviera la misma en el momento de entrega. Asimismo, las soluciones que incluye el régimen legal de saneamiento por vicios ocultos son mucho más satisfactorias para los intereses del comprador, dado que presenta dos alternativas (a elección del comprador), la acción estimatoria o *quanti minoris* de reducción del precio y la acción redhibitoria de carácter rescisorio, que se suele reservar para aquellos vicios que provoquen la inhabilidad de la cosa, es decir, que completamente la desnaturalicen para el fin que se destina.

Hasta aquí todo correcto, el problema llega principalmente con lo breve de los plazos para interponerlas, los cuales no se ajustan para nada a la realidad del contrato que tenemos delante. A saber, se trata de un plazo de caducidad de seis meses, y el *dies a quo* comienza desde el momento de entrega de la cosa (art. 1490 CC). Lo cual, dificulta enormemente su aplicabilidad práctica[104].

Algunas de las otras complicaciones que presenta, se refieren más a los propios requisitos que exige su aplicación. La primera es la posible condición de perito del comprador, me explico. El art. 1484 CC excluye expresamente los vicios ocultos que un perito (aunque no estén a la vista) "*debió fácilmente conocerlos*". Por tanto, no es nada descabellado que el comprador, en un contrato de estas características, sea un avezado empresario, que conozca el sector y el mundo de la empresa en general, y, por consiguiente, difícilmente podremos afirmar que ciertas contingencias le han pasado inadvertidas. Del mismo modo, la cuestión se puede complicar si introducimos en la ecuación una más que probable *Due Diligence,* puesto que de alguna forma su realización aumentará la diligencia que podemos esperar del comprador. Aquí, en definitiva, deberemos estar al caso concreto para determinar cuál es el estándar de diligencia exigible al comprador. Nuestro

104 Este el principal motivo, por el cual es común en la práctica el recurso a la acción de resolución contractual del *aliud pro alio,* que en no pocas ocasiones ha sido admitida por el Supremo como sustituta de la acción redhibitoria, en aquellos escenarios en los cuales ya no se podía interponer por el transcurso del tiempo. El ejemplo paradigmático lo encontramos en la STS 30 junio 2000 (RJ 6747, 2000), sobre Industrias Tauro S.A., ya que, en la compraventa instrumentada mediante un *share deal*, no se transmitió la licencia administrativa. En resumen, el Alto Tribunal acogió la pretensión del *aliud pro alio,* dado que el paso del tiempo no hubiese permitido estimar la acción edilicia correspondiente. La doctrina del *aliud pro alio* como solución a las inadecuaciones del objeto ha sido severamente criticada por un sector de la doctrina, como De Verda y Beamonte, J. R.: "Incumplimiento contractual. Venta por el Estado de la totalidad de las acciones de Industrias Tauro, S.A.", *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 54, 2000., pp. 1343-1358, quién asegura que no es posible acudir a tal remedio en los casos de compraventa de cosas específicas, sino solo en las genéricas, como explicaré más delante.

derecho patrio no parte del principio *caveat emptor* y, en consecuencia, siempre hay que determinar hasta qué punto el vendedor se encontraba con la obligación de informar, pero también en qué medida el comprador debía auto informarse.

La segunda complicación se refiere a la preexistencia del vicio, debido a que, en ocasiones, podrá ser complicado determinar si el vicio surgió con anterioridad o una vez ya había sido entregada la cosa al comprador. La tercera, la gravedad, con esto me refiero a que el vicio deberá afectar al uso al que se destina la cosa, "si la hacen impropia para el uso al que se la destina, o si disminuyen de tal modo este uso que, de haberlos conocido el comprador, no la habría adquirido o habría dado menos precio por ella". Por ello, se habrá de determinar cuál era el uso que debía tener la empresa, en este supuesto, se acudirá a lo pactado entre partes. Sin embargo, en defecto de pacto, deberemos servirnos del "uso general", lo cual puede plantear mayores problemas interpretativos. Por ejemplo, se puede plantear si la circunstancia de que la empresa no produzca un determinado nivel de beneficios es causa suficiente para entender que adolece de un vicio. Así, si está pactado no habría problema, pero en su defecto puede ser algo muy complicado de determinar.

Todas estas razones, son las que provocan que, al final, las partes prefieran regular por ellas mismas las consecuencias a las diferentes contingencias que pueden acaecer en el contrato[105]. Habida cuenta que es perfectamente posible, pues, al igual que el saneamiento por evicción, se trata de una materia disponible para las partes (art. 1485 CC). Eso sí, la responsabilidad por dolo nunca se podrá pactar en contrario. De todos modos, las partes suelen establecer un régimen muy parecido al de las acciones edilicias, recurriendo con carácter general a diversas indemnizaciones que funcionan como rebajas del precio, dejando solo para los supuestos más graves de vicios ocultos o práctica evicción de lo entregado las acciones rescisorias del contrato.

Para terminar, me gustaría señalar en sede de vicios ocultos lo siguiente: Cuando hablamos de defectos de la cosa vendida debemos ir con cuidado, porque sin quererlo nos podemos introducir en materia de Derecho Penal sin que sea ese el objeto del trabajo. Digo esto, puesto que, si el vendedor manifiesta conscientemente auténticas falsedades sobre las condiciones de la empresa, prometiendo cualidades que se alejan de la realidad, con el objeto de obtener un desplazamiento patrimonial a su favor, estaríamos ante un clásico ejemplo de estafa (si bien, claro está, deberíamos analizar su encaje en la figura típica, como

105 Probablemente, el verdadero problema con el que nos encontramos es una profunda desactualización de las normas sobre saneamiento por vicios ocultos en la compraventa, al menos, en lo que a plazos se refiere. Pues, parece ser, que el legislador decimonónico estaba pensando, obviamente, en animales y ganados cuando elaboró las mencionadas normas y no advertía la revolución industrial y comercial que estaba a la vuelta de la esquina. Prueba de ello, son los numerosos artículos que se dedican a la adquisición de animales en sede de contrato de compraventa.

es el "engaño bastante", art. 248 CP). Y, es más, si las falsedades, se incluyen en un documento público, como puede ser la escritura. Nos encontraríamos también ante una falsedad en documento público. Que se resolvería mediante la aplicación de las reglas concursales propias del Derecho Penal. Probablemente, un concurso medial, siendo la falsedad el medio para poder culminar la estafa (art. 77.1 CP).

C) El incumplimiento contractual.

Vistos los remedios específicos de la compraventa, interesa ahora referirnos a los remedios generales del derecho de contratos.

Para empezar, nos tenemos que referir al caso del incumplimiento contractual. Sobre el incumplimiento contractual, lo primero que hay que señalar es que concurre en los supuestos de falta absoluta de entrega o de entrega parcial, es decir, incumplimiento total o defectuoso. Y, por supuesto, se puede dar, a diferencia de las otras contingencias, tanto en la figura del vendedor como en la figura del comprador.

La consecuencia en caso de verificarse es clara, el vendedor o el comprador serán obligados a la entrega de la cosa o al pago de precio respectivamente, o bien se llevará a cabo la resolución del contrato por incumplimiento con la restitución de las recíprocas prestaciones (art. 1124 CC).

No obstante, para el caso de la compraventa de empresa, la configuración del incumplimiento contractual alcanza caracteres mucho más complejos. Mientras en los supuestos clásicos de incumplimiento que ya hemos descrito no habría duda sobre su funcionamiento, la cuestión se dificulta si introducimos la doctrina del *aliud pro alio.* La mencionada doctrina ha surgido principalmente por la imposibilidad práctica de aplicar en muchas ocasiones las acciones edilicias, por los brevísimos plazos que presentan. Adquiriendo mucha popularidad durante los casos de las viviendas con aluminosis[106]. Pues bien, la doctrina consiste básicamente en defender la existencia de incumplimiento contractual cuando el bien adquirido presenta defectos tan graves que lo hacen inservible para su uso, es decir, inhabilidad del objeto (muy similar al supuesto del vicio oculto). Dicho esto, hay que constatar el éxito de la misma, que ha servido incluso en el ámbito de la compraventa de empresa para indemnizar algunas inadecuaciones del objeto (véase, la STS 30 junio 2000, caso Tauro S.A.). Aunque también, por lo argumentos expuestos al principio del epígrafe, cierta jurisprudencia no ha considerado los bienes afectados como objeto del contrato de compraventa, ya que entendían que el objeto eran las acciones y, por consiguiente, desestimaron la pretensión.

106 Véase, STS 1 diciembre 1997 (RJ 7282, 1997) y STS 17 octubre 2005 (RJ 6226, 2005), entre otras.

De todos modos, un sector de la doctrina ha considerado que la aplicación del *aliud pro alio*, a la compraventa de cosas específicas como es la empresa, es de todo punto incorrecto[107]. El principal argumento que señalan es que, mientras "las cualidades o la calidad tienen en la venta de cosa específica virtualidad caracterizadora […], en el supuesto de venta de cosa genérica, se constata una virtualidad individualizadora"[108]. En resumen, sus argumentos son que en el supuesto de entrega de cosa específica nunca podrá haber incumplimiento si se entrega la cosa pactada, la cual es única en el mundo, aunque tenga algunos defectos. En cambio, en la entrega de cosa genérica, la única forma de acreditar el cumplimento es que las cosas entregadas tengan la cantidad y cualidad pactadas, por lo que, si hay un defecto en la calidad si podremos hablar de incumplimiento contractual. De esta forma, los defectos que contengan las cosas específicas deberán ser remediados vía acciones edilicias. Cierto autor, añade más argumentos como puede ser la poco recomendable reversión del contrato en operaciones de estas características[109].

Por todo ello, en defecto de pacto, ante la inadecuación del objeto, la alternativa que más puede satisfacer el interés del comprador es la denominada responsabilidad por culpa *in contrahendo*. Pues las acciones edilicias presentan graves problemas de aplicación y la doctrina del *aliud pro alio*, en realidad, no resulta completamente adecuada al supuesto en cuestión.

D) La culpa in contrahendo.

La culpa *in contrahendo* no se encuentra expresamente recogida en nuestro derecho civil, pero está plenamente admitida por construcción jurisprudencial y doctrinal. Su reconocimiento supone otorgarle un gran valor a la fase de formación del contrato, pues implica establecer supuestos de responsabilidad precontractual derivada del incumplimiento del deber de buena fe, al manifestar inexactitudes sobre el objeto de adquisición.

Así, la principal complicación que presenta consiste en determinar su naturaleza jurídica. Es decir, incardinarla en el ámbito de la responsabilidad extracontractual (pues el contrato aún no se ha celebrado en el momento que surge) o en la responsabilidad contractual (si consideramos que queda embebida en el mismo cuando se firma, derivado mayormente de la interpretación que podemos hacer del art. 1258 CC).

107 Encabezada por De Verda y Beamonte, J. R.: "Incumplimiento", cit., también le siguen otros como Gimeno Ribes, M.: *La protección*, cit., pp. 100-116.

108 Gimeno Ribes, M.: *La protección*, cit., p. 103.

109 Gimeno Ribes, M.: *La protección*, cit., p. 108.

Las consecuencias son muy diversas si optamos por una postura u otra. Como ya he señalado en el punto de los tratos preliminares, la responsabilidad extracontractual tiene un plazo más corto de tan solo un año, contado desde el momento de acaecimiento de la contingencia y, además, tiene la dificultad de la carga de la prueba (habrá que determinar el nexo de causalidad entre el daño y la conducta del omitente, y, al menos, la culpa o la mala fe). Aunque tiene la ventaja que la indemnización no está acotada, y permite imputar todos los daños que se consigan probar. Por el contrario, la responsabilidad contractual, presenta un plazo más largo de cinco años desde la celebración del contrato (art. 1964 CC) y tenemos la ventaja de que la culpa del deudor se presume, por lo que el comprador se encontraría en una posición más cómoda. Eso sí, si la omisión es solo causa de la negligencia del vendedor, solo se podrán imputar los "daños previstos o que se hayan podido prever al tiempo de constituirse la obligación y que sean consecuencia necesaria de su falta de cumplimiento". Sin embargo, "en caso de dolo responderá el deudor de todos los que conocidamente se deriven de la falta de cumplimiento" (art. 1107 CC).

Por todo ello, y a pesar de la limitación de la cuantía en la culpa contractual, considero mucho más ventajoso para el comprador que la culpa *in contrahendo* se pueda incluir en el ámbito de la responsabilidad contractual. La doctrina mayoritaria tradicionalmente siempre se ha decantado por la responsabilidad extracontractual. No obstante, recientemente se han alzado algunas voces críticas sobre su carácter extracontractual, basándose sus argumentaciones generalmente en el art. 1258 CC[110]. De todos modos, desde mi opinión, considero más equilibrada la postura (a la que me adhiero) que adopta una posición intermedia, y afirma que mientras no haya contrato perfeccionado la responsabilidad será de carácter extracontractual, y en el momento en que este se firme se convertirá en contractual por aplicación del art. 1258 CC[111]. En otras palabras, al celebrar el contrato entre otras razones por las descripciones vertidas sobre el objeto mismo, la fase precontractual quedaría embebida en la fase contractual por aplicación del art. 1258 CC.

Obviamente, para que pueda estimarse la culpa *in contrahendo* y reclamar una indemnización resarcitoria, deberán quedar afectados los elementos esenciales del contrato[112]. Es decir, cuando esa falta de *information discloure* afecte al consentimiento u al objeto el contrato, podremos entender que hay un daño que ha de ser reparado.

Para terminar, que la culpa *in contrahendo,* pueda adecuarse mejor al supuesto de la compraventa de empresa, no quiere decir que sea la panacea, ya que en el

110 Gimeno Ribes, M.: *La protección*, cit., pp. 126-134.

111 Díez-Picazo y Ponce de León, L.: *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, 4ª ed., Cizur Menor, Aranzadi, 1993, p. 191.

112 Gimeno Ribes, M.: *La protección*, cit., 135.

derecho español si bien el vendedor debe informar al comprador sobre el objeto del contrato (no rige el principio *caveat emptor*), el comprador también debe ser diligente, y más cuando sea un empresario experto en el sector de que se trate. Por ello, muchas veces el recurso a unas Manifestaciones y Garantías, es la mejor forma de protegerse ante unas contingencias que eventualmente puedan ocurrir.

E) La anulabilidad por vicio en el consentimiento.

En relación con la culpa *in contrahendo*, no podemos obviar el recurso a la anulabilidad del contrato por vicio en el consentimiento, acción que es perfectamente compatible con la anterior[113]. Puesto que, en esencia, se fundamentan en prácticamente lo mismo, una falta de información que, en el caso del vicio en el consentimiento, lo ha viciado y ya no es legítimo para poder obligar a la parte que lo ha sufrido (art. 1300 CC).

Dadas las características del actual trabajo, no es momento para describir exhaustivamente los requisitos y la configuración legal de la anulabilidad por vicio en el consentimiento. En resumidas cuentas, sus presupuestos son el error (que ha de ser esencial y excusable), la violencia/intimidación o el dolo ("palabras o maquinaciones insidiosas", art. 1269 CC). De todas formas, el recurso a la anulabilidad debe ser subsidiario, pues solo en aquellos casos más graves convendrá su aplicación, habida cuenta que la consecuencia directa será la anulación del contrato.

Finalmente, señalaría que debemos tener en mente la misma cautela que con la culpa *in contrahendo* sobre la diligencia debida. En definitiva, será muy casuístico determinar en cada escenario quién era el que debía informar o percatarse del problema que presentaba la empresa objeto de adquisición.

IV. CONDICIONES DEL CONTRATO DE COMPRAVENTA.

Expuesto todo lo anterior, queda patente que una de las mejores formas que tenemos en nuestro ordenamiento jurídico para garantizar la satisfacción de ambas partes en este tipo de contratos es el recurso a la libertad de pactos. Así, estableceremos como si de un traje a medida se tratase las condiciones que más nos convengan en función de nuestros intereses y necesidades.

Partiendo del enunciado planteado, y desde el punto de vista del comprador, podemos observar que los problemas que se han detectado difícilmente podrán ser solucionados mediante los remedios a la inadecuación del objeto legales. Principalmente, porque ya han sido detectados y el comprador no podrá alegar su

113 Gimeno Ribes, M.: *La protección*, cit., p. 136.

desconocimiento. Pero, al mismo tiempo, el comprador puede estar preocupado por las posibles contingencias que puedan acaecer en el futuro y desconoce.

En este sentido, con el objeto de protegernos frente a un escenario adverso, una actitud negligente de la otra parte o, simplemente, minimizar el impacto de las contingencias que ya han sido detectadas, nos podemos servir de diferentes pactos y manifestaciones. Evidentemente, si finalmente el comprador decide seguir adelante con la compra.

Las cláusulas de mayor trascendencia son las denominadas Manifestaciones y Garantías, pues permiten derogar los remedios legales para el tratamiento de las diferentes inadecuaciones del objeto, y establecer indemnizaciones que los sustituyan[114].

Igualmente, existen otras condiciones que permiten regular de forma precisa las obligaciones y derechos de las partes. Tales pactos, serán analizados en función de si tratan de proteger el buen fin de la operación *ex ante*, o regular su desarrollo *ex post*.

1. Manifestaciones y Garantías.

Las llamadas Manifestaciones y Garantías, son una serie de declaraciones que lleva a cabo el vendedor sobre el estado de la sociedad que es objeto de adquisición, como pueden ser todos los elementos que la componen, su valoración, la titularidad de los mismos, la salud financiera de la empresa, estar en posesión de las licencias necesarias para la actividad empresarial, etc. El objetivo de dichas manifestaciones es derogar el insatisfactorio régimen legal ante la inadecuación del objeto y, en su lugar, establecer qué es lo que las partes esperan de la operación, es decir, determinar con claridad las cualidades del objeto y mostrar que el comprador está interesado en la compra en base a tales descripciones. Por consiguiente, si finalmente, resultan falsas el vendedor deberá indemnizarle en las cuantías que se establezcan como si de un incumplimiento contractual se tratase.

Dicho esto, caben diversas variantes, en función del protagonismo que le queramos dar a la diligencia del comprador. Por ejemplo, se puede establecer que el comprador ha llevado a cabo la *due diligence* y el vendedor no responderá de aquellas contingencias que haya conocido el comprador o, por el contrario, que el vendedor responde sin límite de todas aquellas inexactitudes en que incurra respecto a lo manifestado, ya se conozcan o no. Una postura intermedia, puede ser aquella en que el vendedor responderá de todas las inexactitudes que se detecten,

114 Gómez Pomar, F. y Gili. Saldaña, M. P.: "Las manifestaciones y garantías en los contratos de compraventa de empresas", en AA.VV.: *Manual de Fusiones y Adquisiciones de Empresas* (dir. R. Sebastián Quetglas), Wolters Kluwer, Madrid, 2016.

salvo ciertas cuestiones que se han descubierto previamente por el comprador y a las que se les pondrá remedio de otra forma. De todas formas, también es posible, que dichas contingencias descubiertas se manifiesten expresamente, manteniendo la obligación de resarcir del vendedor, *specific indemnities*[115].

2. Condiciones *ex ante*.

Principalmente estos pactos, consistirán en una serie de condiciones que garanticen que la operación se culmine solo si las circunstancias son las que las partes desean.

En primer lugar, hablaría de lo que podemos llamar el diferimiento entre el *signing* y el *closing.* Este diferimiento consiste en distinguir una fase de firma de un contrato privado entre las partes (*signing*) que ya recoja las obligaciones de las mismas (una vez, que hemos superado la fase precontractual o de tratos preliminares) y una última denominada *closing*. En la cual, las partes se reiteran en las manifestaciones y pactos a los que han llegado, pudiendo claro está modificar alguno de ellos, y firman la escritura pública de compraventa con el objeto de trasmitir finalmente los activos o títulos valores, así como llevar a cabo la entrega del precio[116].

Algunos de los pactos a los que pueden llegar las partes en el *signing* son los siguientes: Por ejemplo, una condición suspensiva denominada *long stop date,* generalmente ligada a la financiación de la operación, puesto que, si no se consigue, o no se consiguen otros condicionantes que se requieran antes de determinada fecha, la operación se cancelará y no habrá *closing.* Alguna de las otras condiciones suspensivas[117] a las que las partes pueden llegar, son las que se refieren a la obtención de una determinada autorización, como puede ser de la CNMV por control de concentraciones, o de los mismos órganos de la sociedad (véase el art. 160.f) LSC que analizaré en los aspectos societarios).

También es posible establecer determinadas condiciones en relación con la actitud de la otra sociedad. Me explico, en este caso existe un incumplimiento contractual que preocupa a nuestra sociedad, por tanto, se podría condicionar la operación a que el vendedor resuelva y liquide sus relaciones contractuales con el distribuidor. Otra condición podría ser que, si los socios de la vendedora no transmiten todas sus acciones, la venta no se llevará a cabo.

115 Tortuero Ortiz, J.: "El contrato", cit., p. 366.

116 Por todos, Gimeno Beviá, V.: *Las condiciones en el contrato de compraventa de empresa*, Thomson Reuters Aranzadi, 1ª ed., Cizur Menor, 2016, p. 330 y ss.

117 Sobre las condiciones suspensivas, Gimeno Beviá, V.: *Las condiciones*, cit., p. 306 y ss.

Para promover la buena fe en el desarrollo de la operación, algún pacto podría estar relacionado con la obligación de la parte vendedora de mantener el *ordinary course of business*, y que se abstengan de realizar actos que puedan poner en peligro la estabilidad financiera de la empresa. Incluso, llegar a someter a la autorización de la compradora determinadas operaciones durante el proceso. Igualmente, es común establecer una claúsula genérica en la que las partes declaren que harán todos sus esfuerzos para que la operación llegue a buen puerto.

Para terminar este apartado, presentan gran utilidad las llamadas "cláusulas MAC" *(material adverse change),* estos pactos permiten a las partes desligarse del contrato si las circunstancias cambian y resultan muy adversas, pensemos en una crisis económica o una sorpresiva bajada de cotización de las acciones. Por consiguiente, su redacción deberá ser muy precisa y solo se admitirán los escenarios que expresamente se pacten. Su aplicación supondrá la exclusión de la regla *rebus sic standibus*[118].

3. Condiciones *ex post*.

Mientras las condiciones *ex ante* vendrían a garantizar un escenario favorable a lo largo de la operación, las cláusulas *ex post* tendrían como finalidad asegurar que la operación resulta satisfactoria una vez se ha culminado. Si bien, estos pactos se recogerán en el contrato y para nada se estipularán después de celebrado el mismo.

Lo primero que tenemos que pensar es que muchas de estas condiciones están relacionadas con la aplicación práctica de las Manifestaciones y Garantías, a saber, vendrían a reglamentar cómo se procede en el supuesto de verificarse una imprecisión con lo afirmado por el vendedor.

Como ya he comentado, la resolución del contrato no suele ser conveniente en estos negocios, pero también se prevé en qué circunstancias extremas se habilitaría su recurso. Alguno de estos casos puede corresponderse con el alcance de una determinada cuantía máxima de daños que aconseje la resolución, o determinados activos que se consideren de una esencialidad absoluta para el negocio.

En cuanto a las reclamaciones ante el incumplimiento de las manifestaciones, es relativamente común, establecer determinados topes y mínimos. Por ejemplo, tendríamos los *minimis,* a saber, si no se alcanza determinada cuantía no se puede considerar indemnizable. Asimismo, el *basket,* el cual implicaría tener que reunir una serie de cuantías indemnizables hasta alcanzar otro techo para poder reclamar

118 Así lo afirma Gimeno Beviá, V.: *Las condiciones*, cit., p. 231.

efectivamente. De la misma forma, lo contrario sería un *cap*, que funcionaría como una cuantía máxima a indemnizar por el vendedor, a partir de la cual ya no responde[119].

Para reclamar, también se deben establecer los plazos de ejercicio, en este sentido, con el objeto mejorar algunas deficiencias legales se puede modificar el *dies a quo* legal, además del plazo en sentido estricto. Por tanto, en el caso de reclamaciones que se asemejen a un saneamiento por vicios ocultos, se puede estipular que será posible reclamar al año de su descubrimiento. De todos modos, es habitual determinar plazos similares a los legales de los distintos ámbitos, como puede ser en materia laboral o fiscal.

A mayor abundamiento, no solo es interesante regular las anteriores cuestiones sobre las reclamaciones, sino otras como el procedimiento a seguir. Respecto a esto, lo ideal es que la parte afectada deba comunicar a la otra en el plazo de ejercicio el acaecimiento de la contingencia en cuestión, momento a partir del cual podrán llegar a un acuerdo, siguiendo como guía las cuantías que seguramente ya han pactado. Si se frustra la negociación, la parte afectada siempre podrá acudir a la jurisdicción para reclamar el incumplimiento contractual, siempre que no se hubiera previsto un sistema alternativo de resolución de conflictos.

Para terminar el tratamiento de las reclamaciones, no hay que olvidar la esfera tributaria de las mismas. En consecuencia, muchas veces se tiene la cautela de introducir una claúsula *gross-up*[120]. Este tipo de cláusulas protege al comprador del impacto fiscal de las indemnizaciones que reciben si se abonan al año de la celebración del contrato, porque si esto ocurre tendrían la consideración de ingresos y no de reducciones del precio.

En este apartado también voy a hacer referencia a las cláusulas sobre determinación del precio, sobre las que ya hice algunos apuntes, pero que interesan en este punto especialmente porque nos pueden servir para solucionar los problemas que se han detectado. Por ejemplo, si preocupa la consistencia financiera de la empresa a adquirir, el precio se puede aplazar e introducir al mismo tiempo una claúsula *earn-out* sobre el mismo. De esta forma, será posible ajustar las cuotas a la rentabilidad futura del negocio, las cuales se irán pagando mediante transferencias periódicas.

Del mismo modo, en el caso de la posible reclamación a la que se puede ver abocada la empresa por incumplimiento del contrato de distribución o el pago de las indemnizaciones por despido improcedente a los trabajadores, la solución

119 Tortuero Ortiz, J.: "El contrato", cit., p. 367.

120 Tortuero Ortiz, J.: "El contrato", cit., p. 368.

puede venir dada por el recurso al *escrow account*[121]. El denominado *escrow* es un método muy utilizado que consiste en la apertura de un depósito bancario para sufragar las diversas contingencias que pueden surgir tras la celebración del contrato. Así, su funcionamiento puede ser el siguiente: el pago del precio de divide en dos partes, una de ellas se llevará a cabo mediante las transferencias periódicas que he comentado y la otra a través de un depósito bancario. En consecuencia, el depósito cubre la función de satisfacer al vendedor, pero a la vez permite ser utilizado para sufragar las diversas indemnizaciones a las que tenga que hacer frente el comprador o los incumplimientos de las manifestaciones y garantías en los que en el futuro pueda incurrir el vendedor. Por tanto, la reducción de precio se articularía sobre dicho depósito.

Aparte del *escrow,* existen otras formas de garantizar las obligaciones como puede ser la clásica hipoteca o el más útil aval a primer requerimiento. El aval presenta una gran ventaja para el comprador, puesto que comunicado al banco el incumplimiento del avalado, el primero recibe la compensación, sin más requisitos. Habida cuenta de la multitud de reclamaciones que se pueden dar, dicho aval permitiría ser ejecutado las veces que hiciese falta hasta alcanzar la cuantía máxima garantizada.

Para terminar, la cláusula de no competencia postcontractual suele ser una forma usual de asegurar el valor del negocio, al impedir que los vendedores puedan dedicarse a la misma actividad durante un período de tiempo concreto. No obstante, es preciso respetar determinados límites cuando se redacten, que tienen que ver con aspectos objetivos, geográficos y temporales[122].

-Objetivos: el pacto deberá circunscribirse al tipo de actividad que desarrolla la empresa, es decir, los mismo servicios o productos, o aquellos que estaba desarrollando. Por lo que, no se les podrá impedir llevar a cabo otro tipo de actividad comercial.

-Geográficos: la prohibición de competencia no podrá ir más allá del territorio en el cual la empresa desarrollaba su actividad, no es posible afectar un espacio más amplio del de operaciones de la sociedad.

-Temporal: el pacto de competencia será, en principio, de un máximo de dos años, salvo que se transfieran, además del fondo de comercio, los conocimientos técnicos (*know-how).* En cuyo caso, será de un máximo de tres años.

121 Gimeno Beviá, V.: *Las condiciones,* cit., p. 139, y Tortuero Ortiz, J.: "El contrato", cit., p. 370.

122 Tortuero Ortiz, J.: "El contrato", cit., p. 374.

Eso sí, la no competencia postcontractual no puede impedir poseer participaciones en terceros competidores, siempre y cuando no se ejerza una considerable influencia.

BIBLIOGRAFÍA

Alfaro Águila-Real, J.: "Cuando compras las acciones de una sociedad titular de un hotel porque quieres comprar el hotel, ten cuidado, porque estás comprando papeles no un hotel", en: http://derechomercantilespana.blogspot.com/2010/02.

Boldó Roda, C.: *Levantamiento del velo y persona jurídica en el Derecho Privado Español,* 4ªed., Aranzadi, Pamplona, 2006.

Broseta Pont, M. y Martínez Sanz, F.: "Acciones y participaciones sociales: Derechos de los socios y documentación", en Broseta Pont, M. y Martínez Sanz, F.: *Manual de Derecho Mercantil*, vol.1, 21ª ed., Tecnos, Madrid, 2014.

Capilla Casco, A.: "Los tratos preliminares, cartas de intenciones, ofertas vinculantes y no vinculantes. Su problemática contenciosa", en AA.VV.: *Manual de Fusiones y Adquisiciones de Empresas* (dir. R. Sebastián Quetglas), Wolters Kluwer, Madrid, 2016.

Carrasco Perera, Á.:

- "Las cartas de intenciones", en AA.VV.: *Fusiones y Adquisiciones de Empresas* (coord. J. M. Álvarez Arjona y Á. Carrasco Perera), Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2004.

- "Manifestaciones y garantías y responsabilidad por incumplimiento", en AA.VV.: *Fusiones y Adquisiciones de Empresas* (coord. J. M. Álvarez Arjona y A. Carrasco Perera), Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2004.

De Castro y Bravo, F.: *El negocio jurídico*, Civitas, Madrid, 1985.

De La Cámara Álvarez, M.: "La venta de la empresa mercantil principales problemas que plantea", *AAMN*, núm. 24, 1985.

De Verda y Beamonte, J. R.: "Incumplimiento contractual. Venta por el Estado de la totalidad de las acciones de Industrias Tauro, S.A.", *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 54, 2000.

Díez-Picazo y Ponce de León, L.:

- "El concepto de causa en el negocio jurídico", *ADC*, núm. 16-1, 1963.

- *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, 4ª ed., Cizur Menor, Aranzadi, 1993.

Durán Rivacoba, R.: *Evicción y Saneamiento,* Aranzadi, Cizur Menor, 2002.

Fernández del Pozo, L.: "Las operaciones sobre 'activos esenciales': Artículos 160.f) y 511 bis de la Ley de Sociedades de Capital", en AA.VV.: *Manual de Fusiones y Adquisiciones de Empresas* (dir. R. Sebastián Quetglas), Wolters Kluwer, Madrid, 2016.

Font Ribas, A.: "Personalitat jurídica i organització de l'empresa (Assaig d'una proposta de política legislativa)", *Cuadernos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Palma de Mallorca,* núm. 9, 1984.

García Vicente, J. M.: "Sentencia de 21 de diciembre de 2009: Compraventa de acciones y compraventa de empresa: defectos ocultos en el activo principal de la sociedad", *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 84, 2010,

Garrigues y Díaz-Cañabate, J.:

- "Estudios sobre el contrato de compraventa mercantil", *RDM*, núm. 80, 1960.

- *Nuevos hechos, nuevo Derecho de sociedades anónimas,* (reedición de la 1ª edición, ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1933), ed. Civitas, Madrid, 1998.

Gimeno Beviá, V.: *Las condiciones en el contrato de compraventa de empresa*, Thomson Reuters Aranzadi, 1ª ed., Cizur Menor, 2016.

Gili Saldaña, M.: "Compraventa de acciones: causa del contrato y remedios frente al incumplimiento de las manifestaciones y garantías", *InDret: Revista para el Análisis del Derecho*, núm. 2, 2010.

Gómez Pomar, F. y Gili. Saldaña, M.P.: "Las manifestaciones y garantías en los contratos de compraventa de empresas", en AA.VV.: *Manual de Fusiones y Adquisiciones de Empresas* (dir. R. Sebastián Quetglas), Wolters Kluwer, Madrid, 2016.

Gondra Romero, J. M.: "La estructura jurídica de la empresa", *RDM*, núm. 228, (abril-junio), 1998.

Guizzi, G.: "Il concetto di impresa tra diritto comunitario, legge antitrust e códice civile", *Riv. Dir. Comm.*, 1993.

Herrera Martínez, A.: "El contrato de compraventa de activos", en AA.VV.: *Manual de Fusiones y Adquisiciones de Empresas* (dir. R. Sebastián Quetglas), Wolters Kluwer, Madrid, 2016.

Hernando Cebriá, L.: *El contrato de compraventa de empresa,* 1ªed., Tirant, Valencia, 2005.

Martínez Manchuca, P.: "El fenómeno de control o de la dependencia entre las sociedades", *Rds,* núm. 12, 1999.

Paz-Ares Rodríguez, C.: "La cuestión de validez de los pactos parasociales", *Actualidad Jurídica Uría Menéndez,* núm. Extra, 2011.

Peña González, F. y Casals Ovalle, L.: "Objeto y precio en las adquisiciones de empresas", en AA.VV.: *Régimen jurídico de las adquisiciones de empresas*, (dir. J.M. Álvarez Arjona y A. Carrasco Perera), Aranzadi, Pamplona, 2001.

Perdices Huetos, A.: "Asistencia financiera y compra de empresa", en AA.VV.: *Manual de Fusiones y Adquisiciones de Empresas* (dir. R. Sebastián Quetglas), Wolters Kluwer, Madrid, 2016.

Ruiz Peris, J. I.: "Significado de control empresarial en el Derecho español", en *Estudios de Derecho Mercantil en homenaje al profesor Manuel Broseta Pont*, Tomo III, Valencia, 1995.

Satrústegui Menchaca, B.: "Adquisiciones especiales", en AA.VV.: *Régimen jurídico de las adquisiciones de empresas* (dir. Álvarez Arjona, J. M. y Carrasco Perera, Á.), ed. Aranzadi, Pamplona, 2001.

Tortuero Ortiz, J.: "El contrato de compraventa de acciones", en AA.VV.: *Manual de Fusiones y Adquisiciones de Empresas* (dir. R. Sebastián Quetglas), Wolters Kluwer, Madrid, 2016.

Uría, R., Menéndez, A. y Beltrán, E.: *Comentario al régimen legal de las sociedades mercantiles*, Tomo XIV, vol. 4º, Civitas, Madrid, 2007.

Vicent Chuliá, F.: "Delimitación del concepto de compraventa mercantil", *RCDI*, núm. 500, 1974.

ARBITRAJE INSTITUIDO POR DISPOSICIÓN MORTIS CAUSA

MORTIS CAUSA INSTITUTED ARBITRATION

Rev. Boliv. de Derecho Nº 34, julio 2022, ISSN: 2070-8157, pp. 498-533

Brian
BUCHHALTER-
MONTERO

ARTÍCULO RECIBIDO: 25 de mayo de 2022
ARTÍCULO APROBADO: 15 de junio de 2022

RESUMEN: En las siguientes líneas se analizan los principales problemas que se suscitan respecto del art. 10 de la vigente Ley de Arbitraje, que se ocupa del llamado "arbitraje testamentario". El trabajo analiza, pues, los antecedentes históricos de la institución, su fundamento y naturaleza jurídica, para posteriormente ocuparse de los elementos que configuran la norma. Finalmente, se propone de lege ferenda una modificación de la norma a efectos de ampliar su ámbito, tanto objetivo como subjetivo.

PALABRAS CLAVE: Arbitraje; derecho sucesorio; autocomposición; disposición mortis causa; testamento.

ABSTRACT: *The following lines analyze the main problems that arise with respect to Article 10 of the current Arbitration Act, which deals with the so-called "testamentary arbitration". The paper then analyzes the historical background of the institution, its foundations and legal nature, and then deals with the elements that make up the rule. Finally, it proposes a de lege ferenda modification of the rule in order to broaden its scope, both objective and subjective.*

KEY WORDS: *Arbitration; inheritance law; self-composition; disposition mortis causa; will.*

SUMARIO.- I. PLANTEAMIENTO GENERAL DEL OBJETO DE ESTUDIO- II. INTRODUCCIÓN.- III. ANTECEDENTES HISTÓRICOS: 1. Derecho Romano.- 2. Derecho histórico español.- 3. Siglo XIX.- A) LEC 1855. B) LEC 1881.- C) CC 1889-. 4. Siglo XX.- A) Ley de arbitraje de 1953.- B) Ley de arbitraje de 1988.- IV. REGULACIÓN ACTUAL.- 1. Tramitación parlamentaria.- 2. Novedades.- V. FUNDAMENTO.- VI. NATURALEZA JURÍDICA.- 1. La excepcionalidad.- 2. Negocio jurídico unilateral en beneficio de tercero.- VII. DISPOSICIÓN MORTIS CAUSA DE SUMISIÓN A ARBITRAJE.- 1. Elementos subjetivos: capacidad del instituyente.- 2. Objeto del arbitraje.- A) Elementos predominantemente objetivos.- a) "Diferencias".- b) "Distribución de la herencia".- c) "Administración de la herencia".- d) Recapitulación.- B) Elementos predominantemente subjetivos.- a) Herederos no forzosos.- b) Legatarios.- C) Otras cuestiones relativas al objeto del arbitraje: la validez del testamento.- 3. Forma de la disposición de sumisión a arbitraje.- VIII. ESPECIALIDADES DEL PROCEDIMIENTO ARBITRAL SUCESORIO.- 1. Relativas al tribunal arbitral.- A) Relativas a la designación.- B) Relativas a la capacidad para ser árbitro.- C) Distinción de figuras afines.- a) Albacea.- b) Contador partidor.- 2. Relativas al derecho aplicable: ¿equidad?.- IX. CONCLUSIONES.

I. PLANTEAMIENTO GENERAL DEL OBJETO DE ESTUDIO.

Los mecanismos alternativos de resolución de conflictos proliferan velozmente, como lo demuestra la tramitación del Anteproyecto de Ley de Medidas de Eficiencia del Servicio Público de Justicia, cuyo Título I ("Medios adecuados de solución de controversias") está llamado a afectarlos sustancialmente[1]. Pocos sectores del ordenamiento jurídico se muestran ajenos a esta expansión, ni siquiera el derecho sucesorio. Así, sobre la base de la actualidad de tales mecanismos alternativos de resolución de conflictos, este estudio se ocupa de analizar el arbitraje instituido por disposición *mortis causa* [art. 10 de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de arbitraje (LArb, en adelante)], concretando su ámbito de aplicación, previo tratamiento de su fundamento y naturaleza jurídica, para finalmente realizar algunas propuestas *de lege ferenda*.

1 La afectación al arbitraje instituido por disposición *mortis causa* es también patente. De ser aprobado el texto con el tenor literal que actualmente presenta, se plantearán algunos problemas de compatibilidad con el arbitraje instituido por disposición *mortis causa*. Sirva como ejemplo señalar que el art. 1.2 del citado Anteproyecto establece que «(l)as partes son libres para convenir o transigir, a través de estos medios, sobre sus derechos e intereses, siempre que lo acordado no sea contrario a la ley, a la buena fe ni al orden público (…)». La referencia a «las partes» dificulta, como se verá más adelante, el reconocimiento del papel de los sometidos a arbitraje en la institución del mismo.

• Brian Buchhalter-Montero
Máster (LL.M) en Derecho alemán por la Universität Konstanz (en curso) y Máster en Derecho de Familia por la Universidad Internacional de la Rioja (en curso). Graduado en Derecho y Ciencias Políticas por la Universidad de Valencia, España. Premio Extraordinario de Grado (2021) y de la Sociedad Española de Excelencia Académica (2021). Ha sido becario de Colaboración en el Departamento de Derecho Administrativo y Procesal de la Universidad de Valencia. Es autor de diversos artículos publicados en revistas especializadas como la Revista General de Derecho Procesal, la Revista Acta Judicial o la Revista Internacional de Derechos Humanos. Correo electrónico: brianbuchhalter@gmail.com.

II. INTRODUCCIÓN.

La oportunidad y eficacia de los mecanismos alternativos de resolución de conflictos ha sido positivamente valorada en múltiples ocasiones[2]. Estas consideraciones generales son trasladables, *mutatis mutandis*, a la institución particularmente singular de que se ocupa este trabajo. Particularmente singular porque en ella confluyen uno de los instrumentos fundamentales del Derecho sucesorio (el testamento[3]) y, de otra parte, uno de los mecanismos alternativos de resolución de conflictos más popular y reconocido (el arbitraje). De este modo, se "combinan normas de derecho indisponibles con el *ius dispositivum*, la voluntad de un tercero fallecido que instituye el arbitraje con la libertad de los que parecen estar sometidos al pacto arbitral necesario"[4]. La conciliación, sin embargo, entre los correspondientes conjuntos normativos, como señala Verdera Server, "no siempre resulta sencilla o ni tan siquiera posible"[5].

Al margen de la en ocasiones difícil conciliación entre el arbitraje y las sucesiones, el derecho sucesorio no ha sido impermeable a las bondades del arbitraje, que puede evitar tanto los daños económicos que origina la parálisis del haber hereditario[6], como los perjuicios familiares que se derivan de la "lentitud y dramatismo de la resolución judicial"[7], a la par que se respeta la intimidad de los interesados (arts. 24.2 LArb). La doctrina no es unánime, sin embargo, en reconocer tales bondades[8], de suerte que algunos autores han sido notablemente críticos con la institución[9]. A esta parcial censura doctrinal se suma un cierto

2 De manera sucinta se puede señalar que las principales ventajas del arbitraje radican en la flexibilidad, confidencialidad, en la rapidez del procedimiento y en la especialización de los árbitros, como recuerda Verdera Server, R.: *Partición de la herencia y arbitraje*, Bosch, Barcelona, 2017, p. 15.

3 También otros vehículos sucesorios, como se verá más adelante.

4 Merino Merchán, J. F. y Chillón Medina, J. Mª: *Tratado de Derecho arbitral*, Civitas, Madrid, 2014, p. 454.

5 Verdera Server, R.: *Partición,* cit. p. 13.

6 Gomá Lanzón, I.: "El arbitraje en el derecho sucesorio. El arbitraje testamentario.", *El Notario del Siglo XII*, núm. 50º, 2013, p. 2.

7 Gomá Lanzón, I.: "El arbitraje", cit., p. 2. Igualmente, Verdera Server, R.: *Partición,* cit., p. 11. Algunos autores han advertido que los procesos sucesorios son «campos de batallas alternativos» en los que los miembros de una familia ventilan conflictos que van más allá de lo estrictamente sucesorio, lo que dificulta de sobremanera las soluciones amistosas. Ver al respecto, Behme, C.: *Mediations- und Schlichtungsklauseln in letzwilligen Verfügungen,* núm. 76, 2021, p. 396.

8 En favor de la institución se muestran algunos como De Prada Solaesa, M. d. P.: "El arbitraje testamentario" en AA. VV.: *Estudios de derecho privado en homenaje a Juan José Rivas Martinez* (dir. por Pérez–Bustamante De Monasterio), Dykinson, Madrid, 2013, pp. 536 y 537. También lo acepta, aunque «con reservas», Rogel Vide, C.: "Comentario al art. 10" en AA.VV.: *Comentarios a la Ley de Arbitraje* (coord. por Díaz–Bastien, E., Díaz–Bastien & Truan Abogados, Madrid, 2007, p. 67.

9 Verdera Server, R. destaca el sentido común de los instituyentes «que prescinden de una figura que está llamada a plantear más problemas que los que resuelve» [Verdera Server, R.: "Comentario al art. 10" en AA. VV.: *Comentarios a la Ley de Arbitraje* (coord. por Barona Vilar, S.), Civitas, Madrid, 2004, p. 444]. El mismo autor reitera su postura en *Partición*, cit., p. 155, al señalar que «con el actual régimen jurídico [la institución] se encentra lastrada por oscuridades de tal magnitud que la convierten en prácticamente inoperativa». Para otros, el arbitraje testamentario es simplemente «residual», Hidalgo García, S.: "Arbitraje testamentario" en AA.VV.: *Comentarios prácticos a la Ley de Arbitraje* (coord. por Guilarte, V.), Lex Nova, Valladolid, 2004, p. 210. En la tramitación parlamentaria de la Ley de 1988 se propuso la supresión de esta modalidad de arbitraje, como recuerda Rogel Vide, C.: "Comentario", cit., p. 65.

desaire por parte del legislador, que no dedica ni una sola mención a este particular arbitraje en la Exposición de Motivos de la LArb[10], máxime cuando se trata de "un clásico de las leyes de arbitraje"[11].

III. ANTECEDENTES HISTÓRICOS.

El estudio de los antecedentes más remotos de la institución es, complejo[12]. Primero, porque el arbitraje es una institución cuya positivización es relativamente reciente en nuestro derecho[13] y segundo, porque en el marco del derecho sucesorio, otras figuras como el albacea o el contador partidor han desempeñado funciones asimilables a las del árbitro, de modo que el estudio específico del arbitraje instituido por disposición *mortis causa* no se ha presentado como necesario, y por tanto, las referencias antiguas son escasas[14].

1. Derecho Romano.

Los precedentes más remotos de la institución tal como es conocida hoy son difícilmente trazables en el derecho romano[15], aunque los métodos de alternativos de resolución de conflictos parecieron gozar de notable predicamento en el derecho sucesorio del Imperio[16]. Más allá de esto, ya en la Ley de las XII Tablas "se preveía el nombramiento de un árbitro por magistrado, *legis actio per (iudicis) arbitri postulationem*, en los supuestos en los que se planteaba una controversia en la división de una herencia entre coherederos o legatarios"[17]. Sin embargo, esta

10 Yáñez Vivero, Mº F.: "Arbitraje y derecho de sucesiones: el arbitraje testamentario" en AA.VV.: *El arbitraje en las distintas áreas del Derecho* (dir. por Collantes González, J.L.), vol. 4. Palestra Editores, Lima, 2007, p. 75.

11 Lorca Navarrete, A. Mº.: *Comentarios a la nueva Ley de Arbitraje 60/2003 de 23 de diciembre,* Editorial de la Revista Vasca de Derecho Procesal y Arbitraje, San Sebastián, 2004, p. 612. El desinterés por la institución no es solo perceptible en nuestro país. Por ejemplo, para Alemania puede verse Gleim, J.: *Letzwillige Schiedsverfügungen,* Max–Planck–Institut für ausländisches und internationales Privatrecht, Mohr Siebeck, Tubinga, 2020, pp. 17 y ss.

12 García Pérez, C.: *El arbitraje testamentario*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, p. 29.

13 García Pérez, C.: *El arbitraje,* cit., p. 29.

14 García Pérez, C.: *El arbitraje,* cit., p. 29.

15 «Desconocidas en el derecho romano y canónico, las disposiciones arbitrales de última voluntad aparecieron por primera vez con dos juristas renacentistas italianos» (Gleim, J.: *Letzwillige,* cit., pp. 15 y 57). Tampoco da cuenta de la existencia de este arbitraje testamentario la clásica obra de Ziegler, K.–H.: "Das private Schiedsgericht im antiken römischen Recht*", Münchener Beiträge zur Papyrusforschung und antiken Rechtsgeschichte*, vol. 58, 1971. La sugerencia de esta última obra debo agradecérsela al Prof. Alejandro Valiño, Catedrático de Derecho Romano en la Universidad de Valencia. Lo mismo afirmaba en 1999 García Pérez, C.: al señalar que «no podemos considerar a este tribunal —el de los *centumviri* de la época romana— como un precedente del arbitraje testamentario por cuanto se trataba de una jurisdicción especial integrada en el poder estatal (…)» (*El arbitraje, cit.*, p. 29).

16 Lehne–Gstreinthaler, C.: "Schiedsgerichtsbarkeit und außergerichtliche Kontlifkbereinigung im klassischen römischen Recht" en AA. VV. *Außergerichtliche Konfliktlösung in der Antike* (dir. por Pfeifer, G. y Grotkamp, N.), Max Planck Institute for European Legal History, 2017, p. 150. Allí se citan distintos supuestos, por ejemplo: «Se suscitó controversia entre el heredero legítimo y el instituido, y, hecha una transacción se concluyó aquella por pacto cierto (…)» [Digesto, Libro II, Título XIV, Fragmento 14].

17 Fernández De Buján, A.: *La deuda histórica del arbitraje moderno*, Real Academia de Jurisprudencia y Legislación Madrid, 2014, p. 144.

variante del arbitraje testamentario no es instituida por el causante, de modo que las similitudes con la institución actual -al margen de lo puramente nominal- son escasas. La intervención de este *arbiter* no encontraba su fundamento en la libertad de disposición *mortis causa* del instituyente, sino en el *imperium* del magistrado, en conjunción con la voluntad de las partes envueltas en el litigio. Así, mas allá de que este *arbiter* dispusiera de mayor discrecionalidad que la del magistrado (lo que podría suponer una cierta aproximación al actual arbitraje de equidad), poco singulariza este presunto arbitraje testamentario romano[18].

2. Derecho histórico español.

El análisis del derecho histórico español no parece arrojar conclusiones muy diferentes. Así, nada en la regulación del Código de Eurico (finales del siglo V d. C.) conduce a pensar que el derecho visigótico vigente en la Península Ibérica se apartara del derecho romano, máxime cuando los regímenes sucesorios no diferían en exceso[19]. No es perceptible -para nosotros, por lo menos- ninguna disposición en el Código de Eurico de la que pudiera derivarse la admisibilidad expresa del arbitraje instituido por disposición *mortis causa*. Tampoco el *Liber iudiciorum* (654 d. C.) fue explícito, de modo que no existe mención alguna al arbitraje instituido por disposición testamentaria en el Título II del Libro IV. Sin embargo, del Cap. XII del Libro II del Título I se desprende la inadmisibilidad del arbitraje ordenado unilateralmente, pues "nadie puede dirimir causas excepto que haya recibido la potestad de los príncipes o bien que, por *consentimiento de las partes*, se haya escogido un juez y el pacto de elección haya sido confirmado por las firmas o suscripciones (…) de tres testigos"[20]. Si es necesario el consentimiento de las partes, no parece admisible un arbitraje instituido unilateralmente por el causante[21].

Otras disposiciones clásicas del derecho castellano medieval tampoco parecieron arrojar una solución expresa en la materia. Así, el Fuero de Escalona de 1130, dado por Diego y Domingo Álvarez por orden de Alfonso VIII y reelaborado en 1142, establecía que "el hombre que habiendo dado muerto sin parientes hiciera

18 Algunas reminiscencias expresas -por lo menos etimológicas- de este *arbitrium boni viri* pueden encontrarse, sin embargo, en el derecho comparado. Así, la Exposición de Motivos de la Ley 47/2014, de 18 de diciembre, de arbitraje del Principado de Andorra señala que «históricamente, los capítulos matrimoniales o los testamentos han previsto cláusulas que remiten al arbitrio de un tercero ("hombre bueno") para resolver las eventuales controversias que pudieran producirse en este ámbito».

19 D' Ors, A.: *El Código de Eurico*, segunda edición, Colección Leyes Históricas de España, Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2014, p. 248.

20 La cursiva es nuestra.

21 Respecto de la regulación del derecho sucesorio en el *Liber iudiciorum,* ver: Ramis Barceló, R.: *El libro de los juicios* (Liber Iudiciorum), estudio preliminar de Rafael Ramis Barceló, traducción y notas de Pedro Ramis Serra y Rafael Ramis Barceló, Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2015, p. 19.

testamento por salvación de su alma, *todo aquello que mandara valga*"[22]. Nada obsta, por tanto, a la admisibilidad de tal disposición testamentaria, aunque la admisión tampoco es expresa. Por su parte, el Fuero de Alhama de 1495 (Granada) no se refirió expresamente institución de un arbitraje por disposición testamentaria. Exigía, sin embargo, escritura pública ante "*escriuano*" para la formalización de testamento, de suerte que podría admitirse el arbitraje instituido por disposición *mortis causa* siempre que constara en escritura pública[23]. Disposiciones similares, aunque variando el número de escribanos públicos, contenían el Fuero Nuevo de Ronda[24], el Fuero Nuevo de Loja[25], el Fuero Nuevo de Málaga[26], el Fuero Nuevo de Vélez-Málaga[27], el Fuero de la Ciudad de Baza[28], el Fuero Nuevo de Guadix[29] y el Fuero Nuevo de Almuñécar[30].

Del Fuero Juzgo sí se desprenden, sin embargo, algunas normas relevantes en el Título V ("de las escrituras y testamentos") del Libro II[31]. De una parte, la Ley I (apartado cuarto) disponía que: "los hijos y herederos no procedan contra lo mandado por su padre, por ser prohibido a todos quebrantar el hecho de sus mayores". En este sentido, si el causante hubiera dispuesto que los litigios que se suscitaran entre todos los hijos y herederos se resolvieran arbitralmente, nada podría oponerse a ello. Una conclusión similar puede desprenderse de la Ley I, cuyo apartado décimo disponía que los "menores de 14 años no puedan testar, ni hacer otra manda de sus bienes por medio de escrito ni de testigos, sino en caso de enfermedad ó peligro de muerte, en el que bien pueden mandar lo que quisieren (…)". Especialmente relevante es este inciso final, en el que se señala que "bien pueden mandar lo que quisieren", incluido, por tanto, una disposición de sumisión a arbitraje aplicable a sus herederos. De otro lado, en el mismo texto del Fuero Juzgo se encuentran una serie de disposiciones contrarias a la admisibilidad de este tipo de arbitraje. En el Título I ("de los jueces y los juicios") del Libro II, el apartado tercero de la Ley I disponía que "ninguno juzgue pleito sino el Juez puesto por el Rey, o escogido por las partes con testimonio de dos o tres hombres buenos (…)". Una integración de ambos preceptos puede llevar a la conclusión de que el arbitraje instituido por disposición *mortis causa* no era, bajo este régimen, posible.

22 Chamocho Cantudo, M. A.: *Los fueros del Reino de Toledo y Castilla la Nueva*, Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2017, p. 72. La cursiva es nuestra.

23 Chamocho Cantudo, M. A.: *Los fueros de los reinos de Andalucía: de Fernando III a los Reyes Católicos*, Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2017, p. 151.

24 Chamocho Cantudo, M. A.: *ibid*., p. 163.

25 Chamocho Cantudo, M. A.: *ibid*., p. 174.

26 Chamocho Cantudo, M. A.: *ibid*., p. 182.

27 Chamocho Cantudo, M. A.: *ibid*., p. 191.

28 Chamocho Cantudo, M. A.: *ibid*., p. 199.

29 Chamocho Cantudo, M. A.: *ibid*., p. 203.

30 Chamocho Cantudo, M. A.: *ibid*., p. 213.

31 Nos servimos de la versión editada por Juan de la Reguera Valdelomar en 1798.

Las Partidas tampoco fueron especialmente pródigas al regular un posible arbitraje instituido por disposición *mortis causa*. Más allá de la mención que la Ley I del Título IV de la Partida Tercera realiza a "otros que son llamados en latín árbitros (…) que son escogidos para librar algún pleito señalado con otorgamiento de ambas partes", nada parece anunciar la presencia del arbitraje instituido por disposición *mortis causa* en las Partidas[32]. Tampoco la Partida Sexta, "(...) que habla de los testamentos y de las herencias", contiene previsión alguna al respecto. Además, la Ley 23 del Título IV, de la Partida Tercera exigía la voluntad concordante de las partes para nombrar al árbitro, de tal forma que cuando el causante nombraba árbitros en el testamento, era necesario interpretar que la designación de estos árbitros traía causa de la voluntad de los herederos al aceptar la herencia[33]. En definitiva, la notable influencia que el derecho romano ejerció en las Partidas podría ser el motivo por el cual esta modalidad de institución de arbitraje no tuviera reconocimiento[34]. A una conclusión similar se puede llegar en relación con *Els Furs* valencianos -promulgados en 1261 y derogados en 1701-.

Para acabar, se puede señalar que en el derecho histórico de otras naciones sí parece haber tenido cabida tal modalidad de arbitraje instituido por el testador.[35] Así, a mitad del siglo XV, un jurista italiano llamado Alfani se figuraba posible un compromiso [en el sentido del ya derogado art. 1820 del Código Civil, (CC en adelante] nacido de una disposición *mortis causa*[36].

3. Siglo XIX.

Durante el siglo XIX se promulgaron diversas normas relevantes en materia de arbitraje instituido por disposición *mortis causa*: las Leyes de Enjuiciamiento Civil (LEC) de 1855 y de 1881 y el CC de 1889. Como recuerda García Pérez, sin embargo, "ni los preceptos del Código (civil), ni los de la LEC contenían la previsión de un arbitraje ordenado por el testador"[37].

32 De tal manera, como ha señalado Gomá Lanzón, el arbitraje testamentario parece ser ajeno a la tradición jurídica española. Algunos de los motivos que fundamentan esta ajenidad, y que también se perciben hoy son: a) que tradicionalmente el arbitraje ha desplegado mayor virtualidad en el ámbito mercantil; b) que la complejidad del proceso sucesorio termina por excluir a profesionales del derecho no expertos en la materia; c) y que la rigidez del sistema legitimario del Derecho común y la prohibición de la sucesión contractual tampoco ayudan en gran medida [Gomá Lanzón, I.: "El arbitraje" cit., pp. 2 y 3].

33 García Pérez, C.: *El arbitraje,* cit., p. 33.

34 Al respecto se puede ver Pérez Martín, A.: *Fuentes romanas en las Partidas*, Glossae: Revista de Historia del Derecho Europeo, núm. 4, 1992, pp. 215 y ss.

35 Gleim, J.: *Letzwillige,* cit., p. 57 notas 210 y 211.

36 La cita original, en Gleim, J.: *Letzwillige,* cit., p. 57 nota 211, dice que «*certe puto in ultima voluntate compromissa constitui* (…)».

37 García Pérez, C.: *El arbitraje,* cit., p. 34.

A) LEC 1855.

El arbitraje venía regulado en la LEC 1855 en el Título XV ("Del juicio arbitral") de la Primera Parte, en los arts. 770 a 818. El art. 772 de la LEC 1855, concretando el ámbito objetivo del llamado juicio arbitral, disponía que "no pueden comprometerse en árbitros las cuestiones del estado civil de las personas, ni las en que deba intervenir el Ministerio fiscal con arreglo a las leyes". De la literalidad del precepto no parece desprenderse ninguna limitación relativa al arbitraje instituido por disposición *mortis causa*, sin perjuicio de que el art. 773 establecía como preceptiva la escritura pública para el compromiso, lo que necesariamente restringe la libertad de instituir el arbitraje por medio de otras formas[38]. Sí pueden derivarse algunas limitaciones, sin embargo, del art. 774 que, concretando las circunstancias de que debe dar cuenta la escritura pública de compromiso, se refiere en el ordinal tercero al "negocio que se someta al fallo arbitral, con espresión (*sic*) de sus circunstancias"[39]. El tenor del precepto por tanto, obstaculiza la inclusión del testamento en la supracategoría "negocio", pues aunque es dominante la posición que comprende el testamento como negocio jurídico no parece que esta fuera la idea que inspiró al legislador de 1855[40]. Y de la misma manera, al tratar las causas de cese del compromiso, el art. 786.1º se refiere a la "voluntad unánime de los que lo contrajeron". No parece, pues, que el legislador decimonónico tuviera en mente un arbitraje instituido por disposición *mortis causa*.

Tampoco parecía -a diferencia de lo que hoy sucede- admisible el arbitraje de equidad instituido por disposición *mortis causa*, en la medida en que el art. 803 establecía que "la sentencia ha de ser conforme a derecho (…)", de modo que una interpretación integradora conduce a entender que, a falta de autorización expresa, los laudos deben fundarse en derecho necesariamente y no en equidad. Sí es admisible la equidad respecto del "juicio de amigables componedores" testamentario, pues el art. 819 facultaba a estos últimos para resolver "sin sujeción a formas legales y según su saber y entender".

B) LEC 1881.

La delimitación del ámbito objetivo del arbitraje se produce en la LEC de 1881 en el art. 487.1 (Sección primera, Capítulo I, Título II, Libro II), que dispone lo siguiente: "toda contestación entre partes, antes o después de deducirla en

38 La misma exigencia reiteraba el art. 820 LEC 1855 respecto del «juicio de amigables componedores» (Título XVI), al señalar que «el compromiso se ha de formalizar en escritura pública, bajo pena de nulidad si de otro modo se contrajere».

39 Lo mismo establece el art. 821.3º LEC 1855 respecto del juicio de amigables componedores.

40 Por todos, De Castro y Bravo, F.: *El negocio jurídico*, Civitas, Madrid, 1985, pp. 22, 31, 51 y 85, entre muchas otras que reconocen el testamento como negocio jurídico.

juicio, y cualquiera que sea su estado, puede someterse al juicio arbitral o al de amigables componedores por voluntad de todos los interesados, si tienen aptitud legal para contraer este compromiso". El precepto excluye, por tanto, el arbitraje instituido por la voluntad del testador, haciendo referencia expresa a la "voluntad de todos los interesados"[41]. Tampoco se desprende una conclusión distinta de la regulación del juicio arbitral (sección primera del Título V, Libro II), pues igualmente se exige escritura pública (art. 792), en la que debe constar, conforme al art. 793.3º, el "negocio que se somete al fallo arbitral"[42]. Vista la regulación "del juicio de amigables componedores" (arts. 827 y ss. LEC 1881), tampoco parece poder llegarse a una conclusión favorable al arbitraje instituido por disposición *mortis causa*[43].

C) CC 1889.

La redacción originaria del CC (arts. 1820 y 1821, relativos a los "compromisos") tampoco parecía favorable a la admisibilidad del arbitraje instituido por disposición *mortis causa*. El art. 1820 CC establecía en su primera redacción que: "(l)as mismas personas que pueden transigir pueden comprometer en un tercero la decisión de sus contiendas". Por su parte, el art. 1821 CC se remitía a las disposiciones relativas a la transacción (arts. 1809 a 1819 CC) y a la LEC. En este sentido, si como señala Castán, el compromiso es "el contrato por el que dos o más personas defieren las cuestiones que tienen pendientes acerca de sus respectivos derechos al juicio especial de árbitros o amigables componedores"[44], no parece admisible el compromiso unilateral. En este sentido, tampoco la jurisprudencia del Tribunal Supremo pareció proclive a la admisión de este compromiso unilateral, entendiendo que no era soluble en la naturaleza contractual del mismo (STS 10 de diciembre de 1912). En cualquier caso, el 13 de enero de 1954 entraron en vigor las modificaciones que la Ley de Arbitraje de 1953 realizó en el CC, con lo que la admisibilidad del arbitraje instituido por disposición *mortis causa* quedó zanjada.

4. Siglo XX.

La admisión definitiva del arbitraje instituido por disposición *mortis causa* se producía, ya entrado el siglo XX, con la Ley de 22 de diciembre de 1953, por la que se regulan los arbitrajes de Derecho Privado. Al margen, sin embargo, de esta disposición normativa expresa, numerosas sentencias del Tribunal Supremo (TS)

41 El mismo razonamiento se puede realizar respecto de las causas de cese del compromiso, que, al igual que en la LEC de 1855, se refieren a la «voluntad unánime de los que lo contrajeron» (art. 800.1º LEC 1881).

42 Como recuerda García Pérez, C.: *El arbitraje, cit.,* p. 35, nota 15, «las SSTS 19 de junio de 1891 y de 25 de abril de 1902 consideraron que «la sumisión de las cuestiones litigiosas o decisión obligatoria de tres letrados es nula cuando no se formaliza el compromiso con arreglo a los artículos 791 y ss. de la LEC».

43 García Pérez, C.: *El arbitraje,* cit., p. 36.

44 Castán, J.: *Derecho civil español común y foral*, Tomo III, sexta edición revisada, Instituto Editorial Reus, 1944, Madrid, p. 386.

y resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado (DGRN) ya habían tratado de soslayo la cuestión[45].

A) Ley de Arbitraje de 1953.

El art. 5 de la Ley de 22 de diciembre de 1953, por la que se regulan los arbitrajes de Derecho Privado establecía que: "el arbitraje se establecerá siempre por contrato y en forma de escritura pública, salvo que se instituya por disposición testamentaria para solucionar extrajudicialmente las diferencias que puedan surgir entre herederos no forzosos por cuestiones relativas la distribución de la herencia".

Su precedente, como recuerda García Pérez, parece ser el § 1048 (hoy § 1066) de la Ley Procesal Civil alemana (ZPO DE, en adelante)[46], aunque tampoco puede descartarse que su precedente sea el § 581.II de la Ley Procesal Civil austríaca (ZPO AT, en adelante), que reconocía la validez de tales cláusulas ya en 1895[47]. Al margen de sus precedentes germánicos o no, lo cierto es que el precepto positivizaba, por primera vez en nuestro ordenamiento jurídico, la institución del arbitraje testamentario.

B) Ley de Arbitraje de 1988.

La Ley 36/1988, de 5 de diciembre, de Arbitraje, establecía en su art. 7 (Título II: "Del Convenio arbitral y sus efectos"), que "excepcionalmente, será válido el arbitraje instituido por la sola voluntad del testador que lo establezca para solucionar las diferencias que puedan surgir entre herederos no forzosos o legatarios para cuestiones relativas a la distribución y administración de la herencia". Así, el nuevo texto de 1988 presentaba notables diferencias respecto de lo dispuesto originalmente en 1953. En primer lugar, introducía el adverbio "excepcionalmente" que, suprimido en 2003, daría lugar a incesantes discusiones doctrinales sobre la naturaleza del arbitraje. De otra parte, introduce dos novedades más: la mención a los legatarios y a la administración de la herencia. De todo ello nos ocupamos más adelante con detalle. Sirva ahora destacar que, a pesar de la introducción de estos elementos, algunos autores han destacado que el espíritu de la Ley de 1953 se mantiene[48].

45 Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado (DGRN, en adelante), de 1 y 25 de septiembre de 1902, de 22 de octubre de 1935 y de 28 de marzo de 1944. También las SSTS 20 de marzo de 1918, de 6 de octubre de 1932 y de 24 de junio de 1940. Un análisis detallado de estas y otras más puede verse en García Pérez, C.: *El arbitraje,* cit., pp. 36 y ss. También se ocupa ello con detalle Verdera Server, R.: "Comentario", cit., pp. 413 y ss.

46 García Pérez, C.: *El arbitraje,* cit., p. 49. Precedente del § 1066 ZPO es el art. 1344 de la Ley de Enjuiciamiento Civil bávara de 1869, como recuerda GLEIM, J.: *Lezwillige,* cit., p. 58.

47 Hahnkamper, W.: "Letzwillig angeordnete Schiedsgerichte", *Fachzeitschrift für Wirtschaftsrecht*, núm. 9, 2017, p. 851.

48 Yáñez Vivero, Mª. F.: "Arbitraje", cit., p. 75.

IV. REGULACIÓN ACTUAL[49].

La regulación actual se encuentra contenida en el art. 10 de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje. El precepto, de cuyo análisis nos ocupamos de seguido, dispone que: "(t)ambién será válido el arbitraje instituido por disposición testamentaria para solucionar diferencias entre herederos no forzosos o legatarios por cuestiones relativas a la distribución o administración de la herencia"[50].

1. Tramitación parlamentaria.

El Proyecto de Ley remitido por el Gobierno del Partido Popular contemplaba el arbitraje testamentario en su art. 10, que ofrecía la misma redacción y ubicación sistemática que el texto finalmente aprobado[51]. Su *iter* parlamentario no fue excesivamente tortuoso, aunque tampoco estuvo el precepto exento de críticas. Así, el Grupo Socialista se opuso -sin concretar motivación- en el Congreso de los Diputados a la redacción dada inicialmente por el Gobierno del Partido Popular, pretendiendo la modificación del término "disposición testamentaria" por su plural "disposiciones testamentarias". Mayor calado parecía tener, sin embargo, la distinta ubicación sistemática que propuso el Grupo Socialista, de suerte que el precepto debiera estar incardinado en el art. 2.3 (relativo a las materias arbitrables). La motivación expuesta por el Grupo Socialista expresaba que "en nuestra opinión, tiene cabida [en el art. 2] el actual artículo 10 del Proyecto -"arbitraje testamentario"-, pues en la redacción actual está inserto en un Título -intitulado "Del convenio arbitral y sus efectos"- que no le corresponde"[52]. Desechada la enmienda, el precepto no sufre modificación alguna, ni gramatical ni sistemática a lo largo de los trámites restantes en el Congreso de los Diputados[53].

49 Este trabajo prescinde del tratamiento sistemático de la cuestión en el derecho foral o especial, sin perjuicio de algunas menciones esporádicas que se realizan a lo largo de la exposición. Para el caso de Aragón puede verse Calatayud Sierra, A.: *El arbitraje testamentario desde el derecho aragonés,* Revista de derecho civil aragonés, núm. 18, 2012, pp. 163 – 184. En Cataluña se ocupa de la institución el art. 464–7 CCat. En Navarra, se puede ver la Ley 207 de la Compilación. Respecto del derecho valenciano recuerda Verdera Server, R.: *Partición,* cit., p. 22, nota 16, el art. 278 del Anteproyecto de Ley Valenciana de Sucesiones, que señalaba que «(e)l testador o sus herederos pueden encomendar la partición, en su totalidad o en alguno de sus aspectos, a árbitros, quienes ajustarán su intervención a lo previsto en la legislación sobre arbitrajes de Derecho privado».

50 Respecto de otros mecanismos alternativos de resolución de conflictos es posible ver el trabajo de Cucarella Galiana, L. A.: "Impacto normativo del Real Decreto 5/2012, 5 de marzo, de mediación en asuntos civiles y mercantiles en la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil", *Revista General de Derecho Procesal*, núm. 27, 2012; del mismo autor se puede ver también, para el estudio de estas cuestiones en relación con el derecho a la igualdad y su proyección procesal (y arbitral), la siguiente monografía: *Derecho a la igualdad, prohibición de discriminación y jurisdicción*, LA LEY, Wolter Kluwers, Madrid, 2019.

51 Boletín Oficial de las Cortes Generales (BOCG), Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, Serie A: Proyectos de Ley, 3 de octubre de 2003, núm. 173–1, p. 10.

52 BOCG, Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, Serie A: Proyectos de Ley, 6 de noviembre de 2003, núm. 173–6, pp. 60 y 61. Tampoco resulta esclarecedora la defensa de las enmiendas realizada en la Comisión de Justicia e Interior. Allí se afirma que el cambio se debe a «una simple cuestión metodológica» (BOCG, Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, Comisión de Justicia e Interior, 11 de noviembre de 2003, núm. 866, p. 27482).

53 BOCG, Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, Serie A: Proyectos de Ley, 12 de noviembre de 2003, núm. 173—10, p. 86; núm. 173—11, p. 104; y núm. 173—12, p. 122.

En el Senado, tanto Grupo Parlamentario Entesa Catalana de Progrés, como el Grupo Socialista proponen de nuevo la inclusión del arbitraje testamentario en el art. 2.3 LArb, utilizando en su motivación exactamente las mismas palabras que las ya reseñadas respecto de la tramitación en el Congreso de los Diputados[54]. La enmienda tampoco es asumida, aunque la motivación es ahora más completa, pues en la Comisión de Justicia del Senado, el representante del Grupo Socialista (Joaquín Jesús Galán Pérez), defendió que "(…) aquí [en el art. 2], y no en el título relativo al convenio arbitral y sus efectos, debe regularse el llamado arbitraje testamentario, con lo cual en una enmienda suprimimos el artículo 10 y regulamos el artículo relativo al arbitraje suplementario como un apartado más del artículo segundo"[55].

Por último, en relación con la ubicación sistemática del arbitraje testamentario, el Grupo Socialista criticó en el Senado, de nuevo, que fuera incardinado en el Título II, relativo al convenio, pues "(…) el convenio arbitral en el arbitraje testamentario precisamente nace del testamento, es decir, surge de esa voluntad unilateral del premuerto, en consecuencia, tampoco es anormal o irregular que el testamento o el arbitraje testamentario quede regulado en los postulados propios del convenio arbitral"[56].

El texto del art. 10, por tanto, recorrió todo su *iter* legislativo sin sufrir apenas modificaciones. Tampoco resulta especialmente ilustrativo el dictamen del Consejo General del Poder Judicial respecto de la Ley de Arbitraje, que se limitó a señalar en su p. 7 que "(e)l Título II regula el convenio arbitral y sus efectos en sus tres artículos sobre la forma y contenido del convenio arbitral, arbitraje testamentario y convenio arbitral y demanda en cuanto al fondo ante un tribunal"[57].

54 BOCG, Diario de Sesiones del Senado, Serie II: Proyectos de Ley, 2 de diciembre de 2003, núm. 170, pp. 34 y 41.

55 BOCG, Diario de Sesiones del Senado, Comisión de Justicia, 3 de diciembre de 2003, núm. 562, p. 7. La misma tesis reitera el Grupo Socialista en el Pleno del Senado, cuando afirma que: «(y) también debería regularse aquí, en la parte relativa al artículo 2, el arbitraje testamentario, cosa que hacemos suprimiendo el artículo 10, incluyendo un apartado nuevo en el artículo 2, que es donde creemos que debe regularse el arbitraje testamentario, ya que no tiene ningún sentido que aparezca en el título II de la ley, que es relativo al convenio arbitral» (BOCG, Diario de Sesiones del Senado, Pleno, 10 de diciembre de 2003, núm. 166, pp. 10494).

56 BOCG, Diario de Sesiones del Senado, Pleno, 10 de diciembre de 2003, núm. 166, pp. 10496.

57 El Consejo de Estado no emitió dictamen al respecto, por haberse tramitado la Ley por el procedimiento urgente. Dejamos para esta nota al pie de página una consideración más, y es que la crítica a la ubicación sistemática se ha repetido sistemáticamente en la doctrina, pues como se ha señalado anteriormente, el precepto viene incardinado en el Título II (arts. 9 a 11 ter), dedicado al «convenio arbitral y sus efectos», cuando este es justamente el único caso en que no existe convenio propiamente dicho (Gomá Lanzón, I.: "El arbitraje", cit., p. 4. La misma dificultad sistemática se da en la Ley de Enjuiciamiento Civil suiza (ZPO SZ, en adelante), cuyo art. 357 también se intitula «convenio arbitral» («*Schiedsvereinbarung*»). La doctrina procesalista suiza salva la cuestión y termina por admitir — no sin polémica— en su seno el arbitraje testamentario. Al respecto se puede ver Schlumpf, M.: *Testamentarische Schiedsklausenln,* Dike Verlag, primera edición, Zúrich, 2011. El problema se planteó especialmente desde 2011, cuando fue promulgada la ZPO SZ que, siendo común para toda Suiza, derogó la regulación del proceso civil zuriquesa, manifiestamente contraria a la admisibilidad del arbitraje testamentario. Una panorámica general de la polémica puede verse en Gleim, J.: *Letzwillige,* cit., pp. 254 y ss. Otra tesis sostiene una notable parte de

2. Novedades.

El mantenimiento del arbitraje testamentario en la Ley de 2003 supone, como ya se ha señalado anteriormente, la conversión de la institución en un "clásico de las leyes de arbitraje"[58]. El ámbito de la norma será analizado más adelante, de modo que ahora, la exposición se restringe tan solo a las -pocas[59]- novedades que introduce el precepto. En primer lugar, la institución recibe una intitulación expresa ("arbitraje testamentario")[60]. Intitulación no pacífica, de suerte que algunos han sugerido la más preferible denominación "arbitraje sucesorio"[61]. De otra parte, el precepto elimina el polémico adverbio "excepcionalmente", zanjando -o por lo menos queriéndolo- la continuación de la polémica doctrinal. De la misma manera, se sustituye la mención a la institución del arbitraje "por la sola voluntad del testador", para ahora referirse a la institución por "disposición testamentaria", lo que parecería -criticablemente- restringir el ámbito del precepto tan solo a los testamentos, excluyendo otros vehículos de expresión de la voluntad del causante sucesorios (como los codicilos, en Cataluña). Finalmente, el término "cuestión litigiosa" se sustituye por "diferencia"[62]. De estas cuestiones, como se ha dicho, nos ocupamos más adelante con mayor detalle.

V. FUNDAMENTO.

La doctrina es unánime al sostener que el fundamento del arbitraje testamentario se encuentra en la libertad de disposición *mortis causa* del testador[63]. Así, señala Capilla que el fundamento más claro del arbitraje testamentario "se encuentra en las facultades de disposición *mortis causa*"[64]. Y precisamente, es

---

la doctrina italiana, para la que en el término «*convenzione d'arbitrato*» no es posible subsumir la voluntad unilateral del testador, como recuerda Gleim, J.: *Letzwillige,* cit., p. 260.

58 Lorca Navarrete, A. Mª.: *Comentarios,* cit., p. 612.

59 Algunos sostienen que la única modificación relevante es la supresión del término «excepcionalmente» que contenía el art. 7 de la Ley de 1988, supresión que se debería tan solo a una cuestión gramatical o de estilo. Al respecto ver Hidalgo García, S.: "Arbitraje", p. 206. Verdera Tuells, E.: *La Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de arbitraje, entre la tradición y la innovación*, Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Madrid, 2005, p. 65 sostiene que la supresión del adverbio «excepcionalmente» tiene una finalidad: conceder al arbitraje testamentario la condición de normal. En la misma línea, habla Díez–Picazo Y Ponce De León, L.: "Comentario al art. 10" en AA. VV.: *Comentarios a la nueva Ley de Arbitraje 60/2003, de 22 de diciembre* (coord. por González Soria, J.), Aranzadi, Madrid, 2004, p. 109, de «alguna no muy grande variación gramatical».

60 Yáñez Vivero, Mª F.: "Arbitraje", cit., p. 75.

61 Hernández Buriel, J.: "Comentario al art. 10" en AA. VV.: *Comentarios a la Nueva Ley de arbitraje* (dir. por Hinojosa Segovia, R.), Grupo Difusión, Barcelona, 2004, p. 73.

62 González Carrasco, C.: "Comentario al art. 10" en AA. VV.: *Comentarios a la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje* (dir. por Garberí Llobregat, J.), Bosch, Barcelona, 2004, p. 234.

63 También lo entienden así las doctrinas alemana y austríaca al señalar que la eficacia del testamento depende de si el causante gozaba de capacidad o no para testar (Gleim, J.: *Letzwillige,* cit., p. 248).

64 Capilla Roncero, F. "Comentario al art. 10" en AA. VV.: *Comentarios a la Ley de Arbitraje* (dir. por Bercovitz Rodríguez–Cano, R.), Tecnos, 1991, Madrid, p. 82. Para otros, su origen y justificación está en la autonomía de la voluntad del testador, dado que ésta es la ley de la sucesión (…)» (Gomá Lanzón, I.: "El arbitraje", cit., p. 7). La misma postura sostiene De Prada Solaesa, al señalar que «el fundamento del arbitraje testamentario está en la libertad de disposición *mortis causa* del testador» ("El arbitraje", cit., p. 527). E

este el motivo que comporta la exclusión de los derechos de los legitimarios del ámbito objetivo del art. 10 de la LArb[65]. Por su parte, afirma Díez-Picazo que es congruente admitir "que el arbitraje se extendiera a tanto como se extiende la libertad de disposición *mortis causa*"[66]. Tampoco puede obviarse, sin embargo, que la virtualidad del arbitraje instituido por disposición *mortis causa* depende de la aceptación de la herencia por parte de los llamados a la sucesión, de manera que estos aceptan igualmente el arbitraje, "por lo que la imposición del testador lo es relativamente"[67] (*cfr.* al respecto la STSJ Madrid 2 de marzo de 2021, FJ. 3.º C). La unilateralidad del fundamento, por tanto, se matiza, de modo que "la aceptación de la herencia por los afectados determinará, asimismo, la aceptación de la voluntad predeterminada por el testador que (…) se habrá convertido en la suya propia"[68] (*vid.* epígrafe III.2, respecto de las Partidas).

VI. NATURALEZA JURÍDICA.

Dejando de lado que el mismo concepto de "naturaleza jurídica" está sujeto a debate[69], este trabajo pretende aquí dar respuesta a las siguientes dos cuestiones: de una parte, si la institución es excepcional o no (en el sentido de la LArb 1988); y, de otra parte, concretar la naturaleza de la disposición. En este último sentido, este estudio propone que la disposición *mortis causa* que instituye el arbitraje es un negocio jurídico unilateral en beneficio de tercero ("en favor", en el sentido del art. 1257.II CC).

1. La excepcionalidad.

La primera cuestión que se plantea es la de determinar si la institución, como parecieron establecer las leyes de 1953 y 1988, es excepcional o no. Para ello, deben concretarse primero los márgenes de la llamada "excepcionalidad" y, sobre todo, qué implicaciones comporta tal excepcionalidad. El Diccionario de la RAE establece que excepción es "cosa que se aparta de la regla o condición general de las demás de su especie". En este sentido, la excepcionalidad del arbitraje instituido por disposición *mortis causa* radica en que se diferencia de la condición general que caracteriza a todo arbitraje: que se fundamenta en la voluntad confluyente de

igualmente González Carrasco afirma que «rige la autonomía de la voluntad como fuente constitucional de la institución arbitral» (González Carrasco, C.: "Comentario", *cit.,* p. 226). La misma tendencia parece perceptible en Alemania, aunque con fundamento constitucional (art. 14.1 de la Constitución Alemana). Al respecto se puede ver: Harder, F.: *Das Schiedverfahren im Erbrecht,* C.H. Beck, Múnich, 2007.

65 Capilla Roncero, F.: "Comentario", cit., p. 82.

66 Díez–Picazo y Ponce De León, L.: "Comentario", cit., p. 112. También coincide González Carrasco, C.: "Comentario", cit., p. 226.

67 Hidalgo García, S.:"Arbitraje", cit., p. 208.

68 Calvo Corbella, J. C.: *El arbitraje como cuestión de Estado*, Revista especializada La LEY mediación y arbitraje, núm. 3, 2020, p. 9.

69 Lois Estévez, J.: *Sobre el concepto de «naturaleza jurídica»,* Anuario de Filosofía del Derecho, 1956, pp. 159 y ss.

ambas partes. Esta nota de unilateralidad justifica, por sí sola, atribuir al arbitraje instituido por disposición *mortis causa* el carácter de excepcional[70], sin perjuicio de que algunos autores prefieren referirse a una presunta "especificidad"[71]. Otros sostienen que se trata, simplemente de una "variante del arbitraje común"[72]. A nuestro juicio, lo excepcional no es parte de la esencia del arbitraje, sino tan solo de la manera en que este es instituido. Así, la excepcionalidad no produce efecto alguno en la *vida* del arbitraje, sino tan solo en su *nacimiento* (o *concepción*). Además de ello, como se ha dicho, la imposición del testador es tan solo relativa, pues los sometidos a arbitraje pueden convenir otra cosa distinta si así lo estiman. De este modo, la aparentemente radical excepcionalidad, no comporta especiales consecuencias, más allá de la interpretación de la cláusula de institución de arbitraje.

2. Negocio jurídico unilateral en beneficio de tercero.

La disposición *mortis causa* que instituye el arbitraje es un negocio jurídico unilateral en beneficio de tercero. Fuera de este análisis queda la discusión sobre la naturaleza (contractual, procesal, institucional etc.) jurídica del arbitraje *en sí*. De lo que se ocupan las siguientes líneas es de la naturaleza jurídica de la disposición *mortis causa* que instituye el arbitraje. La discusión estriba en determinar si se trata de un negocio jurídico sucesorio -por estar incardinado en un vehículo sucesorio- o si se trata de un negocio jurídico obligacional unilateral. La respuesta correcta, a nuestro juicio, es la segunda: si la disposición *mortis causa* que instituye el arbitraje participara de la naturaleza del continente (el testamento, por ejemplo) en que viene presentada, habríamos de asumir que todas las disposiciones que contuviera un testamento serían negocios jurídicos sucesorios. Y sabemos, por ejemplo, que el reconocimiento de un hijo extramatrimonial (art. 741 en relación con los arts. 120 y ss. CC) puede realizarse en testamento notarial, sin que ello suponga que tal reconocimiento es un negocio jurídico sucesorio, y no familiar. En este sentido, como afirman algunos autores, el arbitraje instituido por disposición *mortis causa* no participa de la naturaleza contractual del arbitraje, pero sí negocial.[73] Más allá de eso, no puede obviarse que la institución *mortis causa* del arbitraje no deja de ser cierta quiebra de la comprensión tradicional del arbitraje[74].

70 Yáñez Vivero, Mª. F.: "Arbitraje", *cit.*, p. 82. Para Verdera Tuells, E.: "La Ley", *cit.*, p. 65, la supresión del adverbio «excepcionalmente» tiene una finalidad concreta: conceder al arbitraje testamentario la condición de normal.

71 De Prada Solaesa, M. d. P.: ("El arbitraje", cit., p. 527.

72 Merino Merchán, J. F. y Chillón Medina, J. Mº.: *Tratado,* cit., p. 456.

73 González Carrasco, C.: "Comentario", *cit.*, p. 226. Así, no es posible sostener una tesis puramente contractual del arbitraje testamentario, pues como se ha señalado, «(e)l arbitraje testamentario quiebra con la concepción contractualista de la institución» (García Pérez, C.: *El arbitraje, cit.*, p. 26).

74 García Pérez, C.: *El arbitraje,* cit., p. 27.

A) Negocio jurídico.

De Castro define el negocio jurídico como "la declaración o acuerdo de voluntades, con que los particulares se proponen conseguir un resultado, que el Derecho estima digno de su especial tutela, sea en base solo a dicha declaración o acuerdo, sea completado con otros hechos o actos"[75]. Así, la disposición testamentaria que instituye el arbitraje es una declaración de voluntad, *id est*, una exteriorización de la voluntad dirigida a la producción de una determinada consecuencia jurídica: que los conflictos entre herederos no forzosos y legatarios se diriman por arbitraje[76]. También, como señala De Castro, el resultado que nace de esta declaración de voluntad -en concurso con otros requisitos, como, por ejemplo, que no sea revocado el testamento, en nuestro caso- debe ser digno de tutela por el Derecho. En nuestro supuesto, este requisito queda explicitado en la medida en que el arbitraje instituido por testamento es reconocido explícitamente en el art. 10 de la LArb. Este reconocimiento expreso por el legislador (que data de 1953, como se ha señalado anteriormente) justifica que consideremos la institución como un negocio jurídico *en favor* (en beneficio) de tercero, y no como una traba o perjuicio a los herederos no forzosos o legatarios, tal como se expone de seguido.

B) Unilateral.

El negocio jurídico es unilateral en la medida en que concurre, en la institución, una sola voluntad: la del causante. Ahora bien, que concurra una sola voluntad en la institución concurra una sola voluntad no significa que en el momento de aceptación de la herencia puedan, los herederos no forzosos o legatarios, convenir otra cosa[77].

C) En beneficio de tercero.

La problemática más amplia se plantea al concretar si la institución del arbitraje es beneficiosa o es perjudicial para los obligados. Al margen de las cuestiones relativas a la afectación del derecho a la tutela judicial efectiva, es necesario partir de la regla básica que establece el art. 1257.II CC. De este precepto se desprende que los contratos -o los negocios jurídicos, en sentido amplio- solo producen efecto entre las partes que los otorgan. A la misma consideración puede llegarse

75 De Castro Y Bravo, F.: *El negocio,* cit., p. 34.

76 Boecken, W.: *BGB – Allgemeiner Teil*, Kohlhammer, tercera edición, Stuttgart, 2019, p. 78.

77 La disputa sobre si la voluntad unilateral es suficiente para crear obligaciones carece aquí de sentido, en la medida en que la polémica se restringe a las declaraciones de voluntad atípicas (y no a las típicas, como la que reconoce el art. 10 LArb). Y en este sentido, el reconocimiento expreso que realiza el art. 10 LArb exime de entrar en tal polémica, de suerte que la voluntad unilateral del causante es suficiente para hacer nacer el arbitraje — sin perjuicio de que, como se ha dicho, los herederos no forzosos o legatarios convengan otra cosa al momento de producirse el fallecimiento.

atendiendo al tenor del art. 1091 CC ["las obligaciones que nacen de los contratos tienen fuerza de ley *entre las partes contratantes*" (…)"]. Clara es al respecto la STS 19 de junio de 2006: "si el contrato es considerado como una manifestación de la autonomía privada en orden a la reglamentación de los propios intereses, resulta claro que dicha reglamentación ha de afectar, en línea de principio tan sólo a la esfera jurídica de sus **autores**, porque sólo respecto de ellos por hipótesis la autonomía existe". De otro lado, el párrafo segundo del art. 1257.II CC reconoce expresamente, como excepción a lo señalado, que "si el contrato contuviere alguna estipulación en favor de un tercero, éste podrá exigir su cumplimiento, siempre que hubiese hecho saber su aceptación al obligado antes de que haya sido aquélla revocada". En este sentido, se plantea el problema de si el negocio jurídico *mortis causa* que instituye el arbitraje testamentario es subsumible en la previsión del art. 1257.II CC o no. De esta manera, se plantean aquí dos cuestiones: de una parte, que los negocios jurídicos en favor de tercero exigirían aceptación por parte de este; y, de otra parte, que los negocios jurídicos en favor de tercero deben ser justamente *en favor*, lo que excluiría la sumisión de arbitraje por no ser, presuntamente, favorable. Ambas objeciones son, a nuestro humilde juicio, salvables.

Respecto de la primera cuestión -que los negocios jurídicos en favor de tercero exigen aceptación por parte del tercero- es necesario señalar que existe cierta unanimidad en entender que la aceptación del tercero no es parte integrante del negocio jurídico que contiene la estipulación (STS 10 de junio de 1977)[78]. De este modo, el deber que impone el art. 1257.II CC *in fine* al tercero (de hacer "saber su aceptación al obligado") no puede erigirse como un requisito de validez de la disposición de arbitraje contenida en el arbitraje, sino tan solo como un requisito de *eficacia* (STS 23 de octubre 1995). De esta manera, que el heredero no forzoso o legatario a que se refiere el art. 10 LArb acepte o no la herencia o legado es indiferente para valorar la *validez* de la institución de arbitraje, pues los efectos de la aceptación se proyectan tan solo en el ámbito de la *eficacia* del negocio jurídico. Claramente lo señala López Richart al establecer que "(s)olo una cosa es clara y es que la aceptación del beneficiario no puede ser considerada un requisito para la perfección del contrato celebrado a su favor, de otro modo estaríamos ante un contrato plurilateral y no cabría hablar de tercero sino de un tercer contratante"[79].

Respecto de la segunda cuestión (si el arbitraje es perjudicial o beneficioso), debemos realizar previamente un apunte conceptual. En sustitución del término "en favor de tercero" que emplea el art. 1257.II CC hemos preferido la utilización de "en beneficio de tercero" en la medida en que expresa con mayor exactitud

78 La cuestión es altamente discutida en la doctrina. Una exposición detallada de esta discusión puede verse en López Richart, J.: *El contrato en favor de tercero.* Tesis doctoral, Universidad de Alicante, Alicante, 2001, pp. 370 y ss.

79 López Richart, J.: *El contrato,* cit., p. 371.

la noción de que el arbitraje es beneficioso para los herederos no forzosos o legatarios que serán parte en el. Más allá de este apunte terminológico, lo cierto es que tradicionalmente se ha identificado la expresión "en favor" ("en beneficio de", para nosotros) con un contenido eminentemente patrimonial. Esta consideración, sin embargo, no agota la posibilidad de una comprensión amplia del beneficio del negocio jurídico en favor de tercero, de suerte que este podrá comprender otra serie de ventajas que no sean estrictamente patrimoniales. Sin perjuicio de las ventajas que se han señalado en el epígrafe introductorio, no se entendería que el legislador promoviese activamente el recurso a mecanismos alternativos de resolución de conflictos -con el arbitraje como estandarte- si fueran considerados perjudiciales. Especialmente clara es la consideración del arbitraje como beneficioso en el Anteproyecto de Ley de Medidas de Eficiencia Procesal del Servicio Público de Justicia, en cuya Exposición de Motivos se puede leer que: "(c)on la introducción de estos mecanismos, ya consolidados en el derecho comparado, se cumple la máxima de la Ilustración y del proceso codificador: que antes de entrar en el templo de la Justicia, se ha de pasar por el templo de la concordia".

Y aunque el arbitraje instituido por disposición *mortis causa* no signifique necesariamente pasar por el templo de la concordia, lo cierto es que, como expresa la Exposición de Motivos del Anteproyecto, "la elección [unilateral y por parte del causante] del medio más adecuado de solución de controversias aporta calidad a la Justicia y reporta satisfacción al ciudadano".

VII. DISPOSICIÓN *MORTIS CAUSA* DE SUMISIÓN A ARBITRAJE.

La primera cuestión que se plantea al analizar el ámbito de operatividad del arbitraje instituido por el causante es que la relación jurídica que produce la institución no es fácilmente soluble en las categorías clásicas de "elementos subjetivos" y "elementos objetivos"[80]. No es soluble en la medida en que en el marco de lo que tradicionalmente se entiende como objetivo (la controversia) confluye un elemento subjetivo trascendental: la figura de los herederos no forzosos y de los legatarios[81]. De esta manera, para aprehender el ámbito de operatividad del arbitraje instituido por disposición *mortis causa* no es posible escindir artificialmente estos ámbitos subjetivo y objetivo, sino que más bien, la naturaleza misma de la institución aconseja un tratamiento conjunto. Por razones, sin embargo, expositivas, este estudio diferenciará, en relación con la controversia (esencialmente objetiva), unos elementos objetivos y otros subjetivos.

80 Gleim, J.: *Letzwillige*, cit., p. 182.

81 Gleim, J.: *Letzwillige*, cit., p. 182.

1. Elementos subjetivos: capacidad del instituyente.

Asumido anteriormente que la disposición testamentaria es un negocio jurídico unilateral en beneficio de tercero, la capacidad exigida debe ser la de los contratos en general (arts. 1254 y ss. CC)[82]. La LArb no establece ninguna regla especial al respecto, sino que se limita a señalar en su art. 9.1 que "(e)l convenio arbitral, que podrá adoptar la forma de *cláusula incorporada a un contrato* o de *acuerdo independiente*, deberá expresar la voluntad de las partes de someter a arbitraje (…)"[83]. En este sentido, las reglas que deberían aplicarse son las ordinarias de los contratos y no las testamentarias.

2. Objeto del arbitraje.

Asumir la inescindibilidad entre lo objetivo y lo subjetivo en esta modalidad de arbitraje no es óbice para admitir cierta preponderancia de características objetivas y subjetivas en el régimen jurídico de la institución. A la exposición de estas características nos dedicamos ahora.

A) Elementos predominantemente objetivos.

Respecto de los elementos predominantemente objetivos, el art. 10 LArb matiza lo dispuesto de manera general por el art. 2.1 LArb. Del tenor literal de este último se desprende que "son susceptibles de arbitraje las controversias sobre materias de libre disposición conforme a derecho". Quepa recordar que la Exposición de Motivos de la LArb señala que "en principio, son cuestiones arbitrables las cuestiones disponibles. Es concebible que por razones de política jurídica haya o pueda haber cuestiones que sean disponibles para las partes y respecto de las que se quiera excluir o limitar su carácter arbitrable. Pero ello excede del ámbito de una regulación general del arbitraje y puede ser objeto, en su caso, de disposiciones específicas en otros textos legales".

Se ha afirmado, en este sentido, que no parece que existan razones de peso para considerar que el art. 10 LArb limite de manera especial lo dispuesto de manera general por el art. 2 LArb[84]. Otro sector de la doctrina ha afirmado, por el contrario, que "el objeto -del arbitraje- ha de limitarse a materia relacionada con discrepancias sobre la distribución de la herencia y, por tanto, no puede extenderse

82 Discrepamos humildemente de las muy autorizadas posiciones que se defienden al respecto, como por ejemplo las de Díez–Picazo y Ponce De León, L.: "Comentario", *cit.*, p. 113; Capilla Roncero, F.: "Comentario", *cit.*, p. 92; o la de De Prada Solaesa, "El arbitraje" *cit.*, p. 535.

83 La cursiva es nuestra.

84 Gomá Lanzón, I.: "El arbitraje", cit., p. 14.

a otros aspectos que pudiesen exceder de los límites hasta donde es lícito que llegue la facultad dispositiva del testador en relación con su herencia (…)"[85].

Sobre estas consideraciones, analizamos ahora detalladamente el ámbito de operatividad del precepto.

a) "Diferencias".

El art. 10 LArb establece que puede instituirse arbitraje para solucionar "diferencias (…) por cuestiones relativas a la distribución o administración de la herencia". La cuestión del ámbito objetivo es de crucial relevancia en la medida en que, conforme a lo dispuesto en los arts. 39.1.d), 41.1.c) y e) y 41.3 LArb, que los árbitros decidan sobre cuestiones no sometidas a su decisión supone una posible anulación del laudo[86]. Partiendo de la base de que "(l)a controversia no puede consistir en un mero desacuerdo entre las partes carente de efectos jurídicos, pues tal situación convierte en inútil el arbitraje"[87], se plantean dos cuestiones.

La primera cuestión que se plantea es determinar el alcance del término "diferencias" a que se refiere el art. 10 LArb, y que contrasta con el recientemente citado "controversias" de que se sirve el art. 2.1 LArb. Sin embargo, la LArb no emplea en ningún precepto más de su articulado el término "diferencia", lo que parece indicar que no existe un patrón de utilización y que, por tanto, su uso es meramente tangencial (para evitar quizás la repetición del más concreto término "controversia"). Sirva señalar que el Diccionario de la lengua española de la Real Academia Española (RAE) indica que por diferencia se entiende "controversia, disensión u oposición de dos o más personas entre sí" (acepción tercera). No parece existir, por lo tanto, una diferencia ontológica esencial entre ambos términos[88]. El origen del término "diferencia" -aventuramos nosotros- parece radicar en el § 1048 ZPO DE, del que presuntamente procede el arbitraje testamentario de la Ley de 1953, como se ha señalado anteriormente. El § 1048 ZPO DE empleaba el término "*Streitigkeiten*", que se deja traducir al castellano como "diferencias", lo que explicaría su aparición súbita en el art. 5 de la Ley de 1953 (máxime cuando ni la LEC de 1855, ni la de 1881 emplearon el término "diferencia" en tal sentido)[89]. Por tanto, el empleo del término "diferencia" parece responder a una cuestión

85 Prieto Castro y Ferrándiz, L.: "Una nueva regulación del arbitraje", *Revista de Derecho Privado*, 1954, p. 718. Para De Prada Solaesa, se trata tan solo de una «concreción» del objeto del arbitraje ("El arbitraje", p. 531).

86 Gomá Lanzón, I.: "El arbitraje", cit., p. 13.

87 Verdera Server, R.: *Partición,* cit., p. 64.

88 A la misma conclusión se puede llegar analizando el CC y la LEC. La última emplea el término «diferencia» en dieciséis ocasiones, y prácticamente todas en el sentido de «resultado de la operación de restar» (RAE). Lo mismo se puede decir respecto del CC.

89 También el § 581.II ZPO AT, del que presuntamente podría provenir el art. 5 de la Ley de 1953 emplea el término «*Streitigkeiten*», de modo que es posible llegar a la misma conclusión.

meramente histórica y tangencial, carente de mayor significado que el de evitar el uso reiterativo del término "controversia".

La segunda cuestión que se plantea, una vez asumida la identidad material entre "diferencia" y "controversia", es la determinación del alcance de la última. Una aproximación etimológica arroja el convincente resultado de que el término español "controversia" proviene del latino *"contrôversia"*, que significa discusión, pleito, litigo u objeto del litigio[90]. Esta última significación parece ser la más aproximada al sentido de la LArb. Y en este sentido, por controversia -y por "diferencia" (en el sentido del art. 10 LArb)- puede entenderse el antagonismo esencial u ontológico entre las pretensiones civiles de las partes. La controversia, por tanto, vendría delimitada por las pretensiones que las partes contraponen, al igual que el objeto del proceso civil se configura por la pretensión interpuesta por el demandante y contrarrestada por el demandado. Al abono de esta tesis contribuye el empleo indiferenciado del término "objeto de la controversia" que realiza la LEC en su Exposición de Motivos[91].

b) "Distribución de la herencia".

La siguiente cuestión que se plantea en relación con el ámbito objetivo es la delimitación del concepto de "distribución de la herencia". La LArb emplea el término "distribución" tan solo en el art. 10 (al igual que las anteriores leyes de 1953 y 1988), de modo que, para aprehender los límites de la "distribución", habremos de recurrir a la interpretación sistemática del precepto, en relación con otras normas de similar ámbito. Así, al margen de que algunos han señalado que el término es "técnicamente impreciso y ajeno en todo caso a la terminología legal en materia sucesoria (…)"[92], lo cierto es que el CC emplea el término (o sus derivados) en dieciséis ocasiones, la gran mayoría de ellas en sede de sucesiones (arts. 671, 747, 749.II, 891, 907.II, 992.II, 1058 y 1072.II)[93]. A nuestro juicio, es necesario partir aquí de la consideración que han realizado algunos de que no existe ningún indicio de que "distribución" quiera significar algo distinto a partición de la herencia[94]. De todos estos preceptos del CC parece desprenderse

90 *Oxford Latin Dictionary*, Londres, 1968, p. 436.

91 Así, la Exposición de Motivos señala lo siguiente: «(…) en el proceso ordinario, el acto del juicio opera esa proximidad de la sentencia respecto de la prueba -y, por tanto, en gran medida, del caso-, y la audiencia previa al juicio, en la que ha de perfilarse lo que es *objeto de la controversia*, aproxima también las pretensiones de las partes a la actividad jurisdiccional decisoria del litigio». De un sentido similar parecen servirse otros arts. de la LEC, como por ejemplo el 39, 301, 330.2, 414.1.III, 428.2, 558.2.II, 679, 794.4 y 809.2. A una conclusión similar se puede llegar a la vista del único art. del CC en el que aparece el término «controversia»: el art. 1787.

92 González Carrasco, C.: "Comentario", cit., p. 233.

93 Incluso el art. 1517.I CC, en sede de compraventa, presenta relación con el fenómeno sucesorio al señalar que «si el comprador dejare varios herederos, la acción de retracto no podrá ejercitarse contra cada uno sino por su parte respectiva, ora se halle indivisa, ora se haya distribuido entre ellos».

94 Gomá Lanzón, I.: "El arbitraje", cit., p. 14.

este sentido natural del término que, conforme al Diccionario de la RAE, es "dividir algo entre varias personas, designando lo que a cada uno corresponde, según voluntad, conveniencia, regla o derecho". De este modo, no parecería arriesgado atribuir al término "distribución" su sentido natural, sirviéndonos de una interpretación gramatical amplia (art. 3.1 CC). Sin embargo, la postura más clara parece ser la sostenida O' Callaghan, para quien, respecto del término "distribución" en la LArb, solo cabe la adopción de tres posturas: de una parte, suponer que la expresión no va más allá de su tenor literal; de otro lado, entender que la expresión abarca, en un sentido amplio, toda materia relacionada con la administración y la distribución de la herencia (incluyendo, por ejemplo, el control de la actuación del albacea o del contador-partidor); y por último, entender que la expresión no despliega relevancia alguna y que mediante arbitraje instituido por disposición *mortis causa* es posible resolver cualquier litigio sobre la sucesión[95]. De Prada Solaesa ha señalado, con razón, que esta última postura es "la más congruente con el fundamento del arbitraje testamentario, la facultad de libre disposición *mortis causa* del causante", de modo que "(n)o hay razón alguna que impida someter a esta forma de arbitraje todo aquello sobre lo que el testador tenga capacidad de disposición"[96]. Así, el término "distribución" no parece aportar nada esencialmente nuevo al ámbito objetivo del arbitraje, que deberá concretarse por la vía del art. 2.1 LArb en relación con los preceptos sustantivos de otras normas[97], que determinen la disponibilidad o no de la controversia -en este caso, en el marco del proceso sucesorio-.

De otra parte, es posible aproximar el término "distribución" en un sentido amplio a las operaciones de división a que se refiere el art. 786 LEC, tales como el inventario, la valoración de los bienes, la liquidación y, por último, la división en un sentido estricto de los bienes. Lo que no cabe, de ninguna manera es entender que en el término "distribución" pueden entenderse subsumidas "las cuestiones relativas la designación de herederos en aquellos casos en que, a pesar de existir testamento, es preciso abrir la sucesión intestada total o parcialmente (…)"[98]. Pues, "la determinación de quién haya de suceder (…) es una cuestión de orden público (…) indisponible para el testador"[99], tesis que abona el art. 670.II CC, al señalar que no puede dejarse al arbitrio de un tercero la subsistencia de nombramiento de herederos o legatarios.

95 O' Callaghan Muñoz, X.: "El arbitraje en Derecho sucesorio", *La Notaria*, núm. 47-48, 2007, p. 63.

96 De Prada Solaesa, M. d. P.: "El arbitraje", cit., p. 533.

97 Como establece la Exposición de Motivos de la LArb, anteriormente citada [*vid.* epígrafe VII.2.A) de este estudio].

98 González Carrasco, C.: "Comentario", cit., p. 233.

99 González Carrasco, C.: "Comentario", cit., p. 234.

c) "Administración de la herencia".

Además de la distribución de la herencia, el art. 10 LArb permite someter a arbitraje los litigios relativos a la "administración de la herencia". En este sentido, el Diccionario de la RAE establece, que por "administrar" se entiende ordenar, disponer, organizar una hacienda o bienes (acepción tres), así como graduar o dosificar el uso de algo, para obtener mayor rendimiento de ello o para que produzca mayor efecto (acepción ocho). De esta manera, el entendimiento más natural del término parece ser el de gestión y conservación del haber hereditario[100]. Más allá de esto, lo bien cierto es que el CC no ofrece una definición legal del término "administración", aunque sí lo emplea (o sus derivados) en diversos preceptos[101]. Tampoco contienen una definición ni la LArb, ni la LEC, aunque de manera general, y derivado de estos preceptos, es posible entender que se trata de actos de gestión y de cuidado del patrimonio y que no abarcan, por tanto, la disposición del mismo. Sirvan como ejemplo de este sentido del término los arts. 630 y ss. o el 727.2ª LEC, respecto de la administración judicial.

d) Recapitulación.

A la vista de lo anterior, no parece que las expresiones "distribución y administración de la herencia" aporten nada sustancialmente diferente al régimen jurídico del arbitraje instituido por disposición *mortis causa*. De esta manera, no parece lógico interpretar el precepto en el sentido de restringir el ámbito de decisión del árbitro respecto del que hipotéticamente tendría el juez[102]. Ahora bien, nada obsta a que el causante restrinja por sí mismo, el *thema decidendi* del árbitro[103]. Por todo ello, es razonable concluir con Gomá Lanzón que "el ámbito de actuación de los árbitros es mayor que la administración y distribución de la herencia y se extiende a todo lo que alcanza la libertad dispositiva del testador"[104].

100 Yáñez Vivero, Mº F.: "Arbitraje", cit., p. 95.

101 Arts. 103.4º, 154.2º, 162.II.3º, 164 y ss. (Capítulo III, del Título VII, del Libro I: «(d)e los bienes de los hijos y de su administración»), 183 y ss., 227, 233, 269.4º, 270, 299 bis, 398, 490, 494, 520, 801, 802 y ss., 831.2, 965, 999, 1020, 1026 y ss., 1052, 1058 — que se refiere a «libre administración» —, 1163, 1280.5º, 1322, 1362.3º, 1365.2º, 1366, 1376, 1382, 1384, 1387 y ss., 1412, 1416, 1437, 1439, 1459.2º y 4º, 1548, 1692 y ss., 1773, 1798, 1932.

102 Gomá Lanzón, I.: "El arbitraje", cit., p. 15.

103 Gomá Lanzón, I.: "El arbitraje", cit., p. 16.

104 Gomá Lanzón, I.: "El arbitraje", cit., p. 16. La misma tesis sostiene Hernández Buriel, al señalar que «no parece que en esta materia deba establecerse un criterio de arbitrabilidad más estricto que el que establece el art. 2 LA». Y en este sentido, «es sostenible admitir el arbitraje sucesorio en aquellas materias de la libre disposición del testador y no solamente en las de distribución y administración del caudal relicto ("Comentario", cit., p. 74).

B) Elementos predominantemente subjetivos.

El art. 10 LArb establece que el arbitraje testamentario solo puede operar para solucionar controversias que surjan entre herederos no forzosos o legatarios[105].

a) Herederos no forzosos.

Los herederos no forzosos se delimitan *a sensu contrario* a partir de los arts. 806 y 807 CC, de suerte que herederos no forzosos son todos aquellos a quienes la Ley no haya reservado una porción del haber hereditario. Sin embargo, "el testador puede cumplir dejando *por cualquier título* la legítima (art. 815 CC)"[106], por lo que el legitimario no es necesariamente heredero, de manera que lo que el CC garantiza es la percepción de es*a* cuota reservada, sin distinguir el título por medio del cual se produce esta atribución patrimonial[107]. A la vista de esta circunstancia, una interpretación literal del art. 10 LArb podría conducirnos a entender que es posible someter a arbitraje un conflicto nacido entre legitimarios que hayan recibido su porción hereditaria a través de *cualquier otro título*, pues no se trataría, en tal caso, de herederos *stricto sensu*[108]. Sin embargo, no parece ser esta la voluntad que rigió la creación del precepto, pues el *télos* de la norma debe verse en la protección de los intereses de los legitimarios, con independencia de cuál sea el título por el que estos reciben su cuota[109]. A la misma conclusión -la exclusión del arbitraje cuando exista riesgo para los intereses de los herederos forzosos- puede llegarse desde el art. 2.1 LArb, que dispone lo siguiente: "son susceptibles de arbitraje las controversias sobre materias de libre disposición conforme a derecho". En este sentido, no siendo disponible la legítima, la exclusión de la misma del ámbito objetivo del arbitraje es clara[110]. Y así, se entiende que el art. 10 LArb esté "concebido como "cláusula de orden público" para defender subjetivamente al heredero legitimario y objetivamente a su legítima como porción hereditaria intangible e indisponible frente al testador y frente al resto de herederos sean o no forzosos"[111]. Se entiende así, también, que -junto con la declaración de herederos *ab intestato* (STS 2 de octubre de 1946, ni las herencias futuras (STS 14 de marzo

105 Este es un lugar común en los países de nuestro entorno, como ya señaló Ogáyar Y Ayllón, T.: "Originación contractual y testamentaria del arbitraje". *Academia Valenciana de Jurisprudencia y Legislación,* núm. 41, 1955.

106 La cursiva es nuestra.

107 Hidalgo García, S.: "Arbitraje", cit., p. 209.

108 Yáñez Vivero, Mº F.: "Arbitraje", cit., p. 91.

109 Yáñez Vivero, Mº F.: "Arbitraje", cit., p. 91.

110 Otra cosa es que sea deseable desde la perspectiva de la política legislativa. A la misma conclusión llega el Tribunal Supremo alemán (BGH, en adelante), como recuerda Gleim, J.: *Letzwillige,* cit., p. 53, nota 188. *Cfr.* igualmente, STSJ Cáceres 1 de febrero de 2021.

111 Merino Merchán, J. F. y Chillón Medina, J. Mº: *Tratado, cit.*, p. 457. La misma tesis sostiene Díez–Picazo y Ponce De León, L.: "Comentario", cit., p. 112, al señalar que «el único fundamento de la restricción es el respeto de las legítimas». En el mismo sentido se ha afirmado que «el único objetivo de la limitación subjetiva del art. 10 LA es (…) la intangibilidad de los derechos legitimarios de los llamados herederos forzosos» [González Carrasco, C.: "Comentario", cit., pp. 227 y 229].

de 1974)- el TS determinara que las legítimas no pueden someterse a arbitraje (STS 28 de octubre de 1933).

La segunda de las cuestiones, altamente debatida, que se plantea respecto del ámbito objetivo del precepto es si es posible someter a arbitraje las controversias que surjan entre herederos forzosos sobre porciones de libre disposición para el testador, incluido el tercio de mejora.[112] A nuestro juicio la respuesta debe ser negativa respecto de la mejora en la medida en que los mejorados, siendo herederos forzosos, quedan excluidos por el propio tenor literal del art. 10 LArb. Algunos como Díez-Picazo[113], García Pérez[114] o Yáñez Vivero[115] entienden posible la sumisión, en la medida en que lo que se excluye del ámbito del arbitraje es cualquier cuestión litigiosa que afecte a la legítima, pero no aquella que afecte a los derechos e intereses de los herederos más allá de la legítima[116]. Así, una vez satisfecha la legítima, "las diferencias surgidas entre este [el legitimario] y otros herederos no forzosos o legatarios en torno a la administración o distribución del resto del caudal hereditario han de considerarse sometidas al arbitraje testamentario, salvo determinación contraria del testador"[117]. Del mismo modo, entiende Albaladejo que "la sola presencia de herederos forzosos en la sucesión no excluye el arbitraje, siempre que este no alcance a sustraer a aquellos de llevar a los Tribunales las posibles discrepancias que surjan en extremos que no sonde libre disposición del causante"[118]. Una postura más restrictiva adopta Hidalgo García, al sostener que "arbitraje debería reducirse a los casos en que sólo existan herederos o legatarios de carácter voluntario o, en todo caso, cuando se atribuya la legítima y el tercio de mejora a los forzosos y el de libre disposición a extraños, es decir, a herederos voluntarios, tan solo respecto de estos"[119]. La solución a tal cuestión depende de si se considera que la mejora de los hijos o descendientes es una porción hereditaria indisponible, o si por el contrario la mejora es una posibilidad de disponer diferente de la legítima[120]. González Carrasco se muestra partidaria "de entender que la legítima ha de considerarse de forma unitaria respecto de la posibilidad de someterla a arbitraje por parte del testador. Y ello porque la legítima larga o mejora es una parte de la legítima colectiva que corresponde a los

112 Yáñez Vivero, Mª. F.: "Arbitraje", cit., p. 92.

113 Díez–Picazo y Ponce De León, L.: "Comentario", *cit.*, p. 112.

114 García Pérez, C.: *Arbitraje,* cit., p. 44.

115 Yáñez Vivero, Mª. F.: "Arbitraje", cit., p. 93.

116 Yáñez Vivero, Mª. F.: "Arbitraje", cit., p. 92. Así, «(n)o hay inconveniente en aceptar que el testador puede instituir el arbitraje sobre cuestiones litigiosas que pueden plantearse sobre bienes y derechos que excedan de la legítima, p. ej., sobre el tercio de libre disposición» (Merino Merchán, J. F. y Chillón Medina, J. Mº: *Tratado,* cit., p. 456.) *Cfr.* igualmente STSJ Madrid 2 de marzo de 2021 (FJ. 3.º B).

117 González Carrasco, C.: "Comentario", cit., p. 229.

118 Albaladejo García, M.: *El arbitraje testamentario*, Actualidad Civil, núm. 1, 1990, p. 89.

119 Hidalgo García, S.: "Arbitraje", cit., p. 209.

120 González Carrasco, C.: "Comentario", cit., pp. 229 y 230.

hijos y descendientes"[121]. De este modo, un entendimiento amplio de la legítima comportaría la exclusión del arbitraje con la sola presencia de herederos forzosos. La solución más adecuada, desde una perspectiva de política legislativa, en ampliar el ámbito objetivo del arbitraje a los conflictos que se susciten respecto de la legítima, como se dirá en las conclusiones.

b) Legatarios.

Los problemas respecto de los legatarios parecen ser menores y se identifican en gran medida con lo expuesto anteriormente respecto de los herederos no forzosos. La principal dificultad que se plantea, como hemos señalado antes, es que el legado puede ser una vía para el pago de las legítimas[122]. La solución pasa por entender que no es admisible el arbitraje instituido por disposición *mortis causa* cuando exista un riesgo patrimonial para los intereses de los herederos forzosos -reciban la cuota por el título que la reciban-.

C) Otras cuestiones relativas al objeto del arbitraje: la validez del testamento.

Aquí se plantea la cuestión de si es posible someter a arbitraje la validez misma del testamento. El art. 22.1 LArb establece la regla de la competencia de la competencia (*Kompetenz-Kompetenz*) que permite a los árbitros decidir sobre su propia competencia, incluso sobre la validez del propio convenio[123]. Algunos se han mostrado contrarios a asumir la validez de esta regla en el arbitraje instituido por disposición testamentaria, de suerte que "la nulidad del testamento debe producir la nulidad de su institución [del arbitraje], sin que entre el juego el mecanismo *pro* arbitraje contenido en el art. 22.1 de la Ley de arbitraje (…)"[124]. En este sentido, "en caso de la nulidad del testamento en que se instituye el arbitraje o revocación total del mismo (…) no habrá arbitraje"[125]. A la misma conclusión se puede llegar desde la comprensión de que si el arbitraje se extiende tanto como la libertad de disponer del testador -y el causante carece de libertad para disponer sobre la impugnación del testamento (art. 675.II CC)- es razonable entender que los árbitros no pueden decidir sobre la validez o nulidad del testamento[126]. Otra cosa es que sea nula la institución de heredero, como por ejemplo por desheredación injusta, lo que nada afecta a la validez de la cláusula arbitral[127].

121 González Carrasco, C.: "Comentario", cit., p. 230.

122 Yáñez Vivero, Mª F.: "Arbitraje", cit., p. 92. Lo mismo observa Rogel Vide, C.: "Comentario", cit., p. 67.

123 Gomá Lanzón, I.: "El arbitraje", cit., p. 16. Para Alemania se sostiene una opinión distinta, de manera que no existirían diferencias al respecto entre el arbitraje convencional y el testamentario. Ver: Gleim, J.: *Letzwillige, cit.*, p. 193.

124 De Prada Solaesa, M. d. P.: "El arbitraje", cit., p. 527.

125 De Prada Solaesa, M. d. P.: "El arbitraje", cit., p. 535.

126 Gomá Lanzón, I.: "El arbitraje", cit., p. 16.

127 Gomá Lanzón, I.: "El arbitraje", cit., p. 17.

3. Forma de la disposición de sumisión a arbitraje.

Parece comúnmente admitido que los preceptos relativos a la forma que deben tenerse en consideración son los del vehículo sucesorio que contiene la disposición de sumisión a arbitraje[128]. Así, señala Capilla Roncero que "ningún argumento existe en contra de admitir el arbitraje testamentario, instituido por cualquier otro vehículo apto para ordenar la suerte de la sucesión *mortis causa*, de acuerdo con los diferentes regímenes jurídicos, coexistentes en nuestra Nación"[129]. De este modo, en aquellos regímenes especiales donde sea admisible, por ejemplo, el contrato sucesorio, debe admitirse que este vehículo es también idóneo para contener una disposición de sumisión a arbitraje[130]. Es justamente por este motivo, por el que hubiera resultado preferible la denominación de "arbitraje sucesorio", más amplio que el "arbitraje testamentario" que emplea la Ley[131].

VII. ESPECIALIDADES DEL PROCEDIMIENTO ARBITRAL SUCESORIO.

El procedimiento arbitral que trae causa de una disposición *mortis causa* presenta determinadas especialidades. Algunas de ellas se relacionan con el tribunal arbitral y otras con el régimen normativo aplicable.

1. Relativas al tribunal arbitral.

Respecto de las especialidades perceptibles en relación con el tribunal arbitral, es necesario diferenciar entre las relativas al nombramiento de los árbitros y las relativas a los requisitos que deben cumplir los llamados a arbitrar. Esta última cuestión plantea notables problemas respecto de quiénes pueden ser árbitros testamentarios, especialmente por la confluencia de distintas figuras en el proceso sucesorio (albaceas, contadores partidores, amigable componedor, arbitrador etc.), figuras respecto de las que el árbitro debe ser diferenciado. Quepa señalar, previamente que algunos autores sostienen la inexistencia de especialidades, de suerte que deberán ser de aplicación los arts. 13 (capacidad para ser árbitro), 15 (nombramiento de los árbitros) y 17 (motivos de abstención y recusación) LArb a los arbitrajes instituidos por disposición *mortis causa*[132].

128 SAP de Madrid (sección décima), núm. 485/2007, de 26 de octubre.

129 Capilla Roncero, F.: "Comentario", cit., p. 83.

130 Capilla Roncero, F.: "Comentario", cit., p. 83.

131 Capilla Roncero, F.: "Comentario", cit., p. 83. Respecto de los diversos vehículos sucesorios se pueden ver los siguientes preceptos: arts. 18.2, 23, 24 de la Ley 5/2015, de 25 de junio, de Derecho Civil Vasco; arts. 421-20 y 21 de la Ley 10/2008, de 10 de julio, del libro cuarto del Código Civil de Cataluña, relativo a las sucesiones; arts. 183 y ss. de la Ley 2/2006, de 14 de junio, de derecho civil de Galicia; arts. 316 y ss. del Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba, con el Título de «Código del Derecho Foral de Aragón», el Texto refundido de las Leyes civiles aragonesas; leyes 184 y ss. de la Ley 1/1973, de 1 de marzo, por la que se aprueba la Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra; y arts. 6 y ss. del Decreto Legislativo 79/1990, de 6 de septiembre, por el que se aprueba el texto refundido de la compilación de derecho civil de las Islas Baleares.

132 Gomá Lanzón, I.: "El arbitraje", cit., p. 9.

A) Relativas a la designación.

Se ha dicho con razón que, "admitido solo el arbitraje testamentario como figura excepcional de arbitraje unilateral, que tiene que ser instituido u ordenado por el causante, se requiere que la articulación del mismo (designando, por ejemplo, a los árbitros), tenga raíces en la voluntad del causante"[133]. En este sentido, la designación del árbitro debe hundir sus raíces en la voluntad del causante. Otros, sin embargo, discrepan de esta tesis, entendiendo que los árbitros pueden ser designados bien por el causante, o por un tercero a quien se haya encargado la designación -siendo de aplicación el art. 14 LArb.-.

B) Relativas a la capacidad para ser árbitro.

Como se ha señalado anteriormente, algunos autores sostienen la aplicación, sin excepcionalidad alguna del art. 13 LArb, relativo a la capacidad para ser árbitro. Al respecto sostiene Díez-Picazo, "los árbitros deberán reunir los requisitos de idoneidad e imparcialidad que siempre les son exigibles"[134]. Discrepa González Carrasco al entender "tampoco los requisitos para el desempeño del cargo son idénticos tras la LA 60/2003"[135]. La postura más coherente parece ser la de exigir los mismos requisitos de idoneidad e imparcialidad.

C) Distinción de figuras afines.

La nota característica que distingue a los árbitros instituidos por disposición testamentaria del resto de sujetos que intervienen en posiciones similares en la sucesión es que la decisión de ninguno de estos últimos tiene fuerza ejecutiva, de suerte que ni es título ejecutivo (en el sentido del art. 517.2.2º LEC), ni produce los efectos de cosa juzgada (arts. 207 y 222 LEC). La decisión de estos sujetos, como se ha señalado, "solo posee efectos contractuales, de integración de una relación jurídica"[136]. Otra diferencia relevante, en términos generales, estriba en que el régimen de motivación de las resoluciones es distinto: laxa para los albaceas y contadores partidores y estricta para los árbitros (art. 35.4 LArb)[137].

a) Albacea.

La primera figura afín que plantea problemas de compatibilidad respecto del árbitro es el albacea. Debe partirse de la consideración de que al albacea no

133 Capilla Roncero, F.: "Comentario", cit., p. 93. También SAP de Madrid, de 15 de octubre de 1991.

134 Díez–Picazo Y Ponce De León, L., en González Soria, J. (coord.): "Comentario", cit., p. 111.

135 González Carrasco, C.: "Comentario", cit., p. 232.

136 Verdera Server, R.: *Partición,* cit., p. 30.

137 González Carrasco, C.: "Comentario", *cit.*, p. 232.

corresponde resolver el conflicto sucesorio[138], de suerte que, aunque reduzca la conflictividad (o resuelva "situaciones de bloqueo"[139]) su actuación no obstruye la vía judicial -como sí sucede, salvo muy reducidas excepciones, con los árbitros-[140]. Ahora bien, que el albacea no sea un árbitro[141], ni tenga entre su haz de facultades las de los árbitros[142], no quiere significar que no pueda desempeñar las facultades de un árbitro, siempre que esta condición le haya sido atribuida expresamente en la disposición *mortis causa* -o, por ejemplo, en un convenio arbitral posterior-[143]. Y en este sentido, las facultades de que dispone un árbitro instituido por disposición *mortis causa* no pueden identificarse con las encomendadas a estas otras figuras afines -entre las que se encuentra el albacea-, aunque sí es posible la acumulación de facultades[144]. Del mismo modo, señala Lorca Navarrate que, "con arreglo al artículo 901 CC, las facultades [de arbitraje] *las podrá conferir el testador a los albaceas*"[145]. En la misma línea señala Capilla Roncero que "habiendo sido conferida la condición de árbitro al albacea, de forma clara en el testamento, ningún inconveniente hay para que ese albacea goce de facultades de árbitro"[146]. Otros autores se oponen a tal compatibilidad, por entender que la imparcialidad del albacea está puesta en entredicho[147]. Lo cierto es, sin embargo, que la jurisprudencia no se ha mostrado en contra de esta compatibilidad (STS 14 de noviembre de 1984). Otros autores han entendido que no es posible dar una respuesta *a priori* y con pretensiones de absolutividad a la cuestión de la compatibilidad o no. Más bien, la respuesta dependería *in concreto* de la controversia a que se refiera el

138 Gomá Lanzón, I.: "El arbitraje", cit., p. 9.

139 Gomá Lanzón, I.: "El arbitraje", cit., p. 9.

140 Gomá Lanzón, I.: "El arbitraje", cit., p. 9.

141 Yáñez Vivero, Mª F.: "Arbitraje", cit., p. 85. También lo entiende así CAPILLA RONCERO, al señalar que «(l)a facultad de interpretar decisoriamente el testamento, de que haya sido investido un albacea, no lo convierte, por ese simple hecho, en árbitro, en sentido técnico, careciendo de los efectos propios del laudo la interpretación decisoria del ejecutor testamentario» (Capilla Roncero, F.: "Comentario", cit., p. 79).

142 Respecto de la cuestión de si puede entenderse que el albacea incluye *ex lege,* entre sus funciones, las facultades arbitrales, se ha dicho que la «negativa es clara, pues esa facultad no se encuentra, ni expresa ni implícita, entre las que enumeran los arts. 902 y 903 CC; y claramente, la figura del árbitro testamentario se encuentra investida de cierta excepcionalidad en nuestro Derecho» (Capilla Roncero, F.: "Comentario", cit., p. 80).

143 Al respecto ha señalado Verdera Server que se trata de «figuras independientes y que solo en caso de que el testador cumule expresamente en una persona esas funciones podrá admitirse la acumulación» (Verdera Server, R.: *Partición*., cit., p. 32). Así lo entienden, para Alemania, Baumbach, A. (*et. all.*): *Zivilprozessordnung*, septuagésimo quinta edición, C.H. Beck, Münich, 2017, p. 2772.
En el mismo sentido, Tribunal Supremo austríaco (OGH) reconoció en sentencia de 21 de mayo de 1987 (6Ob590/87) la compatibilidad entre el cargo albacea («*Testamentsvollstrecker*») y de árbitro. Hasta la fecha (enero de 2021) el OGH no se ha pronunciado sobre la admisibilidad del arbitraje testamentario respecto de la legítima.

144 Díez–Picazo y Ponce De León, L.: "Comentario, cit., p. 113.

145 Lorca Navarrete, A. Mº.: *Comentarios,* cit., p. 612.

146 Capilla Roncero, F.: "Comentario", cit., p. 79.

147 De Prada Solaesa señala «que no es aceptable un rechazo *a priori*, pero me parece claramente desaconsejable la concurrencia en la misma persona de la condición de albacea o contador partidor y de árbitro testamentario (…)» (De Prada Solaesa, M. d. P.: "El arbitraje", *cit*., p. 535). Más contundente en el rechazo son otros como: De Prada Guaita, C.: "*El arbitraje testamentario*", *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, núm. 54, 2014, pp. 425 – 429; y Gomá Lanzón, I.: "El arbitraje", *cit*., p. 10.

arbitraje[148]. De este modo, entiende Yáñez Vivero, con razón a nuestro juicio, que "no habría inconveniente en que el testador designe árbitro testamentario a un albacea o partidor con el objeto de resolver una cuestión litigiosa referente a una materia en la que previamente no haya intervenido"[149].

b) Contador partidor.

La polémica respecto de los albaceas se repite en cierta manera en relación con los contadores partidores. En este sentido, Gomá Lanzón entiende que no pueden coincidir las figuras del árbitro con las del contador-partidor, de suerte debería cumplir sus respectivos requisitos de idoneidad[150]. La acumulación de facultades es también una cuestión debatida. Algunos como Merino y Chillón sostienen que no existe inconveniente en la acumulación de facultades, siempre que esta haya sido la voluntad del causante o que así lo convengan las partes en la sucesión[151]. Se plantean problemas, sin embargo, cuando la controversia que debe resolver este contador–partidor al que se ha atribuido funciones arbitrales se refiere a su propia actuación[152]. Cuando este sea el supuesto, debe excluirse la posibilidad de que actúe como árbitro, por cuestiones elementales de imparcialidad (art. 15.6 y 17.2 LArb, entre otros). Así lo entiende Hidalgo García, pues "se estaría sometiendo al contador-partidor la validez de sus propias decisiones"[153], lo que como señala García Pérez, supondría infringir la prohibición general del art. 670 CC[154]. De este modo, se entiende que no haya problemas en afirmar la compatibilidad entre ambas figuras en los supuestos "en que tanto la función del contador partidor como la del árbitro son institucionales y uno y otro cargo hayan sido designados por una misma institución"[155]: la imparcialidad y ajenidad a la controversia permanece incólume.

2. Relativas al derecho aplicable: ¿equidad?

La última de las cuestiones que se plantea respecto del tribunal arbitral es la del orden normativo que está llamado a aplicar. La LArb no establece ninguna especialidad al respecto, de modo que cabe entender, señala Díez-Picazo que "con carácter general son admisibles un arbitraje testamentario de derecho y un arbitraje testamentario de equidad"[156]. De la misma opinión es Capilla Roncero,

148 Yáñez Vivero, Mº F.: "Arbitraje", cit., p. 88.

149 Yáñez Vivero, Mº F.: "Arbitraje", cit., p. 89.

150 Gomá Lanzón, I.: "El arbitraje", cit., p. 12.

151 Merino Merchán, J. F. y Chillón Medina, J. Mº: *Tratado,* cit., p. 460.

152 De Prada Solaesa, M. d. P.: "El arbitraje", cit., p. 526. La misma solución se puede sostener con el derecho alemán a la vista, como recuerda Gleim, J.: *Letzwillige, cit.*, p. 252, nota 34.

153 Hidalgo García, S.: "Arbitraje", cit., p. 208.

154 García Pérez, C.: *El arbitraje*, cit., p. 255.

155 Gomá Lanzón, I.: "El arbitraje", cit., p. 11.

156 Díez–Picazo Y Ponce De León L.: "Comentario", cit., p. 113.

aunque añadiendo -a nuestro juicio discutiblemente- que "ante el silencio sobre ese extremo, prevalecerá la consideración de que es de equidad (…)"[157]. Otras como González Carrasco exigen autorización expresa a los árbitros para poder decidir en equidad, de suerte que cuando no exista disposición expresa al respecto, "el arbitraje será de derecho, con la consiguiente exigencia de que los árbitros sean abogados en ejercicio (art. 15.1 LA)"[158]. Esta parece ser la tesis más acertada, pues la especialidad de la materia sucesoria no justifica una exclusión de la regla general del art. 15.1 LArb. Más allá de eso, que el árbitro pueda decidir en equidad no significa que pueda alejarse de lo dispuesto en el testamento, de suerte que siempre "estará sujeto a lo declarado en el testamento y su interpretación deberá ajustarse a lo dispuesto imperativamente en el art. 675 CC"[159].

IX. CONCLUSIONES.

1. En primer lugar, el arbitraje instituido por disposición *mortis causa* es una institución ajena al derecho histórico español. Su origen puede verse, como se ha señalado anteriormente, en el derecho procesal alemán de finales del siglo XIX. Su ajenidad a nuestra tradición puede ser una de las razones, sumada a otras que señalaremos ahora, que expliquen el poco arraigo que presenta en la praxis jurídica.

2. En segundo término, la redacción del precepto plantea algunos inconvenientes. En este sentido, se ha sostenido que sería más conveniente que el precepto no hiciera ninguna referencia a "administración y distribución" y que fuera de aplicación tan solo la norma general establecida en el art. 2 LArb, para evitar posibles anulaciones posteriores porque los árbitros hayan decidido *ultra vires*[160]. En la misma línea, parece adecuado ampliar el ámbito objetivo de aplicación de la norma, extendiéndola a los herederos forzosos, pues si el arbitraje es un "equivalente jurisdiccional"[161], no se entiende la exclusión de esta materia (exclusión también presente, todo sea dicho, en otros ordenamientos vecinos). Además, sería aconsejable una modificación en el art. 10 LArb que se aclarase los problemas de compatibilidad de las funciones del árbitro y de las otras figuras afines de que nos hemos ocupado anteriormente. En la misma línea, y en reconocimiento de las especialidades forales que existen, sería recomendable la sustitución del término "testamentario" por cualquiera más amplia, que asumiera las distintas tradiciones jurídicas de nuestro país, por ejemplo, por ejemplo, la más general que proponemos *infra*. En definitiva, el precepto podría quedar redactado de la

157 Capilla Roncero, F.: "Comentario", cit., p. 92.

158 González Carrasco, C.: "Comentario", cit., p. 32.

159 García Perez, C.: *Arbitraje,* cit., p. 458.

160 De Prada Solaesa, M. d. P.: "El arbitraje", cit., p. 532.

161 SSTC 15/1989 (26 de enero) y 288/1993 (4 de octubre), entre otras.

siguiente manera: "Artículo 10. Arbitraje instituido por disposición *mortis causa.* 1. El arbitraje podrá nacer de una disposición *mortis causa.* 2. Podrán someterse a arbitraje instituido por disposición *mortis causa* todas las controversias que se susciten entre herederos y legatarios por cuestiones relativas a la sucesión. 3. El albacea, el contador–partidor y otras figuras análogas podrán desempeñar las funciones de árbitro, siempre que el causante, los herederos o los legatarios lo hayan previsto de manera expresa y que se cumplan los requisitos de idoneidad e imparcialidad que exige esta Ley".

BIBLIOGRAFÍA

Albaladejo García, M.: "El arbitraje testamentario", *Actualidad Civil*, núm. 1, 1990.

Behme, C.: *Mediations- und Schlichtungsklauseln in letzwilligen Verfügungen,* núm. 76, 2021.

Boecken, W.: *BGB -Allgemeiner Teil*, Kohlhammer, tercera edición, Stuttgart, 2019.

Calatayud Sierra, A.: "El arbitraje testamentario desde el derecho aragonés", *Revista de derecho civil aragonés*, núm. 18, 2012.

Calvo Corbella, J. C.: "El arbitraje como cuestión de Estado", *Revista especializada La LEY mediación y arbitraje*, núm. 3, 2020.

Capilla Roncero, F.: "Comentario al art. 10" en AA. VV.: *Comentarios a la Ley de Arbitraje* (dir. por Bercovitz Rodríguez-Cano, R.), Tecnos, 1991, Madrid.

Castán, J.: *Derecho civil español común y foral*, Tomo III, sexta edición revisada, Instituto Editorial Reus, 1944.

Chamocho Cantudo, M. A.:

- *Los fueros de los reinos de Andalucía: de Fernando III a los Reyes Católicos,* Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2017.
- *Los fueros del Reino de Toledo y Castilla la Nueva*, Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2017.

Cucarella Galiana, L. A.:

- *Derecho a la igualdad, prohibición de discriminación y jurisdicción*, LA LEY, Wolter Kluwers, Madrid, 2019.
- "Impacto normativo del Real Decreto 5/2012, 5 de marzo, de mediación en asuntos civiles y mercantiles en la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil", *Revista General de Derecho Procesal*, núm. 27, 2012.

De Castro y Bravo, F.: *El negocio jurídico*, Civitas, Madrid, 1985.

De Prada Guaita, C.: "El arbitraje testamentario", *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, núm. 54, 2014.

De Prada Solaesa, M. d. P.: "El arbitraje testamentario" en AA.VV.: *Estudios de derecho privado en homenaje a Juan José Rivas Martinez* (dir. por Pérez-Bustamante De Monasterio), Dykinson, Madrid, 2013.

Díez–Picazo y Ponce De León, L.: "Comentario al art. 10", en AA. VV.: *Comentarios a la nueva Ley de Arbitraje 60/2003, de 22 de diciembre* (coord. por González Soria, J.), Aranzadi, Madrid, 2004.

D' Ors, A.: *El Código de Eurico*, segunda edición, Colección Leyes Históricas de España, Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2014.

Fernández De Buján, A.: *La deuda histórica del arbitraje moderno*, Real Academia de Jurisprudencia y Legislación Madrid, 2014.

García Pérez, C.: *El arbitraje testamentario*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.

Gleim, J.: *Letzwillige Schiedsverfügungen,* Max–Planck–Institut für ausländisches und internationales Privatrecht, Mohr Siebeck, Tubinga, 2020.

Gomá Lanzón, I.: "El arbitraje en el derecho sucesorio. El arbitraje testamentario", *El Notario del Siglo XII*, núm. 50º, 2013.

González Carrasco, C.: "Comentario al art. 10", en AA. VV.: *Comentarios a la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje* (dir. por Garberí Llobregat, J.), Bosch, Barcelona, 2004.

Hahnkamper, W.: "Letzwillig angeordnete Schiedsgerichte", *Fachzeitschrift für Wirtschaftsrecht*, núm. 9, 2017.

Harder, F.: *Das Schiedverfahren im Erbrecht,* C.H. Beck, Múnich, 2007.

Hernández Buriel, J.: "Comentario al art. 10" en AA. VV.: *Comentarios a la Nueva Ley de arbitraje* (dir. por Hinojosa Segovia, R.), Grupo Difusión, Barcelona, 2004.

Hidalgo García, S.: "Arbitraje testamentario" en AA.VV.: *Comentarios prácticos a la Ley de Arbitraje* (coord. por Guilarte, V.), Lex Nova, Valladolid, 2004.

Lehne–Gstreinthaler, C.: "Schiedsgerichtsbarkeit und außergerichtliche Kontlifkbereinigung im klassischen römischen Recht" en AA. VV. *Außergerichtliche Konfliktlösung in der Antike* (dir. por Pfeifer, G., y Grotkamp, N.), Max Planck Institute for European Legal History, 2017.

López Richart, J.: *El contrato en favor de tercero*, Tesis doctoral, Universidad de Alicante, Alicante, 2001.

Lorca Navarrete, A. Mº.: *Comentarios a la nueva Ley de Arbitraje 60/2003 de 23 de diciembre,* Editorial de la Revista Vasca de Derecho Procesal y Arbitraje, San Sebastián, 2004.

Merino Merchán, J. F. y Chillón Medina, J. Mº: *Tratado de Derecho arbitral*, Civitas, Madrid, 2014.

O' Callaghan Muñoz, X.: "El arbitraje en Derecho sucesorio*", La Notaria*, núm. 47-48, 2007.

Ogáyar y Ayllón, T.: "Originación contractual y testamentaria del arbitraje", *Academia Valenciana de Jurisprudencia y Legislación,* núm. 41, 1955.

Pérez Martín, A.: *Fuentes romanas en las Partidas*, Glossae: Revista de Historia del Derecho Europeo, núm. 4, 1992.

Prieto Castro y Ferrándiz, L.: "Una nueva regulación del arbitraje", *Revista de Derecho Privado*, 1954.

Ramis Barceló, R.: *El libro de los juicios* (Liber Iudiciorum), estudio preliminar de Rafael Ramis Barceló, traducción y notas de Pedro Ramis Serra y Rafael Ramis Barceló, Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2015.

Rogel Vide, C.: "Comentario al art. 10", en AA.VV.: *Comentarios a la Ley de Arbitraje* (coord. por Díaz–Bastien, E., Díaz–Bastien & Truan Abogados, Madrid, 2007.

Verdera Tuells, E.: *La Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de arbitraje, entre la tradición y la innovación*, Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Madrid, 2005.

Verdera Server, R.:

- "Comentario al art. 10" en AA. VV.: *Comentarios a la Ley de Arbitraje* (coord. por Barona Vilar, S.), Civitas, Madrid, 2004.

- *Partición de la herencia y arbitraje*, Bosch, Barcelona, 2017.

Yáñez Vivero, Mª. F.: "Arbitraje y derecho de sucesiones: el arbitraje testamentario" en AA.VV.: *El arbitraje en las distintas áreas del Derecho* (dir. por Collantes González, J.L.), vol. 4. Palestra Editores, Lima, 2007.

Ziegler, K.-H.: "Das private Schiedsgericht im antiken römischen Recht", *Münchener Beiträge zur Papyrusforschung und antiken Rechtsgeschichte*, vol. 58, 1971.

VENTAS EN CADENA Y CADENA DE SUBCONTRATISTAS ANTE EL IMPUESTO EUROPEO SOBRE EL VALOR AÑADIDO

SUPPLY CHAIN OF GOODS AND SUBCONTRACTING CHAIN IN THE VALUE ADDED TAX

Rev. Boliv. de Derecho Nº 34, julio 2022, ISSN: 2070-8157, pp. 534-563

Enrique DE MIGUEL CANUTO

ARTÍCULO RECIBIDO: 18 de abril de 2022
ARTÍCULO APROBADO: 30 de abril de 2022

RESUMEN: En una cadena de operaciones ¿qué debe hacer el sujeto pasivo receptor de un bien o servicio para evitar que le sea denegada la deducción de las cuotas soportadas del IVA, cuando se ha cometido un fraude fiscal en una fase anterior de la cadena de entregas de bienes o en la cadena de subcontratistas?

PALABRAS CLAVE: Cadena de subcontratistas; IVA; ventas en cadena.

ABSTRACT: *In a chain of economic operations, what should the taxable person receiving a good or service do to avoid being denied the deduction of the VAT amounts paid, when a tax fraud has been committed in an earlier phase of the supply chain of goods or in the subcontracting chain?*

KEY WORDS: *Subcontracting chain; supply chain of goods; VAT.*

SUMARIO.- I. OPERACIONES EN CADENA.- II. CASO VIKINGO.- III. EL PRINCIPIO DE REALIDAD DE LAS OPERACIONES.- IV. PERFILES DEL FRAUDE.- V. RACIONALIDAD Y LEGALIDAD DE LA CADENA.- VI. CARGA DE LA PRUEBA SOBRE EL FRAUDE.- VII. ¿ACTUACIÓN ACLARADA?.- VIII. CASO PETER DAVID: CADENA DE SUBCONTRATISTAS.- IX. MEDIDAS RAZONABLES.- X. CONOCIMIENTO DEL FRAUDE.- XI. CASO HR-FINANZAMT WILMERSDORF.- XII. PARTICIPACIÓN EN FRAUDE DEBIDO SABER.

I. OPERACIONES EN CADENA.

En Derecho europeo, en el contexto del impuesto sobre el valor añadido[1], en los casos de *operaciones en cadena*, encontramos la tesis, presente en la jurisprudencia doméstica, de que se debe realizar un examen de esta cadena en su totalidad y de los actos jurídicos llevados a cabo entre los participantes de la misma, y comprobar si la constitución de esta cadena está razonablemente justificada. Podría denegarse la deducción de las cuotas soportadas en el impuesto, en caso de que la creación de la cadena desde el punto de vista económico no sea racional, no esté razonablemente justificada o si alguno de los elementos de la operación realizada por los participantes no queda justificado por el sujeto pasivo o no es verificable.

El Tribunal de Justicia de la Unión europea no ha asumido esta tesis y ha entendido que la Directiva del IVA se opone a que la Administración deniegue la deducción del impuesto porque el sujeto pasivo receptor no se ha cerciorado de que el emisor de la factura relativa a los bienes tenía la condición de sujeto pasivo, que disponía de los bienes y que cumplió con sus obligaciones de declaración e ingreso del IVA, siempre que se cumplan los requisitos materiales y formales previstos por la Directiva 2006/112[2] para el ejercicio de la deducción y que el sujeto pasivo no tuviera indicios que le permitieran sospechar la existencia de irregularidades o de un fraude por parte del emisor.

Sin embargo, en un escenario de fraude, frente a la anterior tesis de la independencia inicial entre los eslabones de la cadena de operaciones, el Tribunal

1 Puede verse de la Feria : *The EU VAT System and the internal market*, Amsterdam, 2009; Falcón Tella, R., y Pulido Guerra, E.,: *Derecho fiscal internacional*, Madrid-Barcelona-Sao Paulo-Buenos aires, 2.013; Ramírez Gómez, S., : *El Impuesto sobre el valor añadido*, Madrid, 1.994.

2 Directiva 2006/112, del Consejo de la Unión europea, de 28 de noviembre de 2006, relativa al sistema común del IVA (*Diario Oficial de la Unión europea* L 347, de 11.12.2006).

• 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 prestado servicios durante veinte años como magistrado suplente de la Sala de lo contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad valenciana. Correo electrónico: enrique.de-miguel@uv.es.

de la Unión razona ahora que el fraude en una fase de la cadena de entregas o prestaciones tiene efectos en las fases siguientes de la cadena, *si la cuota de IVA recaudada no coincide con la cuota debida adeudar*, como consecuencia de la disminución del precio de los bienes o de los servicios, debida al IVA que no ha sido soportado. La adquisición por el sujeto pasivo de los bienes que han sido objeto de una operación fraudulenta anterior permite su venta a un precio más bajo, como muestran los hechos de los litigios origen de las cuestiones prejudiciales, de modo que, a la postre, se facilita el fraude.

Respecto al principio de neutralidad, en esta línea de razonamiento, el Tribunal de la Unión ha apreciado que, cuando el sujeto pasivo sabía o debería haber sabido que, mediante su adquisición, participaba en una operación que formaba parte de un fraude, entonces, la denegación por la Administración de la deducción del impuesto al sujeto pasivo receptor no puede considerarse una vulneración del principio de neutralidad fiscal, principio que no puede ser invocado a efectos de deducción del IVA soportado por un sujeto pasivo que ha participado en un fraude fiscal.

II. CASO VIKINGO.

El caso *Vikingo*[3], resuelto por auto del Tribunal de la Unión de 3 de septiembre de 2020 es una cuestión prejudicial elevada por el *Fővárosi Közigazgatási és Munkaügyi Bíróság*, de Hungría, sobre entregas de bienes en el contexto de un conjunto de operaciones en cadena.

La actora, Vikingo, cuya actividad principal consiste en el comercio mayorista de productos de *confitería* y caramelos, celebró el 20 de marzo de 2012 con Freest Kft. un contrato relativo al suministro de diez máquinas empaquetadoras y de una máquina llenadora que debía efectuarse antes del 20 de diciembre de 2012. Este contrato recogía la posibilidad de recurrir a subcontratistas. El 21 de mayo de 2012, Vikingo celebró un nuevo contrato con la proveedora Freest cuyo objeto era la adquisición de seis máquinas empaquetadoras y de una ensacadora que debían entregarse en 2013. Estas máquinas, según lo estipulado en los dos contratos, fueron *adquiridas por Freest a otra sociedad quien, a su vez, las había comprado a otra sociedad*. Vikingo ejerció el derecho a deducir el IVA soportado en relación con las dos facturas emitidas por Freest.

La Administración tributaria de primer grado, a raíz de una inspección *a posteriori* de las declaraciones del IVA, efectuó una liquidación complementaria por un importe de 8. 020. 000 florines húngaros (23. 290 euros), en relación con el segundo y el cuarto trimestre del año 2012, por un importe de 8. 020. 000 florines

3 Auto del TJUE 3 septiembre 2020, caso Vikingo, causa C- 610/19 (Hungría).

húngaros (23. 290 euros) y de 13. 257. 000 florines (38 844 euros), en relación con el primer trimestre del año 2013, quedando desglosados esos importes en dos partes, una correspondiente al importe del IVA recuperado incorrectamente y la otra al importe del IVA no satisfecho. La Administración impuso a Vikingo una multa y aplicó un recargo de mora.

La Administración consideró, basándose en las constataciones llevadas a cabo en controles conexos y en las declaraciones de los administradores de las sociedades implicadas en la cadena de entregas, que las máquinas se habían adquirido a *persona desconocida*, de forma que estas operaciones no habían tenido lugar ni entre las personas que figuraban en las facturas ni en el modo expresado en las mismas. La Administración tributaria de segundo grado confirmó una de las resoluciones y modificó la segunda corrigiendo el importe del IVA no satisfecho y los importes de la multa y de los recargos de mora.

Contra estas resoluciones, Vikingo interpuso recurso ante el Tribunal remitente, el *Fővárosi Közigazgatási és Munkaügyi Bíróság*, Tribunal de lo contencioso y de lo social de la Capital, Budapest, el cual las modificó mediante dos sentencias. Ese tribunal señaló, por lo que se refiere al derecho a deducir, que Vikingo había presentado las facturas y los documentos que certificaban su emisión y su pago, y consideró que la entrega de las máquinas objeto de ambos contratos era un hecho no controvertido. Asimismo, consideró que la Administración se había basado en elementos no pertinentes como la circunstancia de que las empresas situadas en los eslabones anteriores de la cadena de entregas carecían de medios materiales y de recursos humanos y que a los administradores interrogados les flaqueara la memoria en relación con las operaciones en cuestión.

En una segunda etapa, el Tribunal Supremo, de Hungría, anulo estas dos sentencias y devolvió los asuntos al Tribunal de instancia. Consideró que, al examinar cada contrato y la eventual intención de eludir el impuesto, la Administración debía llevar a cabo un examen de la *cadena de entregas en su conjunto* y de la influencia que los elementos de esta tenían entre sí. Entendió que la Administración había actuado correctamente al recabar las pruebas relativas a todos los actores de esta cadena y que el Tribunal de primera instancia había hecho una interpretación incorrecta del art. 127, apartado 1, de la Ley de contabilidad y de la jurisprudencia del Tribunal de la Unión al basarse en la existencia de una factura correcta a pesar de que el derecho a deducir presupone que exista una operación económica verdadera.

El Tribunal Supremo, en las resoluciones de devolución de los asuntos, consideró que el auto 10 noviembre 2016, caso Signum Alfa Sped, causa C-446/15, en el que se había basado el Tribunal de Budapest, no modificaba los criterios del procedimiento que debía seguirse para apreciar la existencia del derecho a

deducir y le ordenó, con arreglo a las normas del procedimiento civil aplicables, respetar los criterios anteriormente elaborados por el propio Tribunal Supremo, en un dictamen 26 septiembre 2016 en lo referente tanto a la determinación de los hechos objetivos relevantes para reconocer el derecho a deducir como a la apreciación de las pruebas, exigiendo que el Tribunal de instancia se atuviera a las normas relativas a las cadenas de entregas y a las disposiciones de la Ley doméstica de contabilidad. Según el Tribunal Supremo, la Administración habría actuado correctamente al recabar pruebas acerca de todos los actores de esta cadena y habría examinado, respetando estas normas sobre entregas y esta Ley de contabilidad, la cuestión de si Vikingo sabía que participaba en un fraude fiscal.

En una tercera etapa, el Tribunal remitente, que es el tribunal de primera instancia, expone que, aunque haya quedado demostrado que las máquinas objeto de los contratos fueron puestas en servicio en el establecimiento de Vikingo, la Administración consideró que las facturas, no censuradas en cuanto a su forma, y los demás documentos aportados no demostraban la realización de las operaciones mencionadas en estas facturas, ya que su contenido quedó refutado por las declaraciones, acerca de la entrega y del origen de las máquinas, del emisor de las facturas y de los administradores de las empresas situadas en un eslabón anterior de la cadena, de forma que dichas facturas no eran fidedignas en cuanto a su contenido, a pesar de que todos los administradores admitieron que la entrega y la puesta en servicio de las máquinas habían tenido lugar efectivamente. Asimismo, y por lo que se refiere a las medidas diligentes que cabía razonablemente exigir al adquirente, la Administración no consideró suficiente que Vikingo hubiera consultado, antes de celebrar los contratos, el extracto del Registro mercantil relativo al otro contratante y hubiera solicitado un modelo de firma de la empresa, ni la circunstancia de que el administrador de la proveedora Freest acudiera al establecimiento.

El Tribunal remitente señala que las circunstancias de hecho del litigio principal son análogas a las de los asuntos en los que recayó la sentencia de 21 junio 2012, caso *Mahagében y Dávid*, causa C-80/11, y los autos de 16 de mayo de 2013, caso *Hardimpex,* causa C-444/12, y 10 noviembre 2016, caso *Signum Alfa Sped*, causa C-446/15. A pesar de las respuestas dadas por el Tribunal de la Unión, el Tribunal remitente considera que siguen existiendo desarmonías en la interpretación jurídica que lleva a cabo la Administración y los tribunales nacionales. Señala que la Administración continúa denegando el derecho a deducir cuando el contenido de las facturas no es fidedigno al calificar automáticamente este hecho como un fraude que el sujeto pasivo debía conocer necesariamente.

A juicio del Tribunal remitente se plantea de nuevo la cuestión de si la práctica de la Administración y la interpretación del Tribunal Supremo en su dictamen pueden

ser contrarios al objetivo[4] del derecho a deducir previsto en el art. 168, letra a), de la Directiva 2006/112, sobre afección a la actividad, y si esta interpretación es conforme con el art. 178, letra a), de esta Directiva, sobre facturación de la operación, y con los principios de neutralidad fiscal y de efectividad.

El Tribunal remitente alberga dudas acerca de la conformidad con los arts. 220 y 226 de la Directiva 2006/112, sobre operaciones y contenido de las facturas, de la práctica de la Administración consistente en supeditar el derecho a deducir al cumplimiento del requisito de que la factura demuestre la realización de la operación y de las disposiciones de la Ley húngara de contabilidad, y en considerar que no es suficiente una factura formalmente válida.

También se interroga acerca de la conformidad de esta práctica con los principios de neutralidad, de efectividad y de proporcionalidad y con la jurisprudencia del Tribunal de la Unión, en lo referente a las exigencias relativas a los hechos que deben quedar demostrados y a las pruebas que deben aportarse. Sin dejar de admitir que un fraude puede requerir un examen de hechos relevantes referidos a los participantes en la cadena que sean eslabones anteriores al sujeto pasivo, el Tribunal remitente alberga dudas acerca de la práctica de la Administración consistente en *reconstruir toda la cadena de operaciones* y en apreciar, en caso de que considere que esta no es racional desde un punto de vista económico o si una operación no se justifica o no queda debidamente probada, que existe una irregularidad que debe llevar a la denegación del derecho a deducir, y ello con independencia de si el sujeto pasivo tenía conocimiento, o debía tener conocimiento, de esta circunstancia.

III. PRINCIPIO DE REALIDAD DE LAS OPERACIONES.

Frente a las concepciones de corte nominalista, el Tribunal de la Unión, acogiendo la solución del Derecho doméstico, sienta la lógica exigencia de que la factura emitida por el proveedor debe expresar una operación económica real efectuada con el receptor.

El Tribunal remitente indica que, a pesar de que los requisitos materiales y formales de la deducción se cumplen en el litigio principal, la Administración denegó a la actora el derecho a deducir al amparo de disposiciones de la Ley de contabilidad de Hungría, de las que se desprende que la factura debe consignar la realización de la operación y, en consecuencia, guardar relación con una operación económica real[5].

4 El derecho a deducir las cuotas soportadas no es ningún objetivo sino un elemento de la obligación tributaria en el IVA.

5 Apartado 45 y ss. del auto del TJUE 3 septiembre 2020, caso Vikingo, causa C- 610/19.

Ocurrió que la Administración consideró que los bienes no habían sido ni fabricados ni entregados por la proveedora Freest, la emisora de las facturas, ni por el subcontratista de ésta, ya que estas empresas *carecían de los recursos humanos y de los medios materiales* necesarios y que, en consecuencia, esos bienes se habían adquirido a una *persona no identificada*. El Tribunal remitente pregunta si el derecho a deducir puede supeditarse a exigencias de prueba que van más allá de las formalidades impuestas por la Directiva 2006/112.

Para el Tribunal de la Unión debe partirse de que los requisitos materiales a los que está supeditado el derecho a deducir solo pueden entenderse cumplidos cuando se ha realizado efectivamente la entrega de bienes o la prestación de servicios a la que se refiere la factura. El Tribunal de la Unión ha añadido que la comprobación de la existencia de la operación gravada debe llevarse a cabo según las normas del Derecho nacional en materia de prueba, efectuando una apreciación global de todos los elementos y circunstancias de hecho del asunto principal[6]. Concluyendo que es conforme con la Directiva 2006/112 la aplicación de normas como la establecida por el art. 15, apartado 3, de la Ley de contabilidad de Hungría[7] con vistas a comprobar, en el litigio principal, si las facturas se refieren efectivamente a operaciones económicas reales[8].

No obstante, en este terreno, que los bienes no hayan sido ni fabricados ni entregados por el emisor de las facturas ni por el subcontratista de este, porque estos no dispondrían de los recursos humanos y de los medios materiales necesarios, no es premisa suficiente para llegar a la conclusión de que no existen las entregas de bienes en cuestión y para negar el derecho a deducir por la actora, ya que si bien puede obedecer a una ocultación fraudulenta de los proveedores también puede deberse al simple recurso del empresario a subcontratistas (en este sentido, las sentencias 6 septiembre 2012, caso Gabor Tóth, causa C-324/11, apartado 49, y 13 febrero 2014, caso Maks Pen, causa C-18/13, apartado 31).

Además, según reiterada jurisprudencia, el concepto de «entrega de bienes» recogido en el art. 14, apartado 1, de la Directiva 2006/112 no se agota con la

6 En este sentido, las sentencias 6 diciembre 2012, caso Bonik, causa C-285/11, apartados 31 y 32, y de 31 de enero de 2013, caso Stroy trans, causa C-642/11, apartado 45.

7 El art. 15, apartado 3 de la Ley de Contabilidad de Hungría enuncia el principio de realidad de las operaciones diciendo que "las operaciones reflejadas en la contabilidad y en las cuentas anuales deben existir en la realidad, deben poder probarse y deben poder ser comprobadas por terceros. Su valoración debe ajustarse a los principios de valoración establecidos en la presente Ley y los procedimientos de valoración a los que ésta refiere".

8 La ausencia de realidad económica como sustrato de los montajes artificiales dirigidos a una ventaja contraria a los objetivos de la Directiva, integrante de la noción jurisprudencial de prácticas abusivas, confirma la relevancia de la realidad económica como presupuesto positivo del derecho a deducir.
En este contexto, acerca del papel de las estipulaciones contractuales, a los efectos de la calificación del hecho imponible, en un caso en que el juez de remisión se pregunta acerca de quién ha realizado el hecho imponible, el Tribunal de la Unión, en su argumentación partió de que "la toma en consideración de la realidad económica y mercantil constituye un criterio fundamental para la aplicación del sistema común del IVA" (sentencia 20 junio 2013, caso P. Newey, causa C-653/11, apartados 43-46).

transmisión de la propiedad en las formas establecidas por el Derecho nacional aplicable, sino que comprende toda operación de transmisión de un bien corporal efectuada por una parte que faculte a la otra parte contractual para disponer de dicho bien como si fuera su propietario. Concepto que tiene carácter objetivo o material y que se aplica con independencia de los fines y los resultados de las correspondientes operaciones[9].

De ello resulta que las operaciones en cuestión deben ser calificadas como entregas de bienes, *incluso en el caso de que los bienes no hayan sido ni fabricados ni entregados por el emisor de las facturas* y la persona de la que se adquirieron efectivamente esos bienes no haya sido identificada, siempre que esas operaciones se ajusten a los criterios objetivos[10] en los que se basa tal concepto y no sean constitutivas de fraude al IVA (en este sentido, la sentencia 21 noviembre 2013, caso *Dixons Retail* [11], causa C-494/12, apartados 20 a 22, y, la sentencia 17 octubre 2019, caso Unitel, causa C-653/18, apartados 22 y 23).

Si como indica el Tribunal remitente, las entregas de bienes se realizaron efectivamente y dichos bienes fueron utilizados después por la actora para las necesidades de sus operaciones gravadas, en principio no se le podrá denegar el beneficio[12] del derecho a la deducción (en este sentido, la sentencia 6 de diciembre 2012, caso Bonik, causa C-285/11, apartado 33, y el auto 16 mayo 2013, caso Hardimpex, causa C-444/12, apartado 22)[13].

Crítica: si "factura ficticia" o falsa producida es el documento que no refleja una operación económica real, sino que aparenta lo que no es, entonces la aceptación de la entrega de un bien sin identificación de la persona de la que se ha adquirido el bien, deja el conocimiento de la realidad de la entrega en la oscuridad.

9 Aun cuando el operador no tenga intención de obtener beneficios, o cuando se trate de una agrupación de personas que ejerce sus actividades exclusivamente en interés de sus miembros o asociados.

10 ¿Cómo se constata "haber sido facultado para disponer del bien como propietario" si no se sabe quién es el que faculta, el que atribuye la facultad de disposición?

11 El Tribunal de la Unión ya ha declarado que el concepto entrega de bienes tiene *carácter objetivo* y se aplica con independencia de los fines y los resultados de las operaciones de que se trate, sin que la Administración esté obligada a realizar investigaciones con el fin de determinar la *intención del sujeto pasivo*, ni tampoco a tener en cuenta la intención de un operador diferente que interviene en la misma cadena de entregas, como lo son entidades que prestan servicios de pago, de acuerdo con el proveedor de los bienes al destinatario (sentencia 21 noviembre 2013, caso *Dixons Retail*, causa C-494/12, apartado 22).

12 La deducción de las cuotas soportadas no es ningún beneficio- ni tampoco una facultad o derecho- sino un elemento configurador de la capacidad económica en juego, que se corresponde con la adición de los valores añadidos por las empresas en la cadena de entregas.

13 El Tribunal de la Unión alcanza la conclusión contraria en el caso *Ferimet*, entendiendo que debe denegarse la deducción cuando la identidad del verdadero proveedor no se indique en la factura relativa a los bienes o servicios recibidos, si ello impide identificar a ese proveedor y, por tanto, acreditar que tenía la condición de sujeto pasivo, atendido que dicha condición de sujeto pasivo del suministro es un requisito material del derecho a la deducción del impuesto para el empresario receptor (sentencia 11 noviembre 2021, caso *Ferimet SL*, causa C-281/20).

IV. PERFILES DEL FRAUDE.

Por otra parte, *caso Vikingo*, la lucha contra el fraude[14], la evasión fiscal y los posibles abusos es un objetivo reconocido expresamente y promovido por la Directiva 2006/112, habiendo declarado el Tribunal de la Unión que los justiciables no pueden prevalerse del Derecho de la Unión de forma fraudulenta o abusiva[15]. Corresponde a los jueces y tribunales nacionales denegar el derecho a la deducción cuando resulte acreditado, mediante elementos objetivos, que este derecho se invoca de forma fraudulenta o abusiva. Si así ocurre cuando el propio sujeto pasivo comete fraude, lo mismo sucede cuando este sabía o debería haber sabido que, mediante su adquisición, participaba en una operación que formaba parte de un fraude del IVA[16].

Cuando el propio sujeto pasivo no es el autor del fraude al IVA, solo se le puede denegar el derecho a la deducción si se acredita, mediante elementos objetivos, que sabía o debería haber sabido que, mediante la adquisición de tales bienes o servicios, participaba en una operación que formaba parte de tal clase de fraude cometido por el proveedor o por otro operador que interviniera en un momento anterior o posterior en la cadena de entregas o de prestaciones (en este sentido, la sentencia 16 octubre 2019, Glencore caso Agriculture Hungary, causa C-189/18, apartado 35).

Delimitando negativamente, no es compatible con el régimen del derecho a la deducción establecido en la Directiva 2006/112 sancionar con la denegación de ese derecho a un sujeto pasivo que no sabía ni podía haber sabido que la operación en cuestión formaba parte de un fraude cometido por el proveedor o que, dentro de la cadena de entregas, anterior o posterior a la realizada por dicho sujeto pasivo, otra operación era constitutiva de fraude al IVA. Pues la instauración de un sistema de responsabilidad objetiva iría más allá de lo necesario para preservar los derechos del Tesoro Público[17].

14 Puede verse Barciela Pérez, J. A.: "Derecho a deducir y fraude en el IVA. El asunto PPUH Stehcemp", *Carta Tributaria*, núm. 19, 2016, pp. 57-68 ; Barciela Pérez, J. A.: "Las tramas de fraude en el IVA: La STS de 23 de mayo de 2012 (asunto Investrónica) y la STJUE en el asunto Mahagében KFT y otros", *Quincena Fiscal,* núm. 10, 2013, pp. 95-115; Sánchez Sánchez, A.: "Deducción del IVA en el ámbito del fraude fiscal: un análisis a la luz de la jurisprudencia comunitaria", *Carta Tributaria,* núm. 47, 2019; Sanz Díaz-Palacios, J. A.: "Un apunte sobre el fraude «carrusel» del IVA en Europa", en Carrasco Parrilla, P. y Patón García, G. (dirs.): *Fraude fiscal: la experiencia en Costa Rica y España*, Montes de Oca, Costa Rica, 2009, pp. 119-132; Hinojosa Torralvo, J. J. y Luque Mateo, M. A. (dirs.): *Medidas y procedimientos contra el fraude fiscal*, Barcelona, 2012.

15 Apartado 50 y ss. del auto del TJUE 3 septiembre 2020, caso Vikingo, causa C- 610/19.

16 En este sentido, las sentencias 6 julio 2006, caso Kittel y Recolta Recycling, causa C-439/04, apartados 55 y 56; 21 junio 2012, caso Mahagében y Dávid, causa C-80/11, apartado 46, y 6 octubre 2019, caso Glencore Agriculture Hungary, causa C-189/18, apartados 34 y 35.

17 Pueden verse las sentencias de 12 enero 2006, caso Optigen, causa C-354/03, apartados 52 y 55; 21 junio 2012, caso Mahagében y Dávid, causa C-80/11, apartados 47 y 48, y 6 diciembre 2012, caso Bonik, causa C-285/11, apartados 41 y 42.

Por lo que se refiere al nivel de diligencia exigible al sujeto pasivo que pretende ejercer su derecho a deducir, el Tribunal de la Unión ha declarado que no es contrario al Derecho de la Unión requerir al operador que adopte toda medida que razonablemente pudiera exigírsele para asegurarse de que la operación que efectúa no le conduce a participar en un fraude fiscal.

Que la determinación de las medidas que, en un caso concreto, cabe razonablemente exigir que adopte un sujeto pasivo que pretende ejercer su derecho a deducir[18] el IVA para cerciorarse de que las operaciones no están relacionadas con un fraude cometido por un operador de una fase anterior depende esencialmente de las circunstancias de cada caso (en este sentido, las sentencias 21 junio 2012, caso Mahagében y Dávid, causa C-80/11, apartados 54 y 59, y 19 octubre 2017, caso Paper Consult, causa C-101/16, apartado 52).

Que, ciertamente, cuando existan indicios que permitan sospechar de la existencia de irregularidades o de un fraude, según las circunstancias del caso, un operador atento podría, verse obligado a informarse acerca de otro operador, del que tiene intención de adquirir bienes o servicios, con el fin de cerciorarse de su fiabilidad (sentencia 21 junio 2012, caso Mahagében y Dávid, causa C-80/11, apartado 60).

Asimismo, dado que la denegación de la deducción supone una excepción a la aplicación del principio fundamental que se identifica con este derecho, corresponde a las Administraciones acreditar suficientemente según Derecho los elementos objetivos que permitan llegar a la conclusión de que el sujeto pasivo cometió un fraude o sabía o debería haber sabido que la operación realizada formaba parte de un fraude. Incumbe a los Tribunales nacionales comprobar a continuación si esas Administraciones han demostrado la existencia de tales elementos objetivos (en este sentido, las sentencias 12 abril 2018, caso Biosafe-Indústria de Reciclagens, causa C-8/17, apartado 39, y 16 octubre 2019, caso Glencore Agriculture Hungary, causa C-189/18, apartado 36).

De este modo, si la Administración deduce de la existencia de fraudes o irregularidades cometidos por el emisor de las facturas o de otros operadores situados en eslabones anteriores de la cadena de entregas que las operaciones facturadas e invocadas como fundamento del derecho a la deducción en realidad no se han producido, deberá, para poder denegar dicho derecho, demostrar mediante elementos objetivos, y sin exigir que el destinatario de las facturas realice

18 Sobre las deducciones en el IVA puede verse García Novoa, C.: "La deducción del IVA", *Noticias de la Unión Europea*, núm. 331, 2012; Tovillas Morán, J. M.: "La exigencia de factura para la deducción de las cuotas de IVA soportado: tendencias jurisprudenciales", *Quincena Fiscal*, núm. 15-16, 2009, pp. 1-10; Checa González, C.: *El derecho a la deducción del IVA*. Criterios establecidos en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia comunitario y su reflejo en nuestro Derecho interno, Cizur Menor, 2006.

comprobaciones que no le corresponden, que dicho destinatario sabía o debía haber sabido que estas operaciones formaban parte de un fraude al IVA, extremo que incumbe al órgano jurisdiccional remitente comprobar (en este sentido, el auto 10 noviembre 2016, caso Signum Alfa Sped, causa C-446/15, apartado 39).

Puesto que el Derecho de la Unión no establece normas relativas a la práctica de la prueba en casos de fraude del IVA, estos elementos objetivos debe acreditarlos la Administración según las normas en materia probatoria del Derecho nacional. Sin embargo, juega el límite de que tales normas no podrán menoscabar la eficacia del Derecho de la Unión[19].

Delimitando negativamente, no obstante, la Administración no puede obligar a los sujetos pasivos a que lleven a cabo comprobaciones complejas y exhaustivas sobre sus proveedores, transfiriéndoles *de facto* la tarea de control que le incumbe realizar (sentencia 19 octubre 2017, caso Paper Consult, causa C-101/16, apartado 51). El Tribunal de la Unión ya ha declarado que, al sujeto pasivo receptor que desea ejercer el derecho a deducir el IVA, la Administración no puede obligarle de manera general a verificar que el emisor de la factura relativa a los bienes y servicios recibidos tiene la condición de sujeto pasivo, que disponía de los bienes y estaba en condiciones de suministrarlos y que cumplió con sus obligaciones en materia de declaración e ingreso del IVA, con el fin de cerciorarse de que no existen irregularidades o fraude por parte de los operadores anteriores, ni, por otra parte, puede obligar al empresario receptor a disponer de documentación al respecto (sentencia 21 junio 2012, caso *Mahagében y Dávid*, causa C-80/11, apartado 61).

V. RACIONALIDAD Y LEGALIDAD DE LA CADENA.

Cuando encontramos que un mismo bien es objeto de varias ventas sucesivas ¿Qué efectos tiene la integración de una operación en un conjunto de operaciones en cadena?

Resulta de la resolución de remisión, *caso Vikingo*, que, para denegar a la actora el derecho a deducir, la Administración, además de tomar en consideración la ausencia de organización empresarial en el emisor de la factura y su subcontratista, apreció que las operaciones tenían el objetivo de aportar una prueba del origen de las máquinas adquiridas, de procedencia desconocida, que figuraban en las facturas, de permitir al subcontratista del emisor de las facturas [Freest] eludir el pago del IVA y de generar el derecho a deducir en favor de Vikingo, aunque ese subcontratista no pagó el IVA[20].

19 En este sentido, las sentencias 17 diciembre 2015, caso WebMindLicenses, causa C-419/14, apartado 65, y 16 octubre 2019, caso Glencore Agriculture Hungary, causa C-189/18, apartado 37.

20 Apartado 60 y ss. del auto del TJUE 3 septiembre 2020, caso Vikingo, causa C- 610/19.

El Tribunal remitente expone que, en caso de operaciones en cadena[21] es preciso, según la jurisprudencia doméstica, del Tribunal Supremo, de Hungría, llevar a cabo un *examen de esta cadena en su totalidad* y de *los actos jurídicos llevados a cabo entre los participantes de la misma*, y comprobar si la constitución de esta cadena está razonablemente justificada. Cabría denegar el derecho a deducir en caso de que la creación de la cadena sea irracional desde el punto de vista económico, no esté razonablemente justificada o si alguno de los elementos de la operación económica llevada a cabo por los participantes no queda justificado por el sujeto pasivo o no es verificable.

Por otra parte, la práctica de la Administración, basada en la jurisprudencia de este Tribunal lleva, según el Tribunal remitente, a marcar -tomando en consideración las condiciones en las que se tuvo lugar la operación económica- una distinción entre las operaciones examinadas dependiendo de si han sido realizadas o no entre las partes que figuran en la factura. De manera que la operación económica debe considerarse que no ha sido realizada entre esas partes cuando adolezca de cualquier vicio o defecto y cuando el sujeto pasivo no tiene conocimiento o no dispone de ninguna prueba de la actividad económica de los operadores situados en eslabones anteriores de la cadena. En ese supuesto, no es obligatorio sino facultativo el examen de si el destinatario de la factura tenía conocimiento del fraude o debía tenerlo.

El Tribunal de la Unión replica que, según la jurisprudencia debe partirse de que los sujetos pasivos son libres de elegir las estructuras organizativas y los modos de realizar las operaciones que estimen más apropiados para sus actividades económicas y a efectos de minimizar sus cargas fiscales[22] (sentencia 17 diciembre 2015, caso WebMindLicenses, causa C-419/14, apartado 42). Asimismo que, según doctrina precedente, el derecho a deducir el IVA se aplica cualesquiera que sean los fines o los resultados de la actividad económica en cuestión y la circunstancia de que el IVA debido en relación con operaciones anteriores referidas a los mismos bienes haya sido o no ingresado a favor del Tesoro Público carece de incidencia en este derecho[23].

21 El art. 27 de La ley húngara del IVA de 2007 dice que "cuando un bien haya sido objeto de diferentes *ventas sucesivas* de modo que haya sido expedido o transportado directamente desde el proveedor inicial hasta el adquirente final mencionado como destinatario, el art. 26 se aplicará exclusivamente a una única entrega del bien".
El aludido art. 26 de la Ley del IVA es una regla de localización, relativa a la entrega de bienes, según la cual "en el supuesto de que la expedición o el transporte haya sido efectuado por el proveedor o por el adquirente, o por un tercero por cuenta de cualquiera de ellos, el lugar de la entrega del bien será aquel en que se encuentre el bien en el momento de la expedición o del *inicio* del transporte en el que el adquirente figure como destinatario".

22 Es una consecuencia derivada de la tesis de la neutralidad económica, que pretende que el tributo indirecto no altere el comportamiento de los operadores económicos.

23 Porque el sistema del IVA se estructura con el criterio del "devengo" o exigibilidad del impuesto en cada operación y no con un criterio de caja o recaudación.

El *primer* límite, principio de prohibición de las prácticas abusivas, que se aplica en el ámbito del IVA, prohíbe únicamente la puesta en escena de "montajes puramente artificiales", carentes de realidad económica, efectuados por los operadores con el único objetivo de lograr una ventaja fiscal cuya concesión sea contraria a los objetivos de la Directiva 2006/112 (en este sentido, la sentencia 17 diciembre 2015, caso WebMindLicenses, causa C-419/14, apartados 35 y 36)[24].

Respecto al *segundo* límite, si como indica el Tribunal remitente, ha quedado acreditada la existencia de la entrega de bienes, entonces que la cadena de operaciones que ha abocado a esas entregas sea irracional desde el punto de vista económico o no esté razonablemente justificada, al igual que la circunstancia de que uno de los participantes en esta cadena no haya cumplido sus obligaciones fiscales, no pueden considerarse en sí mismos manifestación de un fraude imputable al sujeto pasivo receptor de los bienes[25].

VI. CARGA DE LA PRUEBA SOBRE EL FRAUDE.

En segundo lugar, es contrario a la jurisprudencia comunitaria un régimen de prueba como el régimen doméstico relativo a las operaciones en cadena, que lleva a denegar al sujeto pasivo el derecho a deducir cuando no aporte elementos justificativos de la totalidad de las operaciones realizadas por todos los participantes en esta cadena y de la actividad económica de estos participantes, imputándole, en su caso, que estos elementos no son verificables. Efectivamente, se desprende de la jurisprudencia comunitaria que es *a la Administración a quien incumbe probar*, de modo suficiente en Derecho, en cada supuesto, mediante elementos objetivos, la existencia de un fraude cometido por el sujeto pasivo, o demostrar que el sujeto pasivo sabía -o debería haber sabido- que la operación en cuestión formaba parte de un fraude cometido por el emisor de la factura o por otro operador situado en un eslabón anterior de la cadena de entregas o prestaciones[26].

Aunque la ausencia de organización empresarial del facturante y su subcontratista y la apreciación de la Administración sobre el objetivo del subcontratista de elusión del impuesto, pueden, ciertamente, suponer indicios de que el sujeto pasivo ha participado activamente en un fraude o que sabía o debería haber sabido que las operaciones en cuestión formaban parte de un fraude urdido por el emisor de las facturas, incumbe al Tribunal remitente comprobar si se ha aportado una prueba

24 Sobre las prácticas abusivas puede verse Attard, R.: "WebMindLicenses Kft v Nemzeti Adó-és Vám Föigazgatóság: base erosion, substance and human rights, a timely judgment of the CJEU", *British Tax Review*, núm. 3, 2016, pp. 281-287; Victoria Sánchez, A.: "Commentary on the Judgment of the Court of Justice of the European Union of 10 July 2019, Case C-273/18, Kuršu zeme", *Intertax,* núm. 3, 2020, pp. 346-349; De Miguel Canuto, E.: "Cooperación transfronteriza contra prácticas abusivas en la prestación de servicios en el IVA", *Quincena Fiscal,* núm. 19, 2017, pp. 83-110.

25 Es significativo que la propia jurisprudencia doméstica analiza también estas circunstancias, a los efectos de deducción, fuera de los escenarios de fraude.

26 Apartado 64 y ss. del auto del TJUE 3 septiembre 2020, caso Vikingo, causa C- 610/19.

de esa naturaleza llevando a cabo, según las normas en materia de prueba de Derecho nacional, una apreciación global de todos los elementos y circunstancias de hecho del caso[27].

En suma, la Directiva 2006/112, interpretada a la luz de los principios de neutralidad fiscal, de efectividad y de proporcionalidad, se opone a una práctica nacional por la cual la Administración niega a un sujeto pasivo deducir el IVA satisfecho porque no cabe dar crédito a las facturas correspondientes a esas adquisiciones ya que, primero, la fabricación de tales bienes y su entrega no pudieron ser realizadas por quien emitió las facturas, por falta de los medios materiales y los recursos humanos, por lo que se considera que los bienes fueron adquiridos a persona no identificada; segundo, las normas nacionales en materia de contabilidad no fueron cumplidas; tercero, la cadena de entregas de tales adquisiciones no estaba justificada desde un punto de vista económico, y, cuarto, existen irregularidades en las actuaciones que viciaron determinadas operaciones anteriores que formaban parte de esta cadena de entregas.

Para fundamentar tal negativa a la deducción no basta la concurrencia de cada una de esas circunstancias obstativas por sí mismas sino que debe razonarse probándose, de modo suficiente en Derecho, que el sujeto pasivo receptor ha participado activamente en un fraude o que ese sujeto pasivo sabía o debería haber sabido que dichas operaciones formaban parte de un fraude urdido por el emisor de las facturas o por cualquier otro operador situado en un eslabón anterior de la cadena de entregas de los bienes, punto cuya comprobación incumbe al Tribunal remitente.

VII. ¿ACTUACIÓN ACLARADA?

La sexta pregunta prejudicial, *caso Vikingo*, era esta: en el supuesto de que pueda apreciarse que no es conforme con la Directiva 2006/112 la interpretación de la norma nacional seguida después del auto 10 noviembre 2016, caso Signum Alfa Sped, causa C-446/15, y la práctica administrativa de ella derivada, y habida cuenta de que el tribunal de primera instancia no puede remitir al Tribunal de la Unión en todos los casos una petición de decisión prejudicial, primero, ¿puede considerarse que el derecho de los sujetos pasivos a ejercitar una acción judicial de reclamación de daños y perjuicios, con fundamento en el art. 47 de la Carta, les garantiza el derecho a la tutela judicial efectiva y a un juez imparcial?, y, segundo, en este contexto ¿cabe interpretar que la elección de la forma de la resolución -auto y no sentencia- dictada en el asunto *Signum Alfa Sped* supone que la cuestión ya había quedado regulada por el Derecho de la Unión y había sido aclarada

27 En este sentido, la sentencia 13 febrero 2014, caso Maks Pen, causa C-18/13, apartado 30, y el auto 10 noviembre 2016, caso Signum Alfa Sped, causa C-446/15, apartado 36.

por la jurisprudencia del Tribunal de la Unión y que, en consecuencia, resultaba evidente, o bien en cuanto resuelve hay que entender que la cuestión no había quedado completamente aclarada y que, en consecuencia, subsistía la necesidad de solicitar al Tribunal de la Unión que se pronunciara sobre algún punto con carácter prejudicial?

Lo bien cierto es que los tres conocidos supuestos de cuestión no pertinente o irrelevante, cuestión de Derecho de la Unión ya resuelta y solución evidente sin duda razonable son supuestos en que el juez nacional de última instancia queda dispensado[28] de elevar cuestión prejudicial de interpretación sobre el Derecho de la Unión ante el Tribunal de la Unión[29].

Cabe añadir que el empleo de la forma de auto judicial -y no sentencia- por el Tribunal de la Unión, lo es a iniciativa suya, no depende del juez de remisión de la cuestión prejudicial, sino que supone, por parte del Tribunal de la Unión la apreciación de oficio de que la respuesta a la cuestión planteada ante él "puede ser claramente deducida de la jurisprudencia" precedente.

VIII. CASO PETER DAVID: CADENA DE SUBCONTRATISTAS.

El caso *Peter David*[30], resuelto por sentencia del Tribunal de la Unión 21 junio 2012, es una cuestión prejudicial elevada por el Tribunal provincial de Jász-Nagykun-Szolnok, en Hungría, sobre una cadena de subcontratistas.

El actor, el Sr. Dávid, se comprometió, en virtud de un contrato de obra, a efectuar distintos trabajos de construcción. Tras la ejecución del contrato en el mes de mayo de 2006, el mandatario del promotor emitió la certificación de obra, en la que figuraba el número de horas trabajadas, sobre la base de los partes de trabajo, los cuales indicaban los horarios y el lugar de realización de los trabajos y el nombre, fecha de nacimiento y firma de los trabajadores, así como el nombre y sello del Sr. Dávid.

28 Dourado, A. P. y da Palma Borges, R. (eds.): *The acte clair in EC direct tax law*, Amsterdam, 2008; Vukcevic, I.: "CILFIT criteria for the Acte Clair/Acte Éclairé Doctrine in direct tax cases of the CJEU", *Intertax,* núm. 12/2012, pp. 654-665.

29 El Tribunal de la Unión, en la sentencia 6 octubre 2021, caso *Consorzio italian management*, causa C-561/19, ha sistematizado y ultimado su original doctrina CILFIT.
Tres parámetros son básicos -desprendemos de la sentencia- para la interpretación del Derecho de la Unión: 1° que el Derecho de la Unión utiliza una terminología propia y conceptos autónomos que no tienen necesariamente el mismo contenido que los *conceptos* equivalentes que puedan existir en los ordenamientos nacionales 2° que, a la luz de las versiones en todas las *lenguas* de la Unión, las disposiciones del Derecho de la Unión deben ser interpretadas y aplicadas de modo uniforme 3° que cada disposición debe situarse en su contexto e interpretarse a la luz del conjunto de las disposiciones del Derecho de la Unión, de sus finalidades y de su grado de evolución *en la fecha en la que deba aplicarse la disposición de que se trate.*

30 Sentencia del TJUE 21 junio 2012, caso Péter Dávid, causa C- 142/11, ponente von Danwitz, resuelto junto al caso Mahagében, causa C-80/11.

Durante una comprobación tributaria llevada a cabo en relación con esta operación, el Sr. Dávid declaró que él no disponía de empleados y que había realizado el trabajo mediante un *subcontratista, el Sr. Máté*. Si bien, no pudo precisar los datos personales de los trabajadores empleados por dicho subcontratista. El precio estipulado en el contrato entre el Sr. Dávid y el Sr. Máté se pagó sobre la base de la certificación de obra. La inspección comprobó que el Sr. Máté tampoco disponía del personal ni del material necesario para llevar a cabo los trabajos que había facturado y que se había limitado a reproducir las facturas expedidas por *otro subcontratista*. Este último resultó ser el *suegro* del Sr. Máté, que no había tenido ningún trabajador dado de alta durante el período en cuestión ni había presentado declaración relativa al ejercicio fiscal objeto de inspección.

A la vista de estos hechos, la Administración consideró que las facturas emitidas por este último subcontratista no acreditaban de manera fidedigna la operación económica que figuraba en ellas y que el Sr. Máté no había realizado ninguna actividad real de subcontratista. Aun cuando la inspección no puso en duda que los trabajos se hubieran llevado a cabo realmente, como tampoco que hubieran sido realizados por los trabajadores que figuran en los partes de trabajo, se apreció que no era posible cerciorarse de manera fidedigna de cuál de los empresarios había realizado los trabajos, ni de cuál había contratado a los trabajadores. La Administración concluyó que las facturas recibidas por el Sr. Dávid no reflejaban una operación económica real, por lo que debían considerarse *ficticias*. Además, señaló que el Sr. Dávid no había actuado con la diligencia debida en el sentido del art. 44, apartado 5, de la Ley húngara del IVA.

En segundo lugar, en el año 2006 el Sr. Dávid se comprometió a llevar a cabo por cuenta de una sociedad determinados trabajos, lo que realizó recurriendo a otra subcontratista. Sucedió que cuando se evacuó la inspección, esta última se encontraba en liquidación. No fue posible ponerse en contacto con su antiguo representante y éste no había entregado ningún documento al administrador judicial. Según la Administración, no se demostró que el precio y las partes que figuraban en la factura emitida por la subcontratista respondieran a la realidad. Además, señaló que el Sr. Dávid no había actuado con la debida diligencia exigida por la Ley del IVA, dado que no se había cerciorado de que la subcontratista dispusiera de los medios necesarios para ejecutar el contrato.

Dadas las circunstancias, la Administración denegó al actor el derecho a deducción relativo a ambas operaciones controvertidas, liquidando una deuda tributaria en materia de IVA a cargo del actor y le impuso, además, una sanción y un recargo de mora.

El actor recurrió la liquidación de la Administración ante el Tribunal provincial de Jász-Nagykun-Szolnok, argumentando que actuó con la diligencia debida, y

alegando que se cercioró de que la operación económica realmente se había llevado a cabo y que comprobó la condición de sujeto pasivo del emisor de la factura. Afirma que no se le puede considerar responsable de ningún incumplimiento de las obligaciones tributarias del subcontratista.

El Megyei Bíróság se plantea si el sujeto pasivo tiene derecho a deducir el IVA soportado sin efectuar comprobaciones complementarias, en el supuesto de que la Administración no demuestre que se ha producido un comportamiento culposo o doloso, eventualmente destinado a eludir los impuestos, que es imputable al emisor de la factura o a los emisores de otras facturas destinadas a éste, comportamiento del que el receptor de la factura, a saber, el sujeto pasivo receptor, no era consciente o en el que no ha participado.

El Tribunal remitente considera que el sujeto pasivo que ejerce el derecho a deducir el IVA no tiene una responsabilidad objetiva en relación con las facturas que recibe y que, en caso de que se impute algún incumplimiento fiscal al emisor de esas facturas, no puede pesar sobre el receptor de éstas la carga de acreditar el comportamiento exigido con arreglo al art. 44, apartado 5, de la Ley del IVA.

En estas circunstancias, el Jász-Nagykun-Szolnok Megyei Bíróság decidió plantear al Tribunal de la Unión las cuestiones siguientes:

1ª ¿En el supuesto de que el emisor de la factura no pueda acreditar que el recurso a los demás subcontratistas se realizó conforme a Derecho, debe interpretarse el régimen relativo a la deducción del IVA contenido en la Directiva 2006/112, en el sentido de que la Administración puede limitar o privar al sujeto pasivo del derecho a deducción, exigiéndole una responsabilidad objetiva?

2ª En el supuesto de que la Administración no discuta la realización de la operación que se refleja en la factura y que ésta cumpla asimismo los requisitos formales exigidos por la Ley del IVA ¿puede la Administración denegar la devolución del IVA, en los casos en que no sea posible determinar la *identidad* de los demás subcontratistas a que ha recurrido el emisor de la factura o caso de que la emisión de facturas por parte de los subcontratistas no cumpla con la normativa aplicable?

3ª ¿La Administración que deniega el derecho a deducción en las circunstancias referidas está obligada a demostrar en el procedimiento administrativo que el sujeto pasivo que ejerce el derecho a deducción sabía que las empresas que figuran tras él en la cadena de subcontratistas actuaban de un modo irregular, eventualmente con el fin de eludir los impuestos, o inclusive que el mencionado sujeto pasivo receptor actuaba en connivencia con ellas?

IX. MEDIDAS RAZONABLES.

El Tribunal remitente pregunta si los arts. 167, 168, letra a), 178, letra a), y 273 de la Directiva 2006/112 se oponen a una práctica nacional por la que la Administración deniega el derecho a deducción porque el sujeto pasivo no se ha cerciorado de que el emisor de la factura tenía la condición de sujeto pasivo, que disponía de los bienes en cuestión y estaba en condiciones de suministrarlos y que cumplió con sus obligaciones en materia de declaración e ingreso del IVA, o acaso porque el sujeto pasivo no dispone de otros documentos que puedan demostrar las anteriores circunstancias aparte de la propia factura[31].

De la resolución de remisión se desprende que la cuestión planteada se basa en la *premisa de que se cumplen en el caso los requisitos materiales y formales para la deducción* previstos por la Directiva 2006/112, concretamente el requisito de que el sujeto pasivo disponga de una factura que certifique la entrega de bienes y que sea conforme con lo dispuesto en la Directiva. Por consiguiente, el derecho a deducción sólo puede denegarse en caso de que se acredite, mediante datos objetivos, que el sujeto pasivo sabía o debía haber sabido que la operación en la que se basa el derecho a deducción formaba parte de un fraude cometido por el suministrador o por otro operador anterior en la cadena de entregas.

No es contrario al Derecho de la Unión exigir que un operador adopte toda medida que razonablemente pueda exigírsele para asegurarse de que la operación que efectúa no le conduce a participar en un fraude fiscal (en este sentido las sentencias 27 septiembre 2007, caso Teleos, causa 409/04, apartados 65 y 68, caso Netto Supermarkt, apartado 24 y 21 diciembre 2011, caso Claamse Oliemaatschappij, causa C-499/10, apartado 25).

Además, según el art. 273, párrafo primero, de la Directiva 2006/112, los Estados podrán establecer otras obligaciones, además de las previstas en la Directiva, cuando consideren que son necesarias para garantizar la correcta recaudación del IVA y para prevenir el fraude. No obstante, si bien dicho precepto confiere a los Estados un *margen de apreciación* (véase la sentencia 26 enero 2012, caso Kraft Foods Polska, causa C-588/10, apartado 23), el párrafo segundo señala que no podrá utilizarse dicha facultad para imponer obligaciones suplementarias de facturación respecto de las fijadas en el capítulo 3, «Facturación», del título XI, de dicha Directiva y, en particular, en el art. 226 de ésta. Las medidas que los Estados están facultados para adoptar, a fin de garantizar la correcta recaudación del impuesto y prevenir el fraude, no deben ir más allá de lo que sea necesario[32]

31 Apartado 51 y ss. de la sentencia del TJUE 21 junio 2012, caso Péter Dávid, causa C- 142/11.

32 Barciela Pérez, J. A.: "El principio de proporcionalidad en el Derecho de la Unión y su aplicación por el TJUE en el ámbito tributario", *Quincena Fiscal,* núm. 12, 2010, pp. 1-14; Moschetti, G.: "El principio de

para alcanzar tales objetivos. Por consiguiente, no pueden ser utilizadas de forma que cuestionen sistemáticamente el derecho a deducir el IVA ni, por lo tanto, la neutralidad de dicho impuesto, que es un principio fundamental del sistema común del IVA.

Según la jurisprudencia del Tribunal de la Unión los operadores que adoptan todas las medidas razonablemente exigibles para cerciorarse de que sus operaciones no están implicadas en un fraude, ya se trate de un fraude en el IVA o de otros fraudes, deben poder confiar en la legalidad de dichas operaciones, sin incurrir en el riesgo de perder su derecho a deducir el IVA soportado (véase la sentencia caso Kittel y Recolta Recycling, causa C-439/04, apartado 51).

X. CONOCIMIENTO DEL FRAUDE.

Debemos partir de la premisa, *caso Peter David*, de que corresponde, en principio, a las Administraciones tributarias llevar a cabo las verificaciones necesarias respecto de los sujetos pasivos para detectar irregularidades y fraudes en el IVA, así como imponer sanciones a los sujetos pasivos que hayan cometido tales irregularidades o fraudes.

Según la jurisprudencia del Tribunal de la Unión, los Estados son responsables de la comprobación de las declaraciones de los sujetos pasivos, la contabilidad de éstos y los demás documentos apropiados[33]. A estos efectos, la Directiva 2006/112 establece, en su art. 242, la obligación de que los sujetos pasivos lleven una contabilidad suficientemente detallada para hacer posible la aplicación del IVA y su control por la Administración. Con el fin de facilitar el ejercicio de esta tarea, los arts. 245 y 249 de la Directiva establecen el derecho de las Administraciones a acceder a las facturas que el sujeto pasivo está obligado a conservar con arreglo al art. 244 de la misma Directiva.

En cuanto a las medidas nacionales controvertidas, caso *Peter David*, ha de señalarse que la Ley húngara del IVA no impone obligaciones concretas, sino que se limita a establecer, en su art. 44, apartado 5, que los derechos en materia de tributación del sujeto pasivo que figure en una factura como adquirente no podrán perjudicarse si éste actuó con la *diligencia debida* en relación con el hecho imponible, teniendo en cuenta las circunstancias de la entrega de bienes o prestación de servicios[34].

---

proporcionalidad en las relaciones Fisco-contribuyente", *Revista española de Derecho financiero,* núm. 140, 2008, pp. 1-48.

33 En tal sentido, las sentencias de 17 julio 2008, caso Comisión/Italia, causa C-132/06, apartado 37, y 29 julio 2010, caso Profaktor Kulesza, causa C-188/09, apartado 21.

34 Apartado 58 y ss. de la sentencia del TJUE 21 junio 2012, caso Péter Dávid, causa C- 142/11.

Dadas las circunstancias, de la jurisprudencia se desprende que la determinación de las medidas que, en un caso concreto, pueden exigirse razonablemente a un sujeto pasivo que desea ejercer el derecho a deducir el IVA para cerciorarse de que sus operaciones no están implicadas en un fraude cometido por un operador anterior depende de las circunstancias de dicho caso. Ciertamente, cuando existan indicios que permitan sospechar de la existencia de irregularidades o de un fraude, un operador atento podría, según las circunstancias del caso, verse obligado a informarse acerca de otro operador, del que tiene intención de adquirir bienes o servicios, con el fin de cerciorarse de su fiabilidad.

Sin embargo, la Administración no puede exigir de manera general al sujeto pasivo que ejerce el derecho a deducir el IVA que, por un lado, verifique que el emisor de la factura relativa a los bienes y servicios por los que ejercita ese derecho tiene la condición de sujeto pasivo, que disponía de los bienes en cuestión y estaba en condiciones de suministrarlos y que cumplió con sus obligaciones de declaración e ingreso del IVA, con el fin de cerciorarse de que no existen irregularidades ni un fraude por parte de los operadores anteriores ni, por otro lado, que disponga de documentación al respecto.

De ello se deduce que, en caso de imponer a los sujetos pasivos, so pena de incurrir en el riesgo de que se les deniegue el derecho a deducción, las tres exigencias indicadas de corroboración de la condición de sujeto, de la disponibilidad de los bienes y del cumplimiento fiscal, la Administración estaría transfiriendo[35], contrariamente a las citadas disposiciones, sus propias tareas de control a los sujetos pasivos actuantes.

En suma, los arts. 167, 168, letra a), 178, letra a), y 273 de la Directiva 2006/112 se oponen a que la Administración deniegue el derecho a deducción porque el sujeto pasivo no se ha cerciorado de que el emisor de la factura relativa a los bienes tenía la condición de sujeto pasivo, que disponía de los bienes y que cumplió con sus obligaciones de declaración e ingreso del IVA, o porque el sujeto pasivo no dispone, aparte de la citada factura, de otros documentos que puedan demostrar las anteriores circunstancias, a pesar de que se cumplen los requisitos materiales y formales previstos por la Directiva 2006/112 para el ejercicio del derecho a deducción y de que el sujeto pasivo no disponía de indicios que permitieran sospechar de la existencia de irregularidades o de un fraude por parte del emisor.

35 Las tareas de control expresan potestades, esto es, poderes-deberes, manifestación del principio de legalidad de la Administración, que ésta no puede transferir, en un Estado de Derecho.

XI. CASO HR-FINANZAMT WILMERSDORF.

Finalmente, el caso *HR-Finanzamt Wilmersdorf* [36], resuelto por el Tribunal de la Unión en auto de 14 de abril de 2021, es una cuestión prejudicial elevada por el *Finanzgericht Berlin-Brandenburg*, (Alemania) acerca del conocimiento en una fase posterior de un fraude cometido con anterioridad en una cadena de operaciones de venta de bienes.

La actora, HR, en colaboración con su esposo, regentó en 2009 y 2010 un comercio mayorista de bebidas. En sus declaraciones de IVA relativas a dichos ejercicios, practicó deducción del IVA soportado por determinadas facturas emitidas por su proveedora, la sociedad P GmbH, que ascendían a 993.164 euros en 2009 y a 108. 417 euros en 2010, referidas a entregas de bebidas realmente realizadas.

De dos sentencias dictadas por un *tribunal penal*, que han adquirido firmeza, se desprende que la sociedad proveedora P incurrió en varios fraudes en materia de IVA en la adquisición de las bebidas que después serán entregadas a la actora HR. Según el Tribunal penal, el esposo de HR suministró a la empresa P cantidades importantes de bebidas espirituosas, café y Red Bull, por un volumen de negocios de 80 millones de euros, sin emitir facturas por las entregas. Un empleado de P preparó facturas ficticias para justificar la compra de esas mercancías. Sobre la base de estas facturas ficticias. P practicó indebidamente deducción. El esposo de HR también puso a disposición de P listas de precios y potenciales clientes para esas mercancías. Las mercancías fueron revendidas a distintos compradores, entre ellos HR.

La Administración tributaria, el Finanzamt Wilmerdorf, una vez descubiertos tales hechos, denegó a la sociedad P, la proveedora, el derecho a deducir el IVA, al igual que lo denegó a HR, la receptora, por considerar que HR formaba parte, con su empresa, de la cadena de entregas en la que se habían cometido los fraudes.

La actora, HR, acudió al Tribunal remitente, el *Finanzgericht Berlin-Brandenburg*, ante el que alegó la concurrencia de los requisitos legales para acogerse al derecho a deducir el IVA soportado. Por el contrario, la Administración consideró que HR *debería haberse dado cuenta* de que con su empresa formaba parte de una cadena de entregas en la que se habían cometido fraudes en materia de IVA, como consecuencia de la participación del esposo de HR y de lo inusual de esa práctica comercial.

36 Auto del TJUE 14 abril 2021, caso *HR-Finanzamt Wilmersdorf*, causa C-108/20 (Alemania), ponente Jerukaitis.

El Tribunal remitente alberga dudas acerca de cómo interpretar el concepto de «cadena de entregas» a la luz del Derecho de la Unión y en cuanto a si las relaciones comerciales objeto del litigio pueden incluirse en ese concepto, y señala que ni la actora, HR, invocando su derecho a deducir el IVA soportado en las entregas de bebidas realizadas por P, ni ésta, como proveedora de tales mercancías, cometieron ningún fraude al IVA en las operaciones en cuestión.

Desde una interpretación laxa del concepto de *cadena de entregas* podría considerarse que tener o deber haber tenido conocimiento de un fraude fiscal cometido en una fase anterior de la operación le priva al sujeto pasivo del derecho a deducir el IVA soportado. De este modo, se entendería el concepto de «cadena de entregas» en el sentido de que basta con que el bien entregado sea objeto de varias operaciones sucesivas, y que existe implicación en el fraude cometido con anterioridad si el fraude se refiere al mismo bien, sin que sea necesario que el sujeto pasivo hubiera favorecido o fomentado el fraude mediante la operación controvertida.

No obstante, el Tribunal remitente considera que esa interpretación del concepto de «cadena de entregas» es demasiado amplia, a la vista de las exigencias de los principios de neutralidad fiscal y de proporcionalidad. A su juicio, de la jurisprudencia del Tribunal de la Unión resulta que solo cabe la denegación de la deducción en caso de fraude cuando de la concreta combinación de transacciones realizadas sucesivamente se derive el carácter fraudulento de esas operaciones consideradas en su conjunto, así en caso de que las entregas sucesivas se enmarquen en un plan global que tenga por objeto dificultar la trazabilidad de los bienes entregados y, por tanto, la detección de los fraudes cometidos en la cadena de entregas. Esta interpretación se basaría en la jurisprudencia que supedita la denegación de la deducción a la «participación» o «implicación» del sujeto pasivo. Que el sujeto pasivo tuviera o debiera haber tenido conocimiento del fraude no basta para considerar que existe participación o implicación en el fraude, pues la participación o implicación presupone una contribución personal al fraude, al menos fomentándolo o favoreciéndolo. La mala fe, como circunstancia meramente subjetiva, no basta para sustituir a la participación activa que es necesaria para considerar que existe participación o implicación.

El Tribunal remitente considera, por tanto, que, en un supuesto en el que no ha habido ocultación de los proveedores ni de las relaciones de suministro, en el que el fraude cometido con anterioridad e*stá completamente finalizado* y ya no puede ser fomentado ni favorecido y en que no existe ningún plan global que establezca que las entregas formen parte de un fraude que abarque varias operaciones, no debe denegarse el derecho a deducción. La operación que vincula a P y a HR podría considerarse la continuación de la relación de suministro, con

independencia de la operación que formaba parte del anterior fraude, de modo que la cadena de entregas fraudulentas había concluido con las adquisiciones de la sociedad P.

Resulta irrelevante la cuestión de si el esposo de HR facilitó o no a la sociedad P listas de clientes y listas de mercancías, ya que esta circunstancia no influye en las entregas efectuadas por P a HR, entregas que no han tenido repercusión en el fraude cometido con anterioridad por la sociedad. Además, las operaciones no causaron perjuicio a la Hacienda, puesto que P adeudaba el IVA facturado a la actora, ni tampoco generaron las operaciones ninguna ventaja fiscal que pudiera ser contraria a los objetivos de la Directiva 2006/112.

En tales circunstancias, el Tribunal remitente entiende que supone una restricción desproporcionada del principio de neutralidad fiscal extender los efectos de un fraude cometido en una fase anterior a todas las operaciones posteriores, cuando el sujeto pasivo haya tenido o debiera haber tenido conocimiento del fraude, señalando que la denegación de la deducción no puede tener un significado sancionador. Puede corroborar esta opinión que la cuestión de si el IVA devengado en las operaciones anteriores o posteriores relativas a los bienes ha sido ingresado o no en el Tesoro, según la jurisprudencia del Tribunal de la Unión, no afecta al derecho del sujeto pasivo a deducir el IVA soportado por el operador intermedio.

En este contexto, el juez de remisión afirma que el Tribunal de la Unión siempre ha hecho hincapié en que las medidas que los Estados están facultados a adoptar en virtud del art. 273 de la Directiva 2006/112 para garantizar la recaudación del impuesto y prevenir el fraude no deben ir más allá de lo necesario para alcanzar tales objetivos. Una interpretación extensiva del concepto de «cadena de entregas» entiende frustraría el logro de tales objetivos. Por último, el carácter erróneo de la denegación del derecho a deducción en tales circunstancias también resulta de la jurisprudencia del Tribunal de la Unión según la cual, desde el punto de vista del IVA, no procede distinguir entre las operaciones lícitas y las operaciones ilícitas.

En estas circunstancias, el *Finanzgericht Berlin-Brandenburg*, decidió plantear al Tribunal de la Unión la siguiente cuestión: ¿los arts. 167 y 168, letra a), de la Directiva 2006/112, sobre nacimiento y condiciones de la deducción, se oponen a una aplicación del Derecho nacional en que debe denegarse la deducción de la cuota soportada cuando en una operación anterior se ha incurrido en fraude del IVA y el sujeto pasivo tenía o debería haber tenido conocimiento del mismo, aun cuando con la prestación que recibió no participó en el fraude fiscal ni estuvo implicado en él, ni tampoco fomentó o favoreció el fraude cometido?

XII. PARTICIPACIÓN EN FRAUDE DEBIDO SABER.

Contrariamente a la lectura de la jurisprudencia del Tribunal de la Unión que efectúa el tribunal remitente, de la jurisprudencia se desprende con claridad, en primer lugar, que se considera participación en un fraude, a efectos de la Directiva 2006/112, que el sujeto pasivo haya adquirido bienes o servicios a pesar de saber, *del modo que fuera*, que, mediante esa adquisición, participaba en una operación que formaba parte de un fraude del IVA cometido con anterioridad en la cadena de entregas o prestaciones.

Como alega el Gobierno alemán, el único acto positivo determinante para fundamentar la denegación del derecho a deducción en tal situación es la adquisición de dichos bienes o servicios. Por consiguiente, para fundamentar esa denegación, no es necesario demostrar-como postula el juez de remisión-que dicho sujeto pasivo haya participado activamente en el fraude, aunque solo fuera fomentándolo o favoreciéndolo activamente. Asimismo, tampoco resulta relevante que no haya ocultado sus relaciones de suministro ni sus proveedores[37].

Porque, según la jurisprudencia, aunque el sujeto pasivo comprobado no sea el autor del fraude, también se le debe privar del derecho a deducción si debería haber sabido que, mediante su adquisición, participaba en una operación que formaba parte de un fraude del IVA cometido con anterioridad en la cadena de entregas o prestaciones. En tal situación, no llevar a cabo determinadas actuaciones con diligencia arrastra la negación del derecho a deducción.

El Tribunal de la Unión ha declarado que no es contrario al Derecho de la Unión imponer a un operador económico que adopte toda medida razonablemente exigible para asegurarse de que la operación no le conduce a participar en un fraude fiscal, y que la determinación de las actuaciones que, en un caso concreto, pueden exigirse razonablemente a un sujeto pasivo con vistas a deducir el IVA soportado para cerciorarse de que sus operaciones no forman parte de un fraude cometido por otro operador en una fase anterior depende de las circunstancias del caso[38]. Cuando existan indicios que permitan sospechar de la existencia de irregularidades o de un fraude, el Tribunal de la Unión ha precisado que un operador prudente debería, según las circunstancias del caso, informarse acerca del otro operador del que tenga intención de adquirir bienes o servicios con el fin de cerciorarse de su fiabilidad[39].

37 Apartado 26 y ss. del auto del TJUE 14 abril 2021, caso HR-Finanzamt Wilmersdorf, causa C-108/20.

38 En este sentido, las sentencias 21 junio 2012, caso Mahagében y Dávid, causa C-80/11, apartados 54 y 59, y 19 octubre 2017, caso Paper Consult, causa C-101/16, apartado 52.

39 Sentencia 21 junio 2012, caso Mahagében y Dávid, causa C-80/11, apartado 60, auto 16 mayo 2013, caso Hardimpex, causa C-444/12, apartado 25, y auto 3 septiembre 2020, caso Vikingo F□vállalkozó, causa C-610/19, apartado 55.

Por otra parte, ante la afirmación del Tribunal remitente de que la mala fe del sujeto pasivo no es un criterio que pueda sustituir al de la participación activa de dicho sujeto pasivo, el Tribunal de la Unión replica, por una parte, que no es contrario al Derecho de la Unión imponer a un operador económico que actúe de buena fe (en este sentido, las sentencias 28 marzo 2019, caso Vinš, causa C-275/18, apartado 33, y 17 octubre 2019, caso Unitel, causa C-653/18, apartado 33).

Si bien, por otra parte, para que se le deniegue el derecho a deducción, no es imprescindible que se demuestre la mala fe del sujeto pasivo, pues de la jurisprudencia comunitaria y de la fundamentación anterior resulta que, a efectos de la Directiva 2006/112, es bastante para considerar que el sujeto pasivo participó en un fraude y para privarle del derecho a deducción que el sujeto pasivo haya adquirido bienes o servicios a pesar de que sabía o debería haber sabido- adoptando las medidas que razonablemente pudieran exigírsele para asegurarse de que esa operación no le conducía a participar en un fraude- que, mediante esa adquisición, participaba en una operación que formaba parte de un fraude.

En segundo lugar, el Tribunal de la Unión rechaza la interpretación según la cual, el concepto de «cadena de entregas», a efectos de fraude, debe entenderse referido a los supuestos en los que el fraude resulte de una concreta combinación de transacciones sucesivas o de un plan global que establezca que las entregas formen parte de un fraude que abarque varias operaciones y, por otra parte, que, fuera de esos supuestos la operación realizada por el sujeto pasivo y la operación anterior fraudulenta deben considerarse operaciones independientes, en particular cuando la comisión del fraude estuviese finalizada en el momento en que haya tenido lugar la primera de las operaciones, de modo que dicho fraude ya no podía ser favorecido ni fomentado después.

En efecto, tal interpretación equivaldría a añadir requisitos adicionales a la denegación del derecho a deducción en caso de fraude que no se desprenden de la precedente jurisprudencia comunitaria. Para considerar que dicho sujeto pasivo participó en el fraude y para privarle del derecho a deducción es bastante que el sujeto pasivo haya adquirido bienes o servicios a pesar de que sabía o debería haber sabido que, mediante la adquisición de esos bienes o servicios, participaba en una operación que formaba parte de un fraude cometido con anterioridad.

Además, la interpretación abanderada por el juez *a quo* no tiene en cuenta que el fraude en una fase de la cadena de entregas o prestaciones tiene efectos en las fases siguientes de la cadena si la cuota de IVA recaudada no coincide con la cuota debida adeudar, como consecuencia de la disminución del precio de los bienes o de los servicios, debida al IVA no soportado. En todos los supuestos, la adquisición por el sujeto pasivo de los bienes que han sido objeto de una operación

fraudulenta anterior permite su venta a un precio más bajo, como muestran los hechos del litigio principal, de modo que facilita el fraude.

En tercer lugar, resulta indiferente que la operación en cuestión le haya reportado o no una ventaja fiscal para apreciar si el sujeto pasivo ha participado en un fraude. A diferencia de lo ocurre en materia de prácticas abusivas[40], la constatación de la participación del sujeto pasivo en un fraude del IVA no se supedita al requisito de que esa operación le haya reportado una ventaja fiscal, cuya concesión sea contraria al objetivo perseguido por las disposiciones de la Directiva del IVA. Asimismo, es irrelevante que la operación de que se trata no haya reportado al sujeto pasivo ninguna ventaja económica.

Por último, de las consideraciones según las cuales el establecimiento de un sistema de responsabilidad objetiva iría más allá de lo necesario para preservar los derechos del Tesoro Público y, por otro, el sujeto pasivo que sabía o debería haber sabido que, mediante su adquisición, participaba en una operación que formaba parte de un fraude colabora con los autores de dicho fraude y se convierte en *cómplice*, resulta que esa participación implica un incumplimiento del que es responsable ese sujeto pasivo.

Esta correcta interpretación-desde una óptica conductista- puede obstaculizar las operaciones de fraude (en este sentido, la sentencia 6 julio 2006, caso Kittel y Recolta Recycling, causa C-439/04, apartado 58), al poder privar de salida comercial a los bienes y servicios que han sido objeto de una operación que formaba parte de un fraude, y, en tal sentido puede contribuir, por tanto, a la lucha contra el fraude, que es un objetivo reconocido y promovido por la Directiva 2006/112.

Principio de proporcionalidad: al declarar reiteradamente que debe denegarse el derecho a deducción cuando el sujeto pasivo sabía o debería haber sabido que, mediante su adquisición, participaba en una operación que formaba parte de un fraude, el Tribunal de la Unión ha considerado que la denegación opuesta al sujeto pasivo receptor en tales circunstancias no va más allá de lo necesario para alcanzar dicho objetivo.

Principio de neutralidad: del mismo modo, ha apreciado el Tribunal de la Unión que esa denegación de la deducción al sujeto pasivo receptor no puede considerarse una violación del principio de neutralidad fiscal, el cual, por lo demás, no puede ser invocado a efectos de deducción del IVA por un sujeto pasivo que ha participado en un fraude fiscal (véanse las sentencias 28 marzo 2019, caso Vinš,

40 Sobre prácticas abusivas en el IVA puede verse las sentencias 21 febrero 2006, caso *Halifax*, causa C-255/02, apartados 74 y 75; 17 diciembre 2015, caso *WebMindLicenses*, causa C-419/14, apartado 36, y 10 julio 2019, caso *Kuršu zeme*, causa C-273/18, apartado 35.

causa C-275/18, apartado 33, y 17 octubre 2019, caso Unitel, causa C-653/18, apartado 33)[41].

En una cadena de entregas, pues, la Directiva 2006/112 no se opone a que la Administración deniegue la deducción del IVA soportado a un sujeto pasivo que ha adquirido bienes que fueron objeto de un previo fraude del IVA cometido con anterioridad en la cadena de entregas y que el sujeto pasivo receptor lo sabía o debería haberlo sabido, aun cuando no haya participado activamente en tal fraude.

En suma, en el contexto de una cadena de operaciones, frente a la tesis de que las operaciones deben ser tratadas como operaciones independientes, cuyos efectos defraudatorios *a priori* no se comunican entre sí, el Tribunal de la Unión sostiene ahora que el fraude en una fase surte efectos en las fases siguientes de la cadena, si en su dinámica sucesiva las cuotas recaudadas no coinciden con las cuotas debidas recaudar.

Este trabajo se realiza en el marco del proyecto de investigación "La necesaria actualización de los sistemas tributarios ante los retos del S.XXI", Prometeo/2021/041.

41 Puede verse Macarro Osuna,J.M.,: *El principio de neutralidad fiscal en el IVA*, Cizur menor, 2015.

BIBLIOGRAFÍA

ATTARD, R.: "WebMindLicenses Kft v Nemzeti Adó-és Vám Föigazgatóság: base erosion, substance and human rights, a timely judgment of the CJEU", British Tax Review núm. 3, 2016.

BARCIELA PÉREZ, J. A.:

- "Derecho a deducir y fraude en el IVA. El asunto PPUH Stehcemp", *Carta Tributaria*, núm. 19, 2016.

- "El principio de proporcionalidad en el Derecho de la Unión y su aplicación por el TJUE en el ámbito tributario", *Quincena Fiscal*, núm. 12, 2010.

- "Las tramas de fraude en el IVA: La STS de 23 de mayo de 2012 (asunto Investrónica) y la STJUE en el asunto Mahagében KFT y otros", *Quincena Fiscal*, núm. 10, 2013.

CHECA GONZÁLEZ, C.: *El derecho a la deducción del IVA. Criterios establecidos en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia comunitario y su reflejo en nuestro Derecho interno*, Cizur Menor, 2006.

DE LA FERIA, R.: *The EU VAT System and the internal market*, Amsterdam, 2009.

DE MIGUEL CANUTO, E.: "Cooperación transfronteriza contra prácticas abusivas en la prestación de servicios en el IVA", *Quincena Fiscal,* núm. 19, 2017.

DOURADO, A. P. y DA PALMA BORGES, R. (dirs.): *The acte clair in EC direct tax law*, Amsterdam, 2008.

FALCÓN TELLA, R. y PULIDO GUERRA, E.: *Derecho fiscal internacional*, Madrid-Barcelona-Sao Paulo-Buenos Aires, 2013.

GARCÍA NOVOA, C.: "La deducción del IVA", *Noticias de la Unión Europea,* núm. 331, 2012.

HINOJOSA TORRALVO, J. J. y LUQUE MATEO, M. A., (dirs.): *Medidas y procedimientos contra el fraude fiscal*, Barcelona, 2012.

MACARRO OSUNA, J. M.: *El principio de neutralidad fiscal en el IVA*, Cizur Menor, 2015.

MOSCHETTI, G.: "El principio de proporcionalidad en las relaciones Fisco-Contribuyente", *Revista española de Derecho financiero,* núm.140, 2008.

Ramirez Gómez, S.: *El Impuesto sobre el valor añadido*, Madrid, 1994.

Sánchez Sánchez, A.: "Deducción del IVA en el ámbito del fraude fiscal: un análisis a la luz de la jurisprudencia comunitaria", *Carta Tributaria,* núm. 47, 2019.

Sanz Díaz-Palacios, J. A.: "Un apunte sobre el fraude «carrusel» del IVA en Europa", en Carrasco Parrilla, P. y Patón García, G. (dirs.): *Fraude fiscal: la experiencia en Costa Rica y España*, Montes de Oca, Costa Rica, 2009.

Tovillas Moran, J. M.: "La exigencia de factura para la deducción de las cuotas de IVA soportado: tendencias jurisprudenciales", *Quincena Fiscal,* núm. 15 y 16, 2009.

Victoria Sánchez, A.: "Commentary on the Judgment of the Court of Justice of the European Union of 10 July 2019, Case C-273/18, Kuršu zeme", *Intertax,* núm. 3, 2020.

Vukcevic, I.: "CILFIT criteria for the Acte Clair/Acte Éclairé Doctrine in direct tax cases of the CJEU", *Intertax,* núm.12/2012.

LA EVOLUCIÓN DEL CONCEPTO DE CONSUMIDOR COMO CONSECUENCIA DEL DESARROLLO DE LOS SERVICIOS DIGITALES Y DE LAS PLATAFORMAS DE INTERMEDIACIÓN

THE EVOLUTION OF THE CONCEPT OF CONSUMER AS A CONSEQUENCE OF THE DEVELOPMENT OF DIGITAL SERVICES AND INTERMEDIATION PLATFORMS

Rev. Boliv. de Derecho Nº 34, julio 2022, ISSN: 2070-8157, pp. 564-581

María Teresa
ALONSO
PÉREZ

ARTÍCULO RECIBIDO: 13 de junio de 2022
ARTÍCULO APROBADO: 15 de junio de 2022

RESUMEN: En este trabajo se estudia en qué medida el desarrollo de la prestación de servicios digitales, incluyendo los de las plataformas de intermediación contractual, está incidiendo en la configuración del concepto de consumidor. Se analiza la jurisprudencia del Tribunal Supremo español y del Tribunal de Justicia de la Unión Europea que permite observar cómo algunas de las características habituales de dicha noción de consumidor se desdibujan en estos casos.

PALABRAS CLAVE: Concepto de consumidor; servicios digitales; plataformas de intermediación contractual; competencia judicial en materia civil.

ABSTRACT: *This paper studies the extent to which the increase in the provision of digital services, including those of contractual intermediation platforms, affects the configuration of the concept of consumer. The jurisprudence of the Spanish Supreme Court and the Court of Justice of the European Union is analyzed, allowing us to observe how some of the usual characteristics of said notion of consumer are blurred in these cases.*

KEY WORDS: Consumer concept; platforms for contractual intermediation; digital services; judicial jurisdiction in civil matters.

SUMARIO.- I. LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA EN LA CONFIGURACIÓN DEL CONCEPTO DE CONSUMIDOR EN EL PASADO.- II. LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA DE 10 DE DICIEMBRE DE 2020 (ASUNTO C-774/19).- 1. Exposición del caso.- 2. Doctrina de la sentencia.- III. LAS CARACTERÍSTICAS PROPIAS DE LA NOCIÓN DE CONSUMIDOR.- 1. Ánimo de lucro.- 2. La profesionalidad del usuario.

I. LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA EN LA CONFIGURACIÓN DEL CONCEPTO DE CONSUMIDOR EN EL PASADO.

El concepto de consumidor en el Derecho de la Unión Europea ha tomado siempre en consideración al sujeto que actúa en un ámbito ajeno a su actividad profesional. Partiendo de esta idea que aparece reflejada en numerosas Directivas, la noción se ha ido decantando poco a poco a golpe de sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea que han ido resolviendo supuestos controvertidos. Así, han tenido que pronunciarse sobre los supuestos híbridos en los que el bien tiene un destino tanto profesional como personal, siendo el caso más paradigmático el que resuelve la STJU de las Comunidades de 20 de enero de 2005 [1]; esta sentencia establece como criterio dirimente el de la preponderancia del uso que se vaya a dar al bien o producto adquirido, de modo que sólo si el uso principal que se va a hacer del bien es personal, la relación debe ser calificada de consumo. También se ha tenido que pronunciar el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante, TJUE) sobre casos en los que no estaba claro el destino -personal o profesional- del préstamo solicitado, aunque el bien que servía como garantía fuera el despacho profesional del abogado: en este caso, la STJUE de 3 de septiembre de 2015[2], entendió que el prestatario debía ser considerado consumidor. Otra sentencia relevante es la STJ de las Comunidades Europeas, de 3 de julio de 1997 que resuelve el caso Benincasa contra Dentalkit[3], en la que se entiende que la adquisición de los bienes tiene un destino profesional, aunque

1 Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades de 20 de enero de 2005 (Caso Johan Gruber contra Bay WA AG) - ECLI:EU:C:2005:32-.

2 Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 3 de septiembre de 2015 (ECLI:EU:C:2015:538 Asunto C-110/14)

3 Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, de 3 de julio de 1997, caso Benincasa contra Dentalkit (ECLI:EU:C:1997: 337. Asunto C-269/95),

• María Teresa Alonso Pérez
Catedrática de Derecho civil en la Universidad de Zaragoza. Labor investigadora reconocida con 4 sexenios de investigación y 1 sexenio de transferencia. Las líneas de investigación se centran en el Derecho patrimonial: contratos de servicios, Derecho de consumo, responsabilidad civil, propiedad inmobiliaria y vivienda. Investigadora principal de numerosos proyectos de investigación. Docente en Másteres oficiales de Universidades españolas y francesas. Estancias de investigación efectuadas en centros europeos de referencia para el Derecho civil: Université Paris XII, Sorbonne y Paris-Pantheon, Institut de Droit comparé (Lausana, Suiza), Centre de Droit de la Consommation (Université Louvain-La-Neuve, Bélgica). Sus resultados de investigación se han publicado en revistas españolas y francesas de prestigio, así como en editoriales de gran relevancia en el panorama jurídico español.

dicha actividad no hubiera comenzado; en el caso enjuiciado por esta sentencia, los productos se adquirieron con vistas a la futura apertura de una clínica dental que, finalmente, no llegó a abrir sus puertas al público.

Creo que también es relevante otra sentencia que ayudó a delimitar los imprecisos contornos del contrato de consumo es la STJUE de 4 de octubre de 2018 (caso Kamenova)[4], en la que se precisa que una señora que puso a la venta varios objetos en una plataforma de venta de objetos de segunda mano no debía ser calificada de comerciante, de modo que no se le podían imponer sanciones administrativas por incumplir normas sobre protección de consumidores.

Los últimos años encontramos varias sentencias que analizan relaciones concertadas electrónicamente ya sea por prestación de servicios digitales ya sea por tratarse de relaciones intermediadas a través de plataformas virtuales. Se está planteando algunos problemas de delimitación del concepto de consumidor que puede influir en la configuración del mismo y creo que es importante su análisis.

De entre todas las sentencias referidas a esta cuestión, que iré refiriendo a lo largo de este trabajo, cabe destacar una porque pone en cuestión varios -sino todos- de los elementos que hasta ahora hemos entendido que perfilaban la noción de consumidor. Se trata de la STJUE de 10 de diciembre de 2020[5], que paso a analizar y que nos va a servir de hilo conductor para el discurso que pretendo realizar.

II. LA SENTENCIA DEL TJUE DE 10 DE DICIEMBRE DE 2020 (ASUNTO C-774/19).

1. Exposición del caso.

La Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 10 de diciembre de 2020 resuelve una decisión prejudicial planteada por el Tribunal Supremo de Eslovenia. El litigio versa sobre un caso en el que un jugador de póquer -A.B.- se había incorporado a una plataforma de juego on-line domiciliada en la República de Malta. Esta empresa ofrece servicios de juegos de azar en línea por medio del sitio de Internet www.mybet.com. El usuario al incorporarse a la misma tuvo que aceptar las condiciones generales establecidas unilateralmente por la empresa titular de la plataforma -PEI-. Una de las condiciones generales establecía que los litigios que pudieran surgir en relación al contrato debían someterse a los tribunales de la República de Malta.

4 La Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 4 de octubre de 2018 (ECLI:EU:C:2018:808 Asunto C-105/17), caso Kamenova.

5 Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, A. B. y B. B. c. Personal Exchange International Limited (Asunto C-774/19), 10 de diciembre de 2020 (ECLI:EU:C:2020:1015).

Entre el 31 de marzo de 2010 y el 10 de mayo de 2011, A.B. ganó aproximadamente 227 000 euros jugando al póquer en dicho sitio web. Precisamente el 10 de mayo fue cuando la plataforma bloqueó la cuenta del usuario y retuvo toda la cantidad que este había ganado basándose en que el usuario había accedido a la plataforma con dos cuentas de usuario, lo cual estaba prohibido por las normas de juego. El jugador, en mayo de 2013, presenta ante los Tribunales de su país, Eslovenia, una demanda de reclamación de la cantidad que había ganado jugando al póquer en la plataforma, invocando la aplicación del art. 16, apartado 1, del Reglamento n.º 44/2001 que le permite, como consumidor, litigar en su país. Actualmente ese artículo se corresponde con los arts. 17 y ss. del Reglamento (UE) nº 1215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2012, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil.

La empresa titular de la plataforma alega que el ciudadano esloveno no puede ser considerado consumidor porque es jugador de póquer profesional, por lo que debe darse eficacia a la cláusula de sumisión expresa a los Tribunales de la República de Malta que aparecía recogida en las condiciones generales de la contratación.

El Tribunal esloveno de primera instancia considera al jugador como un consumidor y, en consecuencia, se entiende competente para conocer del litigio, que, además se solventa estimando de la demanda interpuesta por el jugador. El recurso de apelación se resuelve ratificando la sentencia de primera instancia en todos sus extremos. Sin embargo, cuando la empresa titular de la plataforma recurre en casación ante el Tribunal Supremo de Eslovenia, este se plantea la duda de si es competente habida cuenta de que no tiene claro si el jugador puede ser considerado consumidor a efectos de aplicación del art. 15, apartado 1, del Reglamento núm. 44/2001.

La sentencia del TJUE de 10 de diciembre de 2020 resuelve entendiendo que, efectivamente, el jugador on-line debe considerarse consumidor a efectos de la aplicación de las normas sobre competencia judicial. Y ello pese a que en el jugador de póquer concurren dos circunstancias que, *a priori,* llevarían a descartar su identificación como consumidor: la primera de ellas es su ánimo de lucro y la segunda es su profesionalidad. Si bien la primera resulta menos controvertida porque veremos que hay jurisprudencia -europea y española- que no considera el ánimo de lucro un óbice para la existencia de una relación de consumo, la profesionalidad o pericia del usuario de la plataforma es la primera vez que de modo tan contundente se considera que no representa un obstáculo a la calificación de un sujeto como consumidor, lo que abre un terreno pantanoso y puede plantear grandes incertidumbres sobre una cuestión como la del concepto

de consumidor que, al menos, en eso, parecía estar clara. Veamos cómo el TJUE logra compatibilizar el concepto de consumidor o de relación de consumo con la circunstancia de que éste tenga un alto nivel de conocimientos en relación al objeto del contrato de juego, pues, de entrada, se antoja un objetivo complicado.

2. Doctrina de la sentencia.

La STJUE de 10 de diciembre de 2020 versa sobre la aplicación del art. 15 del Reglamento 44/2001 sobre competencia judicial en materia civil que es el que permite a los consumidores de un Estado de la Unión Europea litigar en su país cuando han contratado con una empresa ubicada en otro país miembro como es el caso.

Entiende la sentencia que dicho precepto es una excepción no sólo a la regla general de competencia que contiene el art. 2 del Reglamento que atribuye la competencia atendiendo al criterio del domicilio del demandado, sino también a la norma contenida en el art. 5 conforme a la cual, en materia de contratos, son competentes los Tribunales del lugar en el que debía cumplirse la obligación. Al tratarse, por tanto, de una excepción, el art. 15 del Reglamento debe ser interpretado de manera restrictiva.

De modo que, para la aplicación de dicho precepto, se entiende que deben reunirse cumulativamente tres requisitos: que una de las partes sea un consumidor que actúa en un contexto que pueda considerarse ajeno a su actividad profesional, que se haya celebrado efectivamente el contrato y, por último, que el contrato sea de los contemplados en las letras a, b y c de dicho precepto. En este caso la controversia se cifra en determinar si el jugador de póquer on-line puede ser considerado como un consumidor que actúa en un contexto que pueda considerarse ajeno a su actividad profesional.

Dice el Tribunal que dicho concepto debe interpretarse restrictivamente, atendiendo a la posición de esa persona en un contrato determinado y con la naturaleza y finalidad de éste y no con la situación subjetiva de esta persona. En esta línea el TJUE ha considerado que sólo puede entender que se da ese requisito cuando se trata de un contrato celebrado al margen de cualquier actividad o finalidad profesional y cuyo objetivo sea satisfacer las propias necesidades de consumo privado de un individuo. Sólo en esos casos cabe la aplicación del art. 15 del Reglamento 44/2001 para proteger al consumidor, en cuanto parte considerada económicamente más débil.

Así las cosas, la sentencia plantea que de lo que se trata es de precisar si se puede negar a una persona la condición de consumidor por haber obtenido unas ganancias elevadas que le permiten vivir de las mismas, o por tener unos

conocimientos sobre el objeto de contrato o por desarrollar esta actividad de manera regular.

Dice el Tribunal que el alcance de los arts. 15 a 17 del Reglamento 44/2001 no viene delimitado por las cuantías obtenidas, de modo que el hecho de que el ciudadano esloveno gane cantidades que le permiten vivir del juego desde 2008 no representa un obstáculo a su calificación como consumidor. Si se tuviera en cuenta dicho criterio, el particular no sabría hasta que se precisara el importe obtenido si puede invocar en su favor el Reglamento 44/2001, lo que contraviene el alto grado de previsibilidad que deben tener las normas sobre competencia judicial; dato que tiene especial relevancia cuando se trata de contratos de juego o azar.

Otra cuestión que se analiza en la sentencia es la de los elevados conocimientos del jugador que le permitieron ganar tan enormes cantidades. Se cita la STJUE de 25 de enero de 2018 [6]para aseverar que la noción de consumidor presenta un carácter objetivo y es independiente de los conocimientos y de la información de que la persona de que se trate dispone realmente. Y como la noción de consumidor debe ser objetiva si tomamos en consideración los conocimientos y no si ha celebrado el contrato para satisfacer necesidades personales, estaríamos calificando a un consumidor en base a circunstancias subjetivas, cuando debemos calificarlo únicamente en función de la posición que ocupa en un contrato determinado. Y aquí es donde la sentencia contiene la afirmación, a mi modo de ver, más relevante de todas: "Por consiguiente, los conocimientos de un particular en el ámbito en el que se inscribe el contrato celebrado no le privan de su condición de consumidor a efectos del artículo 15.1 del Reglamento nº 44/2001)".

A continuación, la sentencia considera que es el órgano jurisdiccional que plantea la cuestión prejudicial el que debe tener en cuenta la posible evolución posterior de la relación contractual entablada, para comprobar si lo que inicialmente se contrató como consumidor adquiere posteriormente un carácter esencialmente profesional.

El último elemento sobre el que se pronuncia la sentencia es el de la regularidad con la que el ciudadano esloveno jugaba al póquer online, tomando en consideración que dedicaba al juego una media de nueve horas por día laborable. Dicha regularidad que podría ser tomada en consideración para entender que alguien es un profesional, entiende la sentencia que no determina, por sí misma, la calificación que debe hacerse de una persona física con respecto al concepto

6 Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 25 de enero de 2018, Scherms C- 498/16 -EU:C:2018:37-.

de profesional. La sentencia profundiza esta argumentación diciendo que no es un contrato en el que se vendan bienes o se presten servicios.

La sentencia remite al órgano jurisdiccional remitente que compruebe si, a la luz de todos estos elementos cabe calificar de consumidor al jugador de póquer on-line y responde a la cuestión prejudicial afirmando que el jugador no pierde su condición de consumidor a afectos del art 15.1 del Reglamento 44/2001 sobre competencia judicial en materia civil y mercantil (actualmente derogado y que ha venido a ser sustituido por los arts. 17 y ss del Reglamento 1215/2020).

III. LAS CARACTERÍSTICAS PROPIAS DE LA NOCIÓN DE CONSUMIDOR

La sentencia que nos ocupa va a engrosar esa lista de referencias jurisprudenciales necesarias para perfilar el concepto de consumidor o, lo que es lo mismo, de relación de consumo. Concretamente este pronunciamiento analiza varios aspectos que guardan relación con dicha noción y que ponen en solfa algunas de las características que siempre se han considerado propias del concepto de consumidor. Veámoslas.

1. Ánimo de lucro.

El hecho de que el usuario tenga ánimo de lucro podría poner en entredicho que el contrato celebrado pueda ser calificado como relación de consumo, pues se trata de una característica que, en principio, debería entenderse concurrente en el operador económico que contrata con el consumidor. Sin embargo y pese a lo que comúnmente podría parecer, se entiende que los profesionales, comerciantes o empresarios no se definen por la concurrencia de dicha característica, lo que permite dar cabida en la noción de empresario a entidades tales como las empresas públicas[7]. De modo que la presencia de ánimo de lucro, curiosamente, no es relevante para la consideración de uno de los sujetos como comerciante, profesional o empresario. Tampoco parece ser necesaria la ausencia de dicho ánimo para calificar a la otra parte del contrato como consumidor[8]. No obstante, parece que requiere ser justificada con más énfasis la idea de que la presencia de ánimo de lucro no obstaculiza que se considere a un contratante

7 La doctrina considera que no es menester que concurra ánimo de lucro para que un sujeto sea considerado comerciante. Así lo explica detalladamente Cámara Lapuente, S.: "Comentario a los artículos 3 y 4 del TRLGDCU", en *Comentarios a las normas de protección de los consumidores*, Colex, Madrid 2011, pp. 166 y 167. Por lo tanto, si el ánimo de lucro no es una característica definitoria de la noción de comerciante o de operador económico parece normal que no la recoja tampoco el art. 4 del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (Real Decreto Legislativo 1/2007), de modo que tampoco debe determinar que un sujeto sea consumidor o deje de serlo, en opinión de Marín López, M. J.: "¿Es consumidor el que adquiere un bien con ánimo de lucro? La doctrina del Tribunal Supremo contenida en la Sentencia de 16 de enero de 2017", *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, 2016/20, accesible en https://revista.uclm.es/index.php/cesco/article/view/1259/1038, p. 207.

8 En sentido similar *vid*. Mato Pacín, N.: "Cuestiones actuales sobre el concepto de consumidor a la luz de la jurisprudencia", *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial*, núm. 48, 2019.

como consumidor, probablemente porque, pese a todo, ese ánimo de ganancia es más propio de quien se coloca en el mercado en el lado opuesto, el de la oferta. No en vano, precisamente, esa es una de las diferencias entre la compraventa civil y la mercantil a la vista del art. 325 del Código de Comercio, que configura como mercantil las compraventas de cosas muebles para revenderlas con ánimo de lucrarse en la reventa.

Ahora bien, no se trata en este estudio de precisar los contornos del concepto de comerciante y, por tanto, partimos de la consideración comúnmente aceptada de que el comerciante no se define por su ánimo de lucro, aunque convendremos en que es habitual que lo tenga. Así las cosas, como dice esta sentencia objeto de comentario, recogiendo una doctrina presente en otros pronunciamientos, el hecho de que una persona celebre una relación contractual con la finalidad de lucrarse no excluye necesariamente su consideración como consumidor; es decir, no son incompatibles las ideas de ánimo de lucro y de consumidor[9].

En Derecho español disponemos, además, de un argumento de Derecho positivo que permite apoyar esta consideración en la medida en que el art. 3 TRLGDCU[10] establece que el ánimo de lucro es un parámetro excluyente de la caracterización de un sujeto como consumidor cuando nos encontramos en contratación realizada por personas jurídicas, de modo que no opera respecto a las personas físicas.

La línea jurisprudencial que compatibiliza la concurrencia de ánimo de lucro en uno de los sujetos de la relación y su consideración como consumidor, confirmada en la sentencia de referencia, se ha trabado en torno a relaciones contractuales en las que normalmente concurre en el particular que contrata con un operador económico -profesional, comerciante o empresario- la voluntad de obtener ganancias.

Así, en la jurisprudencia española el cuerpo de sentencias que engrosan esta línea está conformado por pronunciamientos referidos a adquisiciones inmobiliarias, en las que es habitual que la operación se efectúe como una inversión de futuro habida cuenta de la revalorización constante de este tipo de bienes. En las transacciones que tienen como objeto los bienes inmuebles el ánimo de lucro se da incluso cuando el inmueble se va a destinar a vivienda habitual, pero también en caso de adquisición de segundas viviendas con fines vacacionales y es evidente

9 La doctrina tampoco considera que la presencia de ánimo de lucro impida la calificación de un sujeto como consumidor. Vid. por todos Cámara Lapuente, S.: "Comentario al artículo 3 ...", cit., p. 134.

10 TRLGDCU: Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias.

dicha intención cuando el inmueble se va a destinar al alquiler[11]. En estos casos, la concurrencia de ánimo de lucro, por sí sola, no ha excluido la consideración del adquirente como consumidor. En esta línea, es muy significativa la STS 16 de enero de 2017[12], referida a la adquisición como un producto vacacional de un derecho de aprovechamiento por turno sobre un inmueble[13].

Centrándonos ya en la prestación de servicios digitales, se percibe esta línea en relación a dos clases de contrato a los que es consustancial el ánimo de ganancia por parte del particular que contrata con un empresario o profesional: los que versan sobre productos de inversión y los contratos de juego on-line.

Así, por ejemplo, en la reciente STS de 11 de marzo de 2021[14] que trata, precisamente de un caso de apuestas on-line en la que -aunque se desestima la pretensión del jugador que reclamaba una cantidad superior a los 2 millones de euros porque había sobrepasado los límites normales del ejercicio del derecho infringiendo el art. 7.2 del Código civil por el volumen de apuestas efectuado-, en ningún momento se pone en entredicho la cualidad de consumidor del jugador que demandaba la nulidad de una serie de cláusulas del contrato por abusivas.

En relación a los productos de inversión contratados a través de plataformas, puede percibirse esta línea de pensamiento en sentencias tan significativas como la STJUE de 3 de octubre de 2019 (caso Petruchova)[15]. Esta sentencia se refiere a un caso en el que una estudiante invierte una cantidad de dinero a través de una plataforma de inversión online que opera teniendo en cuenta el cambio de valor de las divisas. La plataforma trasmite su orden con 17 segundos de retraso y la ganancia se reduce hasta un tercio de lo que cabía esperar. El Tribunal, sin tener en cuenta ni la enorme cantidad invertida, ni los conocimientos de la estudiante, ni el ánimo de lucro, la considera consumidora a efectos de aplicación del Reglamento sobre competencia judicial, entendiendo competentes a los tribunales del país de la inversora.

11 La Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de junio de 2018 (ECLI:ES:TS:2018:2193) resuelve un caso en el que un ciudadano había concertado un contrato de préstamo para adquirir una vivienda destinada al alquiler y se le considera consumidor, entre otras razones porque no era una actividad que realizara con habitualidad.

12 Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de enero de 2017 (ECLI:ES:TS:2017:17).

13 Sobre este tipo de productos vacacionales y en sentido similar pueden consultarse, entre otras, las siguientes sentencias del Tribunal Supremo español: Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de junio de 2018 (ECLI:ES:TS:2018:2475) o la Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de julio de 2018 (ECLI:ES:TS:2018:2807).

14 Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de marzo de 2021 (ECLI:ES:TS:2021:1036).

15 Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 3 de octubre de 2019 (caso Petruchova. Asunto C 208/18 (ECLI:EU:C: 2019:825).

Esta misma doctrina aparece recogida en la STJUE 2 de abril de 2020[16] en la que se analiza un caso en el que una señora rumana realiza una inversión a través de una plataforma online y pierde la cantidad aplicada. La señora demanda a la plataforma por responsabilidad extracontractual al imputarle responsabilidad por la pérdida de la inversión. En las condiciones generales de acceso a la plataforma aparece una cláusula conforme a la cual el contrato se rige por el Derecho chipriota y por la que cualquier litigio debería someterse a los tribunales de dicho país. El litigio se cifra en saber si la señora rumana puede ser consumidora y litigar en su país por aplicación de los vigentes arts. 17 y ss. del Reglamento 1215/2012. También en este caso se la califica de consumidora, obviando, al igual que en el pronunciamiento anterior, el elevado valor de las operaciones que efectúa en un corto período de tiempo a través de la plataforma, el conocimiento de los riesgos que asumía y su experiencia (nº 53).

Sin embargo, en España un caso similar a este -aunque no se trata de contratación a través de plataformas- y que se resuelve por la STS de 21 de noviembre de 2018[17] en el que unos particulares realizan un contrato con una entidad bancaria para que gestionaran una cartera de inversión de elevadísimo valor y en base al cual acaban adquiriendo una serie de productos. Los inversores acaban perdiendo importantes sumas de dinero e instan una acción de nulidad de los contratos por concurrir error como vicio del consentimiento pretendiendo hacer valer su cualidad de consumidores y el incumplimiento por parte de su contraparte de las obligaciones de información. Los interesados litigan a través de una asociación de consumidores. En este caso, el Tribunal Supremo no admite que la relación pueda ser calificada como contrato de consumo pronunciándose en los siguientes términos: "Una operación de estas características no puede considerarse un acto o servicio de consumo porque, en atención a los importes y a su carácter especulativo, no es uso común, ordinario o generalizado". No obstante, creo que no es irrelevante el que la sentencia considere un abuso del derecho el que los demandantes litiguen a través de una asociación de consumidores para evitar los riesgos de una posible condena en costas. En relación a esta última sentencia, queda por apuntar que es la única en la que expresamente se menciona el criterio de la elevada cuantía de la operación para excluir la consideración de consumidores de los demandantes, pues, por su parte el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, expresamente menciona que las elevadas cuantías de las operaciones o ganancias obtenidas no excluyen, por sí solas, la consideración de los sujetos como consumidores a efectos de aplicación de las normas sobre

16 Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 2 de abril de 2020 (ECLI: EU:C:2020:264 Asunto c-500/18).

17 Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de noviembre de 2018 (ECLI:ES:TS:2018:3909).

competencia judicial en materia civil, por ejemplo, en la STJUE 2 de abril de 2020[18] que hemos referido más arriba y en la STJUE de 10 de diciembre de 2020[19].

De lo dicho hasta aquí, puede inferirse la idea de que, con carácter general, la existencia de ánimo de lucro no se considera una circunstancia que pueda excluir, por sí sola, la consideración del contratante como consumidor. Ahora bien, existe un límite, ya que se entiende que cuando la actividad objeto del contrato y que persigue la obtención de ganancias es habitual o reiterada, no cabe considerar al sujeto que la realiza como consumidor[20]. Se entiende que la habitualidad en el desarrollo de la actividad es propia de la cualidad legal de empresario; así en la STS de 13 de junio de 2018[21] se entiende que el adquirente de una vivienda destinada al alquiler puede ser considerado consumidor porque no es una actividad -la de adquisición de casas destinadas al alquiler- que realice habitualmente. Y es que una actividad con ánimo de lucro ejercida con habitualidad nos conduce a la idea de actividad profesional, lo que, en principio, debería excluir la consideración del sujeto que la realiza como consumidor. No en vano, la habitualidad es una noción usada por el art. 1 del Código de comercio para definir al comerciante. En definitiva, creo que puede afirmarse que existe una conexión entre la idea de habitualidad, de repetición, y el concepto de profesionalidad -también con el de comerciante o empresario-[22], la cual, en principio, acaso debería impedir la caracterización como consumidor del sujeto que realiza de manera reiterada una actividad con un ánimo de lucro.

Sin embargo, puede afirmarse que, efectivamente, la actividad de juego online del jugador de póquer del que trata la sentencia de referencia o las inversiones a través de plataformas que analizan las sentencias que hemos mencionado *más arriba estudian casos en los que la contratación por parte de los calificados como consumidores no es esporádica o inusual; al contrario, nos encontramos ante conductas que tienden a ser reiteradas por los particulares que buscan ganancias.* En el caso sobre el que versa la sentencia que he tomado de referencia para este trabajo se trata de un jugador de póquer online que pasa unas 9 horas diarias de media realizando esa actividad durante muchos días, de modo que no cabe decir que no haya reiteración ni habitualidad, es la propia sentencia la que lo califica de

18 Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 2 de abril de 2020 (ECLI: EU:C:2020:264 Asunto c-500/18).

19 Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 10 de diciembre de 2020 (ECLI:EU:C:2020:1015).

20 En este sentido. *Vid.* Mato Pacín, N.: "Cuestiones actuales sobre el concepto de consumidor a la luz de la jurisprudencia", cit. Marín López, M. J.: "¿Es consumidor el que adquiere un bien con ánimo de lucro? La doctrina del Tribunal Supremo contenida en la Sentencia de 16 de enero de 2017", cit., accesible en https://revista.uclm.es/index.php/cesco/article/view/1259/1038, p. 207. También Cámara Lapuente, S.: "Comentario a los artículos 3 y 4 ...", cit., p. 134.

21 Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de junio de 2018 (ECLI:ES:TS:2018:2193).

22 Cámara Lapuente, S., "Comentario a los artículos 3 y 4 ...", cit., p. 161.

profesional del póquer; pero, contrariamente a lo que sería esperable, la sentencia lo califica de consumidor.

Nos encontramos, por tanto, ante un pronunciamiento que quiebra uno de los elementos que dibujaban hasta ahora el contorno de la noción de consumidor. En efecto, ese matiz, ese límite que hasta ahora venía representado por la habitualidad en el desarrollo de una actividad con ánimo de lucro, en algunas sentencias aparece difuminado y empieza a ser tan débil que en algunos supuestos se traspasa y se consigue que el Tribunal considere que el sujeto que celebra contratos con ánimo de lucro de manera reiterada y habitual pueda ser considerado consumidor. Y la sentencia de referencia, la del jugador de póquer on-line, no es el único caso, pero quizás sí el más significativo porque habla expresamente de "profesionalidad" del jugador. Analicemos ahora el significado de esta deriva de los pronunciamientos jurisprudenciales.

2. La profesionalidad del usuario.

En el caso de la sentencia que hemos usado como referencia, el sujeto que reclama la consideración de consumidor frente a la empresa titular de la plataforma es un jugador de póquer online que no responde al prototipo de consumidor habitual o más frecuente, entre otras cosas, por su elevado conocimiento sobre el objeto del contrato -juego de póquer-; a ello se suma, que dicha actividad persigue la obtención de ganancias y obtiene tanto dinero que puede satisfacer sus necesidades vitales. Además, el sujeto juega habitualmente. La cuestión prejudicial planteada expone como hechos que el jugador había declarado estar incluido en la categoría de jugadores profesionales de póquer, aunque no está inscrito como tal formalmente en ningún registro.

Si nos atenemos a lo dicho en el epígrafe anterior, este jugador no debería ser considerado consumidor porque se trata de una persona física que realiza habitualmente una actividad con ánimo de lucro; sin embargo, la sentencia sí lo considera consumidor. Es decir, en esta sentencia se matiza aún más la noción de consumidor para permitir que la misma englobe a un profesional del juego que reiteradamente celebra contratos de juego o azar con ánimo de lucro.

Es precisamente, la habitualidad de la acción de jugar online vinculada a la noción de profesionalidad lo que trastoca las características habituales del concepto de consumidor. Y es que siempre se ha entendido que las normas de protección de los consumidores tienen como objetivo atender relaciones en las que se produce una asimetría, fundamentalmente informativa, la cual traería causa de que el operador económico tiene un conocimiento más especializado del objeto del contrato y del contrato en sí mismo, lo cual le coloca en una posición predominante, otorgándole una posición más fuerte desde el punto de vista jurídico, lo que suele manifestarse

con mayor intensidad en el momento previo a la formalización de los contratos, es decir, en la fase precontractual. Esa asimetría informativa que puede generar una desigualdad de fuerzas entre las partes en la fase de negociación siempre se ha entendido que es uno de los fundamentos del Derecho del consumo, una de las razones que hace necesario disponer de un conjunto de normas que proteja a los consumidores y establezca a su favor mecanismos normativos que reequilibren la relación mediante el reconocimiento de una serie de derechos como los de información precontractual o de desistimiento; entre esos derechos está la posibilidad de entablar litigios ante los Tribunales de su país contra empresas con las que ha contratado y que están ubicadas geográficamente en un Estado miembro distinto al de su residencia habitual y que es reconocido por los arts. 17 y siguientes del Reglamento 1215/2012.

Por otro lado, puede apreciarse como otro dato que podríamos pensar que permite calificar una determinada actividad como "profesional", tampoco impide en esta sentencia, contra todo pronóstico, que se califique de consumidor a quien la desarrolla; este dato es el de que se trate de una actividad por la que una persona obtiene recursos económicos suficientes para cubrir sus necesidades. Esta persona se gana la vida jugando al póquer, al menos desde 2008; el supuesto que genera el litigio es de 2011. En este tipo de sentencias suele hacerse referencia -para negar la profesionalidad- a la circunstancia de que el particular no está dado de alta en ningún registro oficial como profesional, así, por ejemplo, en la STJUE de 3 de octubre de 2009, expresamente se dice que las entidades que deben ser autorizadas o reguladas para operar en los mercados financieros, como las entidades de crédito o las empresas de inversión (apartado 68).

La cuestión es si todo ese aparato normativo que es el Derecho del Consumo debe paralizarse cuando nos enfrentamos a supuestos, como el que resuelve esta sentencia, en los que el particular dispone de un nivel de pericia tan elevado que permite poner en tela de juicio si su contraparte -la plataforma con la que contrata-, es la que ocupa una posición prevalente en el contrato o si, por el contrario, es el particular quien ostenta tal posición. En esta línea, puede apreciarse cómo, de un tiempo a esta parte esta "profesionalización" de los que operan en el mercado en el lado de la demanda no supone un inconveniente para poder ser considerados consumidores, lo cual se aprecia en mayor medida en la contratación intermediada a través de plataformas digitales, como ocurre también en el renombrado caso Petruchova[23].

23 Este fenómeno guarda relación con el hecho de que se dé relevancia -para valorar si la relación es desequilibrada- al mayor poder que en el contrato otorga al comerciante el hecho de su capacidad económica, dejando en un segundo plano el desequilibrio que puede generar un mayor o menor conocimiento del objeto del contrato; es decir se atiende a factores objetivos, intentando relegar a un segundo plano los subjetivos.

Acaso podría percibirse en esta evolución una manifestación más de cómo el Derecho del consumo es un mecanismo de modernización del Derecho de contratos que se va expandiendo para introducir sus principios en relaciones para las que no parece haber sido pensado en sentido estricto, como ocurre con el caso de la sentencia que nos ha servido para discurrir. Y, quizás, podría ser que esa necesidad de evolución sea más perentoria en el ámbito de la contratación con y a través de plataformas on-line; más concretamente, en relación a las plataformas de juego online y de inversión, como puede apreciarse en las SSTJUE ya referidas de 2 de abril de 2020 y 3 de octubre de 2019.

Estos pronunciamientos evidencian que el usuario de servicios digitales y quien contrata a través de plataformas online que intermedian la contratación está reclamando una adaptación del Derecho de contratos, que, en el momento presente, pasa por pedir que se les considere consumidores -aunque encajen difícilmente en dicho concepto como ocurre en el caso referido del jugador de póquer on-line - habida cuenta de que es el único núcleo normativo del Derecho de contratos que atiende algún tipo de desequilibrio entre los sujetos que contratan y del que pueden obtener algún tipo de protección frente a las plataformas con o a través de las que contratan.

Una última reflexión, este tipo de pronunciamientos que no ven ningún obstáculo en la profesionalidad del sujeto para que pueda ser calificado como consumidor, se produce sólo a los efectos de que se apliquen a los usuarios de plataformas los arts. 17 y siguientes del Reglamento 1215/2012, sobre competencia judicial en materia civil. Quizás, sea la única prerrogativa que, por el momento, precisan estos usuarios: poder litigar ante los Tribunales de su país por los problemas que pueden suscitarse en torno al contrato que les vincula con la plataforma. Y ese derecho se me ocurre que quizás podría fundamentarse en estos casos no en el carácter de consumidor del usuario, porque ya hemos visto que no siempre es fácil encajarlos en dicho concepto, sino en el hecho de que, si la plataforma ofrece sus servicios en varios países, acaso sea razonable exigirle que esté dispuesta a litigar en aquellos países en los que ofrece sus servicios y de los que puede obtener beneficio. Aunque sería necesario efectuar los correspondientes ajustes normativos. No obstante, aunque esto sería razonable para grandes compañías, presentaría un obstáculo importante para pequeñas y medianas empresas que operan online[24].

En esta línea, la contratación con y a través de plataformas online ha cambiado las circunstancias que rodean la contratación y dichos cambios deben afectar no sólo a la regulación de los contratos, sino también a la de otros aspectos que

24 En el informe del European Law Institut sobre un modelo de reglas para las plataformas on line -Model Rules on Online Platforms- no se contiene ninguna previsión al respecto (Accesible en: ELI_Model_Rules_on_Online_Platforms.pdf), ISBN: 978-3-9504549-1-8, Viena, 2019.

guardan relación con ellos, como es, en este caso, la regulación de la competencia judicial para resolver las controversias que surgen en torno al contrato cuando el particular y la empresa se ubican en diferentes Estados miembros de la Unión Europea[25] .

25 En la propuesta de Reglamento del Parlamento europeo y del Consejo relativo a un mercado único de servicios digitales (Ley de servicios digitales) y por el que se modifica la Directiva 2000/31/CE, de 15 de diciembre de 2020, se contempla en el art. 18 la posibilidad de los usuarios de plataformas de elegir cualquier órgano de resolución extrajudicial de litigios que haya sido certificado, lo que le permitiría instar las reclamaciones pertinentes en su propio país de residencia, dejando a salvo, como no puede ser de otro modo, la posibilidad del interesado de reclamar antes los Tribunales conforme a la legislación aplicable.

BIBLIOGRAFÍA

Álvarez Olalla, Mª. del P.: *"Vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva por resolución judicial contraria a la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre el concepto de consumidor",* Derecho privado y Constitución, núm. 32, 2018.

Cámara Lapuente, S.: *"Comentario a los artículos 3 y 4 del TRLGDCU",* en Comentarios a las normas de protección de los consumidores, Colex, Madrid 2011.

Gili Saldaña, Mª. À.: *"Contratos mixtos y el concepto de "consumidor": Comentario a la STS de 5 abril 2017 (RJ 2017, 2669)",* Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil, núm. 108, 2018.

Marín López, M. J.: "¿Es consumidor el que adquiere un bien con ánimo de lucro? La doctrina del Tribunal Supremo contenida en la Sentencia de 16 de enero de 2017", Revista CESCO de Derecho de Consumo, 2016/20. Accesible en https://revista.uclm.es/index.php/cesco/article/view/1259/1038.

Mato Pacín, N.: *"Cuestiones actuales sobre el concepto de consumidor a la luz de la jurisprudencia",* Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial, núm. 48, 2019.

Perilla Granados, J. S. A.: *"Construcción antiformalista del consumidor medio",* Revista de Derecho privado, Universidad de los Andes, núm. 54, 2015.

Torrubia Chalmeta, B.: *"Mercado único digital y concepto de consumidor",* Revista de Internet, Derecho y Política, núm. 22, junio 2016. Accesible en https://raco.cat/index.php/IDP/article/view/318358.

LA SILENCIOSA CONSTRUCCIÓN DE LOS DERECHOS DIGITALES*

THE SILENT CONSTRUCTION OF DIGITAL RIGHTS

Rev. Boliv. de Derecho Nº 34, julio 2022, ISSN: 2070-8157, pp. 582-613

* El autor quisiera agradecer las recomendaciones y enseñanzas facilitadas por el extraordinario elenco de profesionales que componen la Agencia Española de Protección de Datos durante la elaboración de este trabajo, el cual se enmarca en la realización de una estancia de investigación en la citada autoridad de control independiente encargada de la tutela jurídica efectiva de los derechos de la privacidad de la ciudadanía.

José Luis
DOMÍNGUEZ
ÁLVAREZ

ARTÍCULO RECIBIDO: 20 de marzo de 2022
ARTÍCULO APROBADO: 30 de abril de 2022

RESUMEN: El presente estudio aspira a clarificar la génesis y evolución de los derechos digitales en el Estado español, analizando los diferentes hitos que han contribuido a sentar las bases de un conglomerado de nuevas garantías tendentes a propiciar el avance de una digitalización humanista, las cuales están estrechamente imbricadas con la dignidad de la persona, clave de bóveda que debe guiar la proyección del ordenamiento jurídico vigente sobre la realidad tecnológica. De igual forma, se examina el protagonismo que la nueva regulación de la Agencia Española de Protección de Datos confiere a este haz de nuevas garantías, entidad a la que corresponde la supervisión de la correcta aplicación de la normativa vigente en materia de garantía de los derechos digitales contemplados en los artículos 89 a 94 de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre.

PALABRAS CLAVE: Derechos digitales; protección de datos personales; dignidad; desafío tecnológico; Agencia Española de Protección de Datos.

ABSTRACT: *This study aims to clarify the genesis and evolution of digital rights in the Spanish State, analyzing the different milestones that have contributed to laying the foundations for a conglomerate of new guarantees aimed to promote the advancement of a humanist digitalization, which are closely linked with person´s dignity, a vault key that should guide the projection of the current legal system on the technological reality. Similarly, the prominence that the new regulation of the Spanish Agency for Data Protection confers on this bundle of new guarantees is examined, an entity that is responsible for supervising the correct application of the current regulations on the guarantee of rights and digital devices contemplated in articles 89 to 94 of Organic Law 3/2018, of December 5.*

KEY WORDS: *Digital rights; personal data protection; dignity; technological challenge; Spanish Data Protection Agency.*

SUMARIO.- I. CONSIDERACIONES PREVIAS.- II. LA IMPORTANCIA DE LA NUEVA ORDENACIÓN EN MATERIA DE PROTECCIÓN DE DATOS DE CARÁCTER PERSONAL EN LA CONSTRUCCIÓN DE LOS DERECHOS DIGITALES. UNA APROXIMACIÓN A LA CASUÍSTICA ESPAÑOLA.- III. EL REFLEJO DE LOS DERECHOS DIGITALES EN EL NUEVO ESTATUTO DE LA AGENCIA ESPAÑOLA DE PROTECCIÓN DE DATOS.- IV. LA ADOPCIÓN DE LA CARTA DE DERECHOS DIGITALES COMO RESPUESTA AL DESAFÍO TECNOLÓGICO.- V. CONCLUSIONES.

I. CONSIDERACIONES PREVIAS.

El avance exponencial de las tecnologías disruptivas ha traído consigo una vertiginosa transformación de las estructuras sociales y económicas, convirtiendo el desarrollo tecnológico en el motor indispensable de la cuarta revolución industrial[1], también conocida como Industria 4.0[2]. En efecto, la rápida incursión de las tecnologías digitales ha cambiado profundamente nuestra vida diaria, la forma en que nos relacionamos con otras personas, con las empresas y también con el poder público; la forma en que trabajamos, nuestros hábitos de consumo y la forma en que accedemos a los bienes y servicios para satisfacer nuestras necesidades[3].

Adicionalmente, la situación excepcional derivada de la pandemia de la COVID-19 ha contribuido sobremanera a la aceleración de estos procesos de digitalización y datificación[4] de nuestras sociedades[5], poniendo de relieve tanto las

1 *Vid.* Domínguez Álvarez, J. L.: "La efectividad de la normativa de protección de datos de carácter personal ante el avance de la Inteligencia Artificial: una revisión del binomio libertad y seguridad", en AA.VV.: Inteligencia Artificial y Defensa. Nuevos horizontes (dir. por D. Terrón Santos y J. L. Domínguez Álvarez), Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor, 2021, pp. 205-227.

2 La cuarta revolución industrial comenzó a principios del siglo XXI y se caracteriza «por un internet más ubicuo y móvil, por sensores más pequeños y potentes que son cada vez más baratos, y por la inteligencia artificial y el aprendizaje de la máquina». *Vid.* Schwab, K.: *La cuarta revolución industrial,* Debate, Barcelona, 2016, pp. 13-20.

3 *Vid.* Gobierno de España: *Agenda Digital 2025,* Madrid, 2020, p. 73.

4 El poder del universo de los datos en nuestros días es incuestionable. Ello ha propiciado que algunos teóricos hayan popularizado, con sobrado acierto, denominaciones como el «dataísmo» e incluso han advertido acerca del advenimiento de una hipotética «religión de los datos», llegando a vislumbrar con gran complacencia la pesadilla del fin del humanismo y el sometimiento a los algoritmos y a los superhumanos. *Vid.* Harari, N.Y.: *Homo Deus. Breve historia del mañana*, Debate, Barcelona, 2017, pp. 200 y ss.

5 En efecto, durante los meses de restricción de la movilidad, se hizo patente la capacidad y resiliencia de las redes de telecomunicaciones para cubrir una situación extrema de súper-conectividad, con incrementos respecto a 2019 de hasta el 50% en voz fija, del 30% en voz móvil, del 20% en datos en red fija, y de un 50% en trafico de datos móviles. También se incrementó significativamente el teletrabajo, y se impulsó la digitalización de la educación, lo que supuso de facto un cambio radical de metodologías y contenidos. De igual forma, el desarrollo de tipos de vacunas totalmente nuevos (por ejemplo, Moderna, BioNTech, etc.) ha puesto de relieve para el gran público los beneficios de una innovación disruptiva que ha permitido

• José Luis Domínguez Álvarez
Personal Investigador en Formación del Área de Derecho Administrativo de la Universidad de Salamanca. FPU17/01088, Ministerio de Educación, Cultura y Deporte. El autor es miembro del Grupo de Investigación Reconocido "Next Generation EU-Derecho Administrativo" de la Universidad de Salamanca. Correo electrónico: jldoal@usal.es.

fortalezas como las carencias de este nuevo contrato y modelo social, al tiempo que ha evidenciado la urgente necesidad de contar con un solido marco ético y jurídico[6] que permita regular las ventajas, potencialidades y riesgos que entraña la (r)evolución digital y que permita, además, caminar hacia la consecución del ansiado *humanismo tecnológico*[7].

Ante esta tesitura, cada vez son más las propuestas que inciden en la necesidad de acometer el fortalecimiento de los derechos de la ciudadanía ante este cambio de paradigma tecnológico, incluyendo, entre otros, el derecho de acceso a la red, la identidad digital segura, la formación, la seguridad, o el derecho a la intimidad. De igual forma, cada vez son más las voces autorizadas que defienden la necesidad de articular nuevas garantías que permitan recibir una información veraz ante el avance del horizonte digital, respetar la libertad de expresión frente al gobierno de los algoritmos que pueblan las redes sociales o garantizar la confianza y la protección de los derechos de las personas físicas y jurídicas como consumidoras de productos y servicios en la red. Así mismo, se ha evidenciado la conveniencia de emprender un análisis sosegado orientado a delimitar el grado de afectación que la Transformación Digital ejerce sobre los derechos laborales, así como la creciente necesidad de articular nuevas garantías para preservar la dignidad de los trabajadores frente al avance del mundo digital (desconexión digital, protección de la privacidad e intimidad en el puesto de trabajo, formación y uso de los sistemas digitales en el puesto de trabajo, etc.).

Consciente de esta realidad, la Asamblea General de Naciones Unidas en su resolución de 27 de junio de 2016 (A/HRC/32/L.20), ante la preocupación creciente por los innumerables abusos y violaciones de los derechos humanos cometidos contra las personas por ejercer sus derechos y libertades fundamentales en Internet[8], y por la impunidad con la que estos actos lesivos se cometen, exhortó

---

desarrollar vacunas en menos de un año, con eficiencia y siguiendo un método que nunca se había aplicado hasta ahora, así como la importancia de dominar estas tecnologías.

6 No en vano, como señalan precursores muy destacados, "los últimos y espectaculares avances de la inteligencia artificial de la tecnobiología, de la robótica y la neurociencia, han sido considerados por algunos como el fin de la Era humana, como el advenimiento de un mundo transhumano, o posthumano y, por consiguiente, como la suplantación de los derechos humanos por unos derechos posthumanos, lo que podría implicar la extinción de los derechos y libertades en su acepción tradicional, o la extensión de esos derechos a otros seres vivos (*Animal-Rights*) o a entes artificiales (*Robot-Rights*)". *Vid.* Pérez Luño, A. E.: "Las generaciones de Derechos humanos ante el desafío posthumanista", en AA.VV.: Sociedad digital y Derecho (dir. por T. De la Quadra-Salcedo y J. L. Piñar Mañas), Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2018, pp. 137-138.

7 Es necesario sentar las bases de una concepción del Humanismo a la altura de nuestro tiempo actual, que permita afrontar los desafíos e interrogantes que plantea el desarrollo del mundo digital, e integrar las potencialidades y posibilidades de mejora que el desarrollo tecnológico abre para el bienestar del conjunto de la humanidad. En síntesis, es necesario avanzar hacia "un humanismo que, frente al carácter asimbólico de la técnica, se esfuerce por activar el sentido de responsabilidad del cual la humanidad es en principio capaz". *Vid.* Volpi, F.: "El hombre entre el nihilismo de la técnica y la responsabilidad éticopolítica", *Konvergencias, Filosofía Culturas en Diálogo*, año IV, núm. 13, 2006, pp. 83-99.

8 *Vid.* González Bustos, M. Á.: "Nuevo enfoque de los Derechos Humanos en el entorno digital", en AA.VV.: Inteligencia Artificial y Defensa. Nuevos horizontes (dir. por D. Terrón Santos y J. L. Domínguez Álvarez), Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor, 2021, pp. 131-146.

a todos los Estados a «abordar las preocupaciones relativas a la seguridad en Internet de conformidad con sus obligaciones internacionales en materia de derechos humanos, para garantizar la protección de la libertad de expresión, la libertad de asociación, la privacidad y otros derechos humanos en Internet, entre otras cosas mediante instituciones nacionales democráticas y transparentes basadas en el estado de derecho, de forma tal que se asegure la libertad y la seguridad en la red para que pueda seguir siendo un motor enérgico del desarrollo económico, social y cultural».

Por su parte, la Unión Europea en el marco de la intensificación de las actuaciones comenzadas en el pasado decenio para acelerar la transformación digital de Europa[9], aboga abiertamente por el establecimiento de una Brújula Digital que permita alcanzar los ambiciosos objetivos digitales del continente europeo para 2030, al tiempo que permita construir un entorno digital centrado en el ser humano, seguro y abierto, acorde al marco jurídico aplicable[10] y respetuoso para con los derechos y valores intrínsecos de la forma de vida europea, entre los que destaca el estricto respecto de la dignidad humana[11].

Ahora bien, conviene reseñar que esta loable aspiración exige, necesariamente, garantizar el pleno respeto de los derechos fundamentales de la Unión Europea (libertad de expresión; libertad de establecimiento y ejercicio de una actividad empresarial en línea; protección de datos personales, intimidad y derecho al olvido; y protección de la creación intelectual individual, entre otros), y proceder al establecimiento de un conjunto completo de principios digitales[12] que permita informar a los usuarios y orientar a los responsables políticos y a los operadores

9 En 2019 se cumplieron 10 años desde el comienzo de la estrategia del Mercado Único Digital impulsada por la Unión Europea. En 2009, la Unión Europea diseñó un plan para adaptar la legislación comunitaria al nuevo entorno digital durante la década 2010-2020, cuyo potencial económico se estimó en 500.000.000.000 euros. Como parte de esta estrategia integral, se han promulgado Directivas y Reglamentos con un impacto directo en la explotación del Mercado Digital en la Unión Europea, y se han reforzado e introducido nuevos bienes jurídicos dignos de protección, nacidos a raíz de la revolución digital. *Vid.* Hidalgo Cerezo, A.: *Derecho digital en la Unión Europea: Techlaw y mercado único digital en la década 2010-2020,* Comares, Granada, 2020, p.11.

10 Los principios digitales se basan en el Derecho primario de la UE, en particular el Tratado de la Unión Europea, el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, la Carta de los Derechos Fundamentales y la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, así como en el Derecho derivado. En el caso de la legislación vigente nos referimos, por ejemplo, a la Directiva sobre garantías y ventas de los bienes de consumo, a la Ley Europea de Accesibilidad, el Código Europeo de Comunicaciones Electrónicas, la Directiva de servicios de comunicación audiovisual, el Reglamento sobre el portal digital único o el Reglamento de ciberseguridad.

11 Recuérdese a este respecto, el contenido literal del art. 2 Tratado de la Unión Europea, según el cual "[l]a Unión se fundamenta en los valores de respeto de la dignidad humana, libertad, democracia, igualdad, Estado de Derecho y respeto de los derechos humanos, incluidos los derechos de las personas pertenecientes a minorías. Estos valores son comunes a los Estados miembros en una sociedad caracterizada por el pluralismo, la no discriminación, la tolerancia, la justicia, la solidaridad y la igualdad entre mujeres y hombres".

12 A tal fin, durante el cuarto trimestre de 2021, la Comisión propondrá incluir este conjunto de principios y derechos digitales en una declaración interinstitucional solemne entre la Comisión Europea, el Parlamento Europeo y el Consejo, sobre la base de una propuesta de la Comisión Europea, beneficiándose de la experiencia del pilar europeo de derechos sociales y complementándola.

digitales (acceso universal a los servicios de internet; entorno en línea seguro y fiable; educación y competencias digitales universales; principios éticos para algoritmos centrados en el ser humano; protección y capacitación de los niños en el espacio en línea, etc.)[13].

Todos estos avances acometidos en el seno de la Unión Europea para afrontar la transformación digital de nuestras sociedades han tenido su replica en diversos Estados miembros. Así, países como Italia o Francia[14] han aprobado una Declaración de Derechos en Internet[15] o una legislación de impulso digital reforzando los derechos digitales de la ciudadanía. En el caso del Reino de España, el Gobierno impulsó, en julio de 2020, la Agenda «España Digital 2025», instrumento que consta de 50 medidas articuladas en torno a 10 ejes estratégicos con los que se pretende impulsar la transformación digital del país mediante la garantía de la conectividad digital, el despliegue del 5G, el refuerzo de la capacidad en materia de ciberseguridad, el fortalecimiento de la digitalización de las Administraciones públicas y del sector empresarial, la mejora del atractivo de España como plataforma audiovisual europea, el desarrollo de la economía del dato y la Inteligencia Artificial y la garantía de los derechos digitales de la ciudadanía y, en particular, los derechos laborales, de los consumidores, de los ciudadanos y de las empresas, para lo cual se fija como objetivo la elaboración de una Carta de Derechos Digitales.

Un año después, se producía la adopción de la Carta de Derechos Digitales impulsada por la Secretaría de Estado de Digitalización e Inteligencia Artificial del Gobierno de España, con la que se consolida el liderazgo de España en el desarrollo de una sociedad digital libre, abierta e inclusiva, sobre la base de los avances ya realizados para el reconocimiento de los derechos digitales, entre los que destaca la promulgación del Título X de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales y el la aprobación del Real Decreto-ley 28/2020, de 22 de septiembre, de trabajo a distancia[16]. En este contexto, el presente estudio aspira a clarificar la génesis y evolución de los derechos digitales en el Estado español, analizando los diferentes hitos que han contribuido a sentar las bases de un conglomerado de nuevas

13 *Vid.* Comisión Europea: *Brújula Digital 2030: el enfoque de Europa para el Decenio Digital,* Bruselas, 2021, p. 15 [COM(2021) 118 final].

14 En 2018 una iniciativa de parlamentarios franceses, promovida desde el partido de Emmanuel Macron (La République En Marche!), trató sin éxito de modificar la Constitución y la Declaración de Derechos de la República Francesa con la finalidad de introducir mecanismos de protección de los derechos de las personas en un entorno de relaciones digital. *Vid.* Campos Acuña, C.: "La proyección de la gestión pública en la «Carta de Derechos Digitales»: el derecho a una buena administración digital", *El Consultor de los Ayuntamientos Wolters Kluwer,* 16 de Julio de 2021, p. 3. Disponible en: https://bit.ly/3DElqcy

15 Tras Brasil, que lo hizo en Marzo de 2014, Italia se convirtió en el segundo país del mundo en aprobar un proyecto de ley sobre derechos en internet, bautizado como Declaración de Derechos en Internet.

16 Con la adopción de la Carta, España no solo da cumplimiento al décimo objetivo de la Agenda «España Digital 2015», sino también a uno de los hitos recogidos en el Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia para el segundo semestre de 2021. *Vid.* Gobierno de España: *Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia «España puede»,* Madrid, 2020, p. 261.

garantías tendentes a propiciar el avance de una digitalización humanista, las cuales están estrechamente imbricadas con la dignidad de la persona, clave de bóveda que debe guiar la proyección del ordenamiento jurídico vigente sobre la realidad tecnológica.

II. LA IMPORTANCIA DE LA NUEVA ORDENACIÓN EN MATERIA DE PROTECCIÓN DE DATOS DE CARÁCTER PERSONAL EN LA CONSTRUCCIÓN DE LOS DERECHOS DIGITALES. UNA APROXIMACIÓN A LA CASUÍSTICA ESPAÑOLA.

Transcurridas cuatro décadas desde la introducción de la meritoria y vanguardista referencia a la informática contemplada en la Constitución española de 1978, la cual recordemos constituyó un innegable aldabonazo para otorgar trascendencia constitucional a la necesaria protección del individuo frente a los riesgos que sobre el disfrute de algunos de sus derechos fundamentales provocaban los avances tecnológicos ligados a la incipiente y primaria computerización[17], nos encontramos con un nuevo hito normativo encaminado no solo a fortalecer la tutela jurídica de la protección de datos de carácter personal, sino también a ampliar de manera considerable la esfera personal de la ciudadanía mediante el reconocimiento de un nuevo marco de protección de la dignidad de la persona ante el avance digital[18], la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales (LOPDGDD). Hito normativo cuyo contenido pretende ir más allá de las fronteras propias de la protección de datos personales, al apostar de forma decidida por la introducción de aspectos reguladores en determinados elementos que se vinculan a los derechos digitales de la ciudadanía[19],

17 En opinión de Rallo Lombarte, "el constituyente de 1978 ubicó el texto constitucional en la vanguardia de las normas fundamentales de su tiempo al recoger las transformaciones sociales de su tiempo. El art. 18.4 CE constituye un loable intento de adecuación de la normativa constitucional a las nuevas realidades sociales que afectaban al ser humano en su dignidad y en el disfrute de sus derechos. Pero conviene advertir, de entrada, que el art. 18.4 CE, lejos de explicitar un singular derecho o libertad, formuló un mandato al legislador notablemente abierto: establecer límites al uso de la informática con la finalidad de proteger y preservar el pleno ejercicio de determinados derechos fundamentales potencialmente en riesgo (honor e intimidad)". *Vid.* Rallo Lombarte, A.: "Del derecho a la protección de datos a la garantía de nuevos derechos digitales", 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 (Eds. R. García Mahamut y B. Tomás Mallén, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, p. 139.

18 Sobre esta cuestión, de forma precursora *vid.* Guerrero Pico, M.C.: *El impacto de Internet en el Derecho Fundamental a la Protección de Datos de Carácter Personal,* Thomson-Civitas, Pamplona, 2006, p. 22.

19 La transformación digital de nuestra sociedad es una realidad en constante desarrollo, lo que ha propiciado que países de nuestro entorno más inmediato como Italia o Francia hayan aprobado diferentes instrumentos normativos con la finalidad de reforzar los derechos digitales de la ciudadanía. En nuestro caso, ese impulso de la regulación del mundo digital se produce por medio de la inclusión del Título X de la LOPDGDD. Esta idea aparece consignada en el propio Preámbulo de la norma, según el cual «el legislador debe abordar el reconocimiento de un sistema de garantía de los derechos digitales que, inequívocamente, encuentra su anclaje en el mandato impuesto por el apartado cuarto del artículo 18 de la Constitución Española, […] el Título X de esta ley acomete la tarea de reconocer y garantizar un elenco de derechos digitales de los ciudadanos conforme al mandato establecido en la Constitución. Y así lo confirma su art. 1 b) al fijar el objeto de la ley: «La presente ley orgánica tiene por objeto: […] Garantizar los derechos digitales de la ciudadanía conforme al mandato establecido en el art.18.4 de la Constitución». Por tanto, con la promulgación de la LOPDGDD asistimos a un hito normativo sin precedentes, ya que esta Ley Orgánica representa el punto de partida de la garantía de los derechos digitales en el continente europeo. Hasta la

cuya conexión con el derecho a la protección de datos en sentido estricto es más que evidente[20].

Ciertamente, de conformidad con lo establecido en el artículo primero de la norma objeto de estudio, observamos que el legislador español confiere un doble objetivo a la LOPDGDD: en primer lugar, adaptar el ordenamiento jurídico español al 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 (RGPD) completando sus disposiciones[21], y en segundo lugar garantizar los derechos digitales de la ciudadanía conforme al mandato establecido en el art. 18.4 CE.

No obstante, conviene señalar que esta ampliación del ámbito de la protección de datos a los derechos digitales no es más que la consecuencia lógica de lo afirmado en la importante STC 292/2000[22], de 30 de noviembre, a través de la cual se consigna el derecho a la protección de datos como un derecho fundamental en base al contenido jurisprudencial siguiente: *«el derecho fundamental a la protección de datos persigue garantizar a esa persona un poder de control sobre sus datos personales, sobre su uso y destino, con el propósito de impedir su tráfico ilícito y lesivo*[23] para la dignidad y derecho del afectado*»*.[24]

---

fecha, ningún país europeo había adoptado una Ley que garantizara, de forma sistemática, los derechos digitales de los ciudadanos. En torno a esta última cuestión, *vid.* Rallo Lombarte, A.: "Del derecho a la protección de datos a la garantía de nuevos derechos digitales", en AA.VV: Tratado de protección de datos: actualizado con la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y Garantía de los Derechos Digitales (Coord. A. Rallo Lombarte), Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, p. 28.

20 Esta idea que ahora señalamos ha sido igualmente señalada por Rallo Lombarte, según el cual "la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y Garantía de los Derechos Digitales, constituye un ejemplo palmario de la transformación provocada por la tecnología en la sociedad contemporánea. Si el derecho a la protección de datos personales sirvió durante las últimas décadas para preservar los derechos individuales frente a buena parte de los efectos generados por las tecnologías de la información y del conocimiento, la sociedad digital en la que nos hallamos completamente inmersos demanda un haz de derechos que se extienda a la práctica totalidad de los ámbitos en que el individuo se desarrolla en sociedad. Los nuevos derechos digitales son, en buena medida, el corolario de una evolución en la que el derecho a la protección de datos ha servido como auténtica punta de lanza frente a la realidad digital". *Vid.* Rallo Lombarte, A.: "De la «libertad informática» a la constitucionalización de nuevos derechos digitales (1978-2018)", *Revista de Derecho Político*, núm. 100, 2017, p. 641.

21 En este sentido, Martínez Martínez destaca lo siguiente: "como es sobradamente conocido, el RGPD contiene más de 50 remisiones a la legislación nacional […] Una parte significativa de la adaptación del RGPD al lenguaje nacional se encuentra en el ámbito sancionador y existen aspectos materiales del RGPD que requieren de su inserción en nuestro Ordenamiento. Es por ello por lo que, minusvalorar [la importancia de la LOPDGDD], 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,* núm. 9329, 2019, p. 1.

22 *Vid.* Alguacil González Aurioles, J.: "La libertad informática: aspectos sustantivos y competenciales (SSTC 290 y 292/2000)", *Teoría y Realidad Constitucional,* núm. 7, 2001, pp. 365-385.

23 En efecto, tal y como señala Touriño, "el volumen de colisión entre distintos derechos se ha magnificado con la irrupción de Internet y las tecnologías de la información y la comunicación". *Vid.* Touriño, A.: *El derecho al olvido y a la intimidad en Internet,* Catarata, Madrid, 2014, p. 25.

24 Esta situación ya fue anticipada por algunos destacados académicos, los cuales a finales de los años sesenta ya anunciaban lo siguiente: "si la intimidad es un valor fundamental del ser de, hombre, uno de sus

Sentado lo anterior, es pertinente subrayar que la entrada en vigor del Reglamento General de Protección de Datos ha supuesto una auténtica revolución en el esquema normativo encargado de regular la protección de datos de carácter personal, lo que ha exigido la elaboración y adopción de importantes instrumentos normativos por parte de los diferentes Estados miembros, con la finalidad de proceder a la adaptación -y ampliación en muchos casos- de las novedosas disposiciones y exigencias introducidas por el cambio de paradigma europeo en materia de privacidad[25].

Ahora bien, en aras de contribuir a disipar la todavía latente situación de alarma social propiciada por la entrada en vigor del nuevo conjunto de normas en materia de protección de datos -RGPD y LOPDGDD respectivamente-, conviene reseñar la naturaleza y la relación[26] existente entre los nuevos instrumentos jurídicos puestos en marcha con el afán de garantizar la protección de la intimidad y el honor de la ciudadanía en el marco de la nueva sociedad digital. En este sentido, cabe señalar que nos encontramos ante una relación de pura complementariedad[27]. De esta forma, cuando nos referimos a materias vinculadas a la protección de datos serán de aplicación ambas disposiciones. Tal es así que, basta con echar un vistazo con cierto grado de detenimiento a la nueva LOPDGDD para apreciar la constante remisión a diversos preceptos del RGPD con el objetivo de ahondar en su concreción y complementación. Con ello, la LOPDGDD adquiere un carácter primordialmente organizativo y de complemento para aquellas cuestiones que no hayan sido especificadas por la norma comunitaria con el fin de avanzar y establecer una regulación homogénea en la materia para la totalidad de los Estados miembros de la Unión.

bienes básicos, no cabe duda de que ha de reflejarse en la existencia colectiva como un derecho natural o fundamental, que el ordenamiento jurídico debe proteger contra cualquier violación por parte de los demás hombres, y más aún de las instituciones o comunidades que estos forman". *Vid.* Ruíz-Giménez, J.: "El derecho a la intimidad", *Cuadernos para el diálogo*, núm. 66, 1969, p. 10.

25 Como anticipó Rallo Lombarte, esta nueva regulación "revolucionaría el marco global europeo de la protección de datos y, además, tendría un extraordinario impacto en el sistema español". *Vid.* Rallo Lombarte, A.: "Hacia un nuevo sistema europeo de protección de datos: las claves de la reforma", *Revista de Derecho Político (UNED),* núm. 85, 2012, p. 16

26 Buena parte de la doctrina ha mostrado su sorpresa al conocer la promulgación de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales, al no entender la lógica ni compartir los razonamientos esgrimidos por el legislador para regular las transformaciones normativas en materia de protección de datos mediante Ley Orgánica tras la adopción del Reglamento (UE) 2016/679, Reglamento General de Protección de Datos por parte de la Unión Europea.

27 Durante la tramitación parlamentaria de la LOPDGDD se produjeron numerosas e importantes comparecencias de expertos en la materia. Así, en su intervención Piñar Mañas, explicó el trabajo en el seno de la ponencia creada para la elaboración del primer borrador del texto e insistió en varias ocasiones en la naturaleza eminentemente técnica de la iniciativa así como en la singularidad de modelo regulatorio en el que necesariamente habrán de convivir un Reglamento Europeo y una Ley Orgánica nacional que, lejos de ser transposición del anterior, es un complemento necesario: "un nuevo modelo de protección de datos, en el que, como digo -y con esto termino-, deben convivir necesariamente el reglamento de directa aplicación pero que necesita de adaptación y la ley orgánica que se apruebe en su momento de adaptación del ordenamiento español a dicho reglamento". *Vid.* Piñar Mañas, J. L., Tramitación parlamentaria de la LOPDGDD. Diario de sesiones del Congreso de los Diputados, Comisión de Justicia. 2018, sesión nº. 35 celebrada el martes 27 de febrero de 2018, p. 18.

En este sentido, algunos destacados especialistas como han incidido en esta cuestión, señalando que la LOPDGDD trata de alinear el ordenamiento jurídico interno con las disposiciones contenidas en el RGPD. De esta forma, entre los objetivos de la Ley Orgánica objeto de análisis pueden destacarse los siguientes:

a) Adaptar las previsiones generales del RGPD en el ámbito nacional con el límite del margen de apreciación que se concede a los Estados[28].

b) Regular sectores de actividad que requieren de un marco específico, ya sea por razón de la naturaleza de la actividad del tratamiento, ya sea por razón de los riesgos eventualmente asociados al tratamiento.

c) Integrar en nuestro ordenamiento jurídico un marco de tutela de los derechos digitales, con fundamento en el mandato de desarrollo legal de garantías respecto del uso de la informática del art. 18.4 CE. La LOPDGDD debe ser leída e interpretada siempre en el marco del RGPD. Ello exige a sus intérpretes, y en particular a los llamados delegados de protección de datos, aproximarse a esta materia con un enfoque global e integrador[29].

Especialmente relevante resulta esta última cuestión, ya que el Título X[30] de la LOPDGDD se detiene en la difícil tarea de *positivizar* un conglomerado de nuevas garantías para la ciudadanía ante el avance desbocado de la sociedad digital, conocidos como derechos digitales (arts. 80-96 LOPDGDD). Si bien es cierto que estos preceptos fueron introducidos por vía de enmienda en el Congreso de los Diputados, no sin suscitar polémica toda vez que en opinión de determinados expertos contribuyen a desdibujar el contenido y objeto de la LOPDGDD, norma que no olvidemos surgió como una Ley reguladora del derecho a la protección

28 Ya alertaba sobre la dificultad que la utilización de un reglamento podía entrañar Martínez Martínez. Este autor señaló que la opción de la Comisión por una revisión de la Directiva 95/46/CE a través de un reglamento, "norma general, abstracta, directamente aplicable y no necesitada de trasposición", era "una medida justificada ya que la dispersión normativa actúa como barrera a la libre circulación de datos personales ya las decisiones sobre establecimiento en un determinado país", de modo que con un reglamento "se lograría uno de los objetivos esenciales para el Derecho derivado, cuales el de lograr uniformidad". Ahora bien, aun "estando de acuerdo en la necesidad de uniformidad y seguridad jurídica, nuestro legislador debería estar muy atento ya que la aprobación del reglamento sin un esfuerzo interno de depuración, adaptación y coherencia puede que resuelva los problemas europeos, pero como primer resultado provocará un interesante galimatías normativo interno". *Vid.* Martínez Martínez, R.: "El complejo encaje normativo de la propuesta de Reglamento general de protección de Datos de la Unión Europea", *Actualidad Jurídica Aranzadi,* núm. 839, 2012, p. 3.

29 *Vid.* Martínez Martínez, R.: "Claves de la Ley Orgánica de Protección de Datos y Garantía de los Derechos Digitales", *Especial La Ley: Nueva Ley Orgánica de Protección de Datos y Garantía de los Derechos Digitales*, 2019, p. 11.

30 Según el preámbulo de la propia LOPDGDD, este título obedece a la necesidad de "abordar el reconocimiento de un sistema de garantía de los derechos digitales que, inequívocamente, encuentra su anclaje en el mandato impuesto por el apartado cuarto del artículo 18 de la Constitución española y que, en algunos casos, ya han sido perfilados por la jurisprudencia ordinaria, constitucional y europea". Todo ello en tanto "una deseable futura reforma de la Constitución" no incluya "la actualización de la Constitución a la era digital y, específicamente, [eleve] a rango constitucional una nueva generación de derechos digitales".

de datos con el objeto de adaptar nuestro ordenamiento al RGPD[31], a la postre ha permitido establecer un novedoso y avanzado marco de protección de la ciudadanía en la era digital.

De esta forma, el legislador español, de forma precursora, apostó por reconocer y garantizar un elenco de derechos digitales de los ciudadanos conforme al mandato establecido en la Constitución. En particular, son objeto de regulación los derechos y libertades predicables como la neutralidad de la Red (art. 80) y el acceso universal a Internet (art. 81) o los derechos a la seguridad (art. 82) y educación digital (art. 83), así como los derechos al olvido (arts. 93 y 94), a la portabilidad (art. 95) y al testamento digital (art. 96). Ocupa un lugar relevante el reconocimiento del derecho a la desconexión digital (art. 88) en el marco del derecho a la intimidad en el uso de dispositivos digitales en el ámbito laboral (arts. 89 y 90) y la protección de los menores en Internet (arts. 84 y 92). Finalmente, resulta destacable la garantía de la libertad de expresión y el derecho a la aclaración de informaciones en medios de comunicación digitales.

En este punto conviene recordar, por un lado, que "el reconocimiento legal o constitucional, del derecho fundamental a la protección de datos no agota la necesidad de establecer un nuevo marco de protección de los ciudadanos en la era digital"[32], y, por otro, que los derechos y libertades consagrados en la Constitución y en los Tratados y Convenios Internacionales son plenamente aplicables en Internet. El avance desmedido de la (r)evolución digital y la incursión exponencial de las tecnologías disruptivas plantea nuevos desafíos e interrogantes para la garantía efectiva y plena eficacia de los derechos y libertades fundamentales de la ciudadanía, de ahí la conveniencia de proceder al reconocimiento de una miscelánea de nuevos derechos digitales como respuesta del poder público para salvaguardar la dignidad de la persona y caminar hacia la conquista del ansiado humanismo tecnológico[33].

III. EL REFLEJO DE LOS DERECHOS DIGITALES EN EL NUEVO ESTATUTO DE LA AGENCIA ESPAÑOLA DE PROTECCIÓN DE DATOS.

Como es sabido por todos, el RGPD preconiza el establecimiento de autoridades de control en el seno de los diferentes Estados miembros, capacitadas para

31 *Vid.* Terrón Santos, D. y Domínguez Álvarez, J. L.: "Protección de datos y Derechos digitales", *AIS: Ars Iuris Salmanticensis*, vol. 7, núm. 1, 2019, p. 237.

32 *Vid. Op. cit.* Rallo Lombarte, A., "De la «libertad…, p. 665.

33 *Vid.* Domínguez Álvarez, J. L.: "La educación para la digitalización, condición sine qua non para alcanzar el ansiado humanismo digital frente a la (r)evolución tecnológica", en AA.VV.: Economía, empresa y justicia. Nuevos retos para el futuro (coord. por R. Pérez Calle, E. Trincado Aznar y E. Gallego Abaroa), Dykinson, Madrid, 2021, pp. 951-970.

desempeñar sus funciones y ejercer sus competencias con plena independencia[34], como un elemento esencial del sistema europeo de protección de las personas físicas con respecto al tratamiento de sus datos de carácter personal[35] .

Por su parte, la LOPDGDD establece, en su art. 44, que la Agencia Española de Protección de Datos "es una autoridad administrativa independiente de ámbito estatal, de las previstas en la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, con personalidad jurídica y plena capacidad pública y privada, que actúa con plena independencia de los poderes públicos en el ejercicio de sus funciones. Su denominación oficial, de conformidad con lo establecido en el artículo 109.3 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, será «Agencia Española de Protección de Datos, Autoridad Administrativa Independiente»".

Conforme a la ordenación vigente, corresponde a la AEPD[36] supervisar la aplicación de la LOPDGDD y del RGPD y, en particular, ejercer las funciones

34 En este sentido, el Considerando 119 RGPD clarifica que la independencia de las autoridades de control no debe ser entendida, en ningún caso, como ausencia de mecanismos de control o supervisión en relación a sus gastos financieros, al igual que ocurre con el de control judicial. En torno a esta cuestión, vid. Domínguez Álvarez, J. L.: "A vueltas con el procedimiento de designación de la presidencia y la adjuntía de la Agencia Española de Protección de Datos: entre la independencia y el juego político", *Actualidad Administrativa,* núm. 1, 2022, pp. 1-10.

35 La relevancia del papel de las autoridades independientes de control en materia de protección de datos aparece consagrada, con clarividencia, en el texto del Tratado por el que se establece una Constitución para Europa, comúnmente conocido como Constitución Europea. Así, el artículo II-68 de la Constitución Europea establece en su apartado 1 que "toda persona tiene derecho a la protección de los datos de carácter personal que la conciernan", señalando en su apartado 3, tras haber perfilado los elementos básicos del derecho fundamental, que "el respeto de estas normas quedará sujeto al control de una autoridad independiente".
No obstante, con anterioridad, el Convenio 108 del Consejo de Europa, de 28 de enero de 1981, para la protección de las personas con respecto al tratamiento automatizado de datos de carácter personal, el primer instrumento internacional que viene a establecer como requisito para la existencia de una adecuada regulación del derecho fundamental a la protección de datos la existencia de una o varias autoridades en cada Estado, encargadas de velar por el cumplimiento de los principios establecidos en el Convenio. Así dispone el art. 13.2 a) del mencionado Convenio que "cada parte designará a una o más autoridades cuya denominación y dirección comunicará al Secretario General del Consejo de Europa".
Poco después, las Directrices para la regulación de los ficheros automatizados de datos, aprobadas por la Resolución 45/95, de 14 de diciembre de 1990 de la Asamblea General de las Naciones Unidas, señalaron específicamente, en su principio octavo que: "[l]a Ley de cada Estado designará una autoridad que, de acuerdo con el sistema legal del mismo, sea responsable de supervisar el cumplimiento de los principios señalados con anterioridad. Esta autoridad deberá ofrecer garantías de imparcialidad respecto de las personas o agencias responsables del tratamiento de los datos y garantías de competencia técnica. En caso de violación de las previsiones de la Ley nacional que implemente los principios enumerados anteriormente, deberán implantarse sanciones penales o de otra naturaleza, junto con las adecuadas indemnizaciones". Acerca de los diferentes modelos de autoridades de control en la materia constituidas a partir de este momento, puede verse una calificación tripartita en Téllez Aguilera, A.: *Nuevas tecnologías, intimidad y protección de datos,* Edisofer, Madrid, 2001, p. 208.

36 Sin embargo, conviene reseñar que la génesis de esta garantía institucional encargada de la tutela jurídica de la protección de datos de carácter personal se remonta a la década de los años 90 del pasado siglo, momento en el que el legislador español promovió la adopción de la Ley Orgánica 5/1992, de 29 de octubre, de regulación del tratamiento automatizado de los datos de carácter personal. Dicha norma, calificada por buena parte de la doctrina como una ley de tercera generación establece un modelo no represivo, sino permisivo del desarrollo de las tecnologías de la información; que reconoce la libertad de tratamiento; no estando centrada en la informática como fenómeno, sino en la protección de los derechos de las personas frente a la informática, estableciendo unos principios de protección de datos y unos derechos y garantías de los ciudadanos en este ámbito. *Cfr.* Pérez Luño, A. E.: "Comentario legislativo: La LORTAD

establecidas en el art. 57 y las potestades previstas en el art. 58 del mismo Reglamento y en sus disposiciones de desarrollo[37]. Todo ello representa la atribución de un conglomerado de actuaciones administrativas que rebasan extraordinariamente las funciones tradicionales propias de inspección, control y sanción administrativa, lo que permite a esta autoridad independiente desplegar una amplia amalgama de acciones orientadas a garantizar la tutela jurídica de la protección de datos personales, muchas de las cuales están estrechamente imbricadas con la salvaguarda de la dignidad de la persona ante el avance del mundo digital. Actuaciones entre las que conviene destacar las siguientes: a) Controlar la aplicación del RGPD y garantizar su aplicación efectiva; b) promover la sensibilización del público y su comprensión de los riesgos, normas, garantías y derechos en relación con el tratamiento. Las actividades dirigidas específicamente a los niños deberán ser objeto de especial atención; c) asesorar, con arreglo al Derecho de los Estados miembros, al Parlamento nacional, al Gobierno y a otras instituciones y organismos sobre las medidas legislativas y administrativas relativas a la protección de los derechos y libertades de las personas físicas con respecto al tratamiento; d) promover la sensibilización de los responsables y encargados del tratamiento acerca de las obligaciones que les incumben en virtud del RGPD; e) previa solicitud, facilitar información a cualquier interesado en relación con el ejercicio de sus derechos en virtud del Reglamento y, en su caso, cooperar a tal fin con las autoridades de control de otros Estados miembros; f) tratar las reclamaciones presentadas por un interesado o por un organismo, organización o asociación de conformidad con el art. 80 RGPD, e investigar, en la medida oportuna, el motivo de la reclamación e informar al reclamante sobre el curso y el resultado de la investigación en un plazo razonable, en particular si fueran necesarias nuevas investigaciones o una coordinación más estrecha con otra autoridad de control; g) cooperar, en particular compartiendo información, con otras autoridades de control y prestar asistencia mutua con el fin de garantizar la coherencia en la aplicación y ejecución del RGPD; h) llevar a cabo investigaciones sobre la aplicación del Reglamento, en particular basándose en información recibida de otra autoridad de control u otra autoridad pública; i) hacer un seguimiento

y los derechos fundamentales. Derechos y Libertades", *Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, núm. 1, 1993, pp. 405-426; Rebollo Delgado, L.: "Derechos de la personalidad y datos personales", *Revista de Derecho Político,* núm. 44, 1998, pp. 143-205, etc.

37 Por su parte el Real Decreto 428/1993, de 26 de marzo, que aprueba el primer Estatuto de la Agencia de Protección de Datos, que continúa vigente en tanto no sea aprobado otro nuevo, completa la descripción de la naturaleza jurídica que realiza el citado art. 44 LOPDGDD, señalando en su artículo 1 que se trata de «un ente público de los previstos en el artículo 6.5 del Real Decreto Legislativo 1091/1988, de 23 de septiembre, que aprueba el Texto Refundido de la Ley General Presupuestaria». Este precepto fue derogado por la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado, norma que establece en su disposición adicional décima el régimen jurídico de determinados entes públicos, entre los que se encuentra la Agencia de Protección de Datos. *Vid.* Piñar Mañas, J. L.: "La Agencia Española de protección de Datos: estructura y funcionamiento", *Revista Chilena de Derecho Informático,* núm. 3, 2003, pp. 31-45.
En la actualidad la regulación básica de las autoridades administrativas independientes se contempla en los arts. 109 y 110 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público.

de cambios que sean de interés, en la medida en que tengan incidencia en la protección de datos personales, en particular el desarrollo de las tecnolog.as de la información y la comunicación y las prácticas comerciales; j) adoptar las cláusulas contractuales tipo a que se refieren los arts. 28.8 y 46.2.d) RGPD; k) elaborar y mantener una lista relativa al requisito de la evaluación de impacto relativa a la protección de datos, en virtud del art. 35.4 RGPD; l) ofrecer asesoramiento sobre las operaciones de tratamiento contempladas en el art. 36.2 RGPD; m) alentar la elaboración de códigos de conducta con arreglo al art. 40 RGPD; n) fomentar la creación de mecanismos de certificación de la protección de datos y de sellos y marcas de protección de datos con arreglo al art. 42 RGPD; ñ) llevar a cabo, si procede, una revisión periódica de las certificaciones expedidas en virtud del art. 42.7 RGPD; o) elaborar y publicar los criterios para la acreditación de organismos de supervisión, así como efectuar la acreditación de los organismos de supervisión de los códigos de conducta con arreglo al art. 41 RGPD y de organismos de certificación con arreglo al art. 43 RGPD; p) autorizar las cláusulas contractuales y disposiciones para proceder a la trasferencia internacional de datos personales en los términos expresados en el art. 46.3 RGPD; q) llevar registros internos de las infracciones del Reglamento y de las medidas adoptadas de conformidad con el art. 58.2 RGPD; r) desempeñar cualquier otra función relacionada con la protección de los datos personales, etc.

El advenimiento de las crecientes oleadas digitalizadoras ha propiciado que muchas de estas atribuciones hayan crecido, en volumen e importancia, haciendo de la AEPD un instrumento capital para fomentar la cultura de la privacidad, combatir la creciente discriminación y violencia digital en la red e impulsar el autoconocimiento y la educación, especialmente entre los más jóvenes, como palanca transformadora para garantizar el uso responsable de los medios digitales y minimizar los riesgos que hoy en día plantean las zonas oscuras del ciberespacio.

Recientemente, el Boletín Oficial del Estado acogía la publicación del esperado Real Decreto 389/2021, de 1 de junio, por el que se aprueba el nuevo Estatuto de la Agencia Española de Protección de Datos[38]. Como bien es sabido, este hito normativo tiene por objeto modernizar la organización y adaptar la acción administrativa del elemento institucional encargado de salvaguardar la tutela

38 El Título V de la Ley Orgánica 5/1992, de 29 de octubre, de regulación del tratamiento automatizado de los datos de carácter personal (LORTAD), encomendó -al hilo de los avances normativos comunitarios- el control de la aplicación de sus disposiciones a un ente público independiente al que denominó Agencia de Protección de Datos. La efectiva creación de esta administración independiente se llevó a cabo mediante la regulación de su estructura orgánica y la aprobación de su Estatuto por el Real Decreto 428/1993, de 26 de marzo.
Por su parte, el Título VI de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal (LOPD) no solamente mantuvo la configuración de la Agencia como un ente de derecho público, con personalidad jurídica propia y plena capacidad pública y privada, que actúa con plena independencia de las Administraciones públicas en el ejercicio de sus funciones; sino que además constituye una apuesta decidida por ampliar sus funciones y consolidar su presencia como entidad encargada de velar por la efectiva tutela jurídica de la protección de datos de carácter personal.

jurídica de los derechos de la privacidad a los postulados contemplados tanto en el RGPD, como en la propia LOPDGDD.

En este sentido, conviene recordar que la entrada en vigor del RGPD supone no solamente la revisión de las bases legales del sistema europeo de protección de datos personales, sino también -y más importante todavía- el advenimiento de un auténtico cambio de paradigma en la materia, que transita desde los antiguos postulados de intervención administrativa (basados en el esquema tradicional de regulación, ejecución, control y sanción) hasta la instauración de un nuevo modelo basado en el "enfoque de riesgo" y la "responsabilidad proactiva", entre otras muchas notas características.

Al mismo tiempo, este giro copernicano de la regulación europea de protección de datos, lejos de desdibujar el protagonismo de las autoridades independientes de control, trae consigo un fortalecimiento e incremento de las competencias de estas últimas[39], las cuales como ya hemos señalado con anterioridad, en virtud de los arts. 51 y siguientes del RGPD deberán contar con todas las funciones y poderes efectivos, incluidos los poderes de investigación, correctivos y sancionadores, así como los poderes de autorización y consultivos necesarios para lograr la tutela jurídica efectiva de la protección de datos de carácter personal.

Estas razones son las que motivan, en última instancia, la aprobación de un nuevo Estatuto que adapte la organización y funcionamiento de la Agencia Española de Protección de Datos a lo previsto en el citado RGPD, lo que trae consigo algunas modificaciones significativas orientadas a fortalecer la seguridad jurídica, fomentar la transparencia, modernizar su estructura o clarificar e incrementar el cuadro de funciones de esta institución capital, atribuciones estas últimas que están estrechamente vinculadas con la materia objeto de estudio.

Para ello, el primero de los cinco capítulos que integran el nuevo Estatuto, se detiene en clarificar la naturaleza y el régimen jurídico de la Agencia (arts. 1 y 3), categorizando la misma como "una autoridad administrativa independiente de ámbito estatal, de las previstas en el artículo 109 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, con personalidad jurídica propia y plena capacidad pública y privada, que actúa con plena independencia de los poderes públicos en el ejercicio de sus funciones". De esta forma, se positiviza la autonomía e independencia de la AEPD[40], reconociendo en puridad dos de los rasgos esenciales que deben vehicular y estar presentes en la actuación de

39 Al mismo tiempo, otorga importantes poderes a estas autoridades de control independientes para la articulación de un cinturón de protección de la privacidad mediante el impulso y la implementación de una serie de garantías que aparecen disgregadas en el texto articulado de la norma europea: delegados de protección de datos, códigos de conducta, normas corporativas vinculantes, etc.

40 Al mismo tiempo se fija su sede en Madrid y se establece como cauce de relación con el Gobierno de España el Ministerio de Justicia.

la institución, y cuya importancia ha quedado puesta de relieve en infinidad de prolíficos debates acaecidos en el seno de la doctrina iuspublicista[41].

En el Estatuto aprobado se definen, de igual forma, las funciones y potestades de la Agencia (art. 5), haciendo especial énfasis en lo que se refiere a la supervisión de la aplicación de la normativa de protección de datos y la garantía efectiva de los derechos digitales contemplados en los artículos 89 a 94 de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, así como en lo que atañe a la colaboración con otros órganos en materia de desarrollo normativo, para lo que se establece, por un lado, el informe preceptivo de proyectos normativos que incidan en la esfera de los derechos de la privacidad y, por otro, la capacidad de la AEPD para dictar circulares con criterios que permitan garantizar la correcta aplicación del RGPD y la LOPDGDD[42].

Por su parte, el segundo capítulo incorpora una serie de modificaciones en la estructura orgánica de la Agencia, la cual se articula en torno a la Presidencia, de la que dependen la Adjuntía a la Presidencia, la Subdirección General de Inspección de datos, la Subdirección General de Promoción y Autorizaciones, la Secretaría General, la División de Relaciones Internacionales y la División de Innovación Tecnológica. En efecto, entre los cambios más significativos destaca la sustitución de la actual Dirección por la Presidencia[43], que tendrá rango de Subsecretaría y de la que dependerá la Adjuntía a la Presidencia, con rango de Director General, nueva figura prevista en el art. 48.2 LOPDGDD, cuyas funciones se establecen con detalle en el art. 16 del nuevo Estatuto.

Especialmente relevante, desde el prisma de la modernización de las formas de intervención administrativa de la Agencia, resulta la creación de la Subdirección

41 Acerca de la necesaria independencia de la Agencia de Protección de Datos, cuestión resaltada por la doctrina, véase entre otros Martín Casallo López, J. J.: "Agencia de Protección de Datos: qué es y qué finalidad persigue", *Actualidad Informática Aranzadi*, núm. 13, 1994, pp. 1 y ss.; De la Serna Bilbao, M. N.: "La Agencia de Protección de Datos: con especial referencia a su característica de independiente", *Actualidad Informática Aranzadi,* núm. 22, 1997, pp. 1 y ss., Terrón Santos, D.: *Autoridades nacionales de reglamentación: el caso de la Comisión del Mercado de las Telecomunicacione*s, Comares, Granada, 2004, pp. 72 y ss., etc.

42 Estos criterios establecidos en esta nueva herramienta serán obligatorios tras su publicación en el BOE, contemplándose un procedimiento específico para su elaboración en aras de la seguridad jurídica (art. 6). Sirva como ejemplo la Circular 1/2019, de 7 de marzo, de la Agencia Española de Protección de Datos, sobre el tratamiento de datos personales relativos a opiniones políticas y envío de propaganda electoral por medios electrónicos o sistemas de mensajería por parte de partidos políticos, federaciones, coaliciones y agrupaciones de electores al amparo del artículo 58 bis de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General; con la que la autoridad administrativa independiente clarifica uno de los pasajes más oscuros y criticados de la LOPDGDD. Nos estamos refiriendo como no podía ser de otra manera a la disposición final tercera de la Ley 3/2018, por la que se modifica el apartado 1 del artículo 58 bis de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General (LOREG), declarado inconstitucional poco después por medio de la Sentencia del Tribunal Constitucional 76/2019, de 22 de mayo, [ECLI:ES:TC:2019:76].

43 Conforme al art. 12 del nuevo Estatuto, la persona titular de la Presidencia de la Agencia Española de Protección de Datos tendrá la consideración de alto cargo, con rango de Subsecretario y será designada de conformidad con el procedimiento establecido en el artículo 48 LOPDGDD, y solo cesará por las causas que en el mismo se establecen.

General de Promoción y Autorizaciones[44], unidad administrativa encargada, entre otras cosas, del desarrollo de las siguientes funciones (art. 28): a) Promover la sensibilización de la ciudadanía y su comprensión de los riesgos, normas, garantías y derechos en relación con el tratamiento de datos, en especial cuando se trate de actividades dirigidas específicamente a los niños, según lo establecido en el art. 57.1.b RGPD; b) promover la sensibilización de los responsables y encargados del tratamiento acerca de las obligaciones que les incumben en virtud de lo dispuesto en el art. 57.1.d. RGPD; c) facilitar, previa solicitud, información a los ciudadanos en relación con el ejercicio de sus derechos, conforme a lo dispuesto en el art. 57.1.e. RGPD; d) el registro y publicidad de los delegados de protección de datos de acuerdo con los arts. 37.7 RGPD y 34.4 LOPDGDD; e) elaborar las cláusulas contractuales tipo a que se refieren el arts. 28.8 y 46.2.d) RGPD y proponer a la Presidencia su aprobación o adopción, de acuerdo con el art. 57.1.j) RGPD; f) alentar la elaboración de códigos de conducta y dictaminar y proponer a la Presidencia la aprobación de los que proporcionen suficientes garantías con arreglo a los arts. 40.5 y 57.1 m) RGPD; g) elaborar y publicar los criterios para la acreditación de organismos de supervisión de los códigos de conducta con arreglo al art. 41 RGPD y de organismos de certificación con arreglo al art. 43 de la misma norma; h) proponer a la Presidencia la acreditación de organismos de supervisión de los códigos de conducta con arreglo al art. 41 RGPD y de organismos de certificación con arreglo al art. 43 RGPD, en virtud de su art. 57.1.q); i) fomentar la creación de mecanismos de certificación de la protección de datos y de sellos y marcas de protección de datos según lo previsto en el art. 57.1.n) RGPD; proponer a la Presidencia la aprobación de los criterios de certificación de conformidad con el art. 42.5 del mismo y la expedición de certificaciones; el registro de las concesiones, denegaciones o revocaciones de las acreditaciones y de las certificaciones expedidas y la realización de revisiones periódicas de las certificaciones expedidas, conforme a los arts. 43.5 y 57.1.n) y o) RGPD y el art. 39 LOPDGDD; j) proponer a la Presidencia la retirada de certificaciones o la orden al organismo de certificación para que retire certificaciones emitidas con arreglo a los arts. 42 y 43 RGPD; k) proponer a la Presidencia la autorización de las transferencias internacionales en virtud de cláusulas contractuales y acuerdos administrativos a que se refiere el art. 46.3 RGPD; l) proponer a la Presidencia la aprobación de normas corporativas vinculantes de conformidad con lo dispuesto en el art. 47 RGPD; m) proponer a la Presidencia la suspensión de los flujos de datos hacia un destinatario situado en un tercer país o hacia una organización internacional de acuerdo con el art. 58.2 j) RGPD, en los supuestos de modificación de las circunstancias que determinaron el otorgamiento de la autorización o la aprobación a que se refieren los dos apartados anteriores; n) el registro de los sistemas de exclusión publicitaria y su publicación conforme a lo dispuesto en el

44 Funciones actualmente desempeñadas, con sobrado acierto, por Julián Prieto Hergueta.

art. 23.2 LOPDGDD; ñ) proponer a la Presidencia las excepciones a la obligación de bloqueo en los supuestos establecidos en el art. 32 LOPDGDD; o) el ejercicio de las funciones que la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información y buen gobierno, atribuye a las Unidades de Información; p) la gestión de las quejas y sugerencias, de conformidad con el Real Decreto 951/2005, de 29 de julio, por el que se establece el marco general para la mejora de la calidad en la Administración General del Estado.

Así mismo, son funciones esenciales de la nueva Subdirección General de Promoción y Autorizaciones, las cuales atestiguan la renovación de las formas tradicionales de intervención administrativa de la Agencia, la formación y difusión en materia de protección de datos[45] o el seguimiento del Pacto Digital para la protección de las personas, instrumento este último que aspira a promover un compromiso firme con la privacidad en las políticas de sostenibilidad y los modelos de negocio de las organizaciones, compatibilizando el derecho fundamental a la protección de datos con la innovación, la ética y la competitividad empresarial.

De igual forma, se establece la Subdirección General de Inspección de Datos (art. 27), la cual reemplaza a la actual Inspección de Datos, realizándose una nueva distribución orgánica más acorde a las funciones de inspección y de instrucción necesarias para el ejercicio de los poderes de investigación y correctivos contemplados en la nueva regulación europea.

Junto a ellas, cobra especial protagonismo la División de Innovación Tecnológica (art. 31), unidad encargada de, entre otras funciones: asesorar a la Presidencia de la Agencia Española de Protección de Datos, como a sus distintas unidades, sobre los temas tecnológicos que tienen relevancia en la protección de datos de carácter personal, y para ello, analizar las implicaciones y alternativas del estado de arte de la tecnología y generar el conocimiento necesario para anticiparse a los cambios de la misma; impulsar la protección de datos como un factor de confianza y garantía de calidad en beneficio del desarrollo económico de la sociedad con el objeto de promover la sensibilización de responsables y ciudadanos, incluido el desarrollo y mantenimiento de herramientas de ayuda para el cumplimiento por parte de los mismos y la elaboración de guías que impulsen el cumplimiento del principio de responsabilidad activa en el ámbito tecnológico, de conformidad con el art. 57.1.b) y d) RGPD; impulsar las medidas que garanticen la compatibilidad del desarrollo tecnológico con la privacidad asegurando los derechos de los ciudadanos según lo previsto en el art. 57.1.i) RGPD; en particular: el asesoramiento a emprendedores y desarrolladores tecnológicos, la realización de estudios de prospección

45 Esta función se traduce, entre otras, en el desarrollo de las siguientes actuaciones: gestión, revisión y actualización del espacio web "Educación y menores"; gestión del "Canal Joven"; elaboración de materiales divulgativos; impulso de la sensibilización y formación de la comunidad educativa y de los menores de edad, etc.

tecnológica, informar y asesorar a los proyectos tecnológicos con implicaciones en el derecho a la protección de datos de las personas, participar en proyectos tecnológicos de ámbito internacional de interés público sobre la base del derecho de la Unión Europea o de los Estados miembros y promover la colaboración con las Universidades con el fin de impulsar la protección de datos en proyectos y contenidos curriculares jurídicos y técnicos; gestionar el Registro de brechas de seguridad para facilitar a los responsables el cumplimiento de lo previsto en el art. 33 RGPD; analizar y clasificar las brechas de seguridad y, en su caso, proponer motivadamente a la Presidencia la iniciación de una investigación cuando aprecie indicios de la comisión de una infracción; emitir informes, recomendaciones y dictámenes sobre las consultas previas realizadas por los responsables conforme al art. 36 RGPD; y elaborar una lista positiva y, en su caso, otra negativa de tratamientos que requieren la realización de evaluaciones de impacto según lo previsto en el art. 57.1.k) RGPD, entre otras muchas.

En igual sentido, el nuevo estatuto introduce modificaciones para reforzar la independencia de la Agencia (art. 14), siendo especialmente destacables las previsiones relativas al procedimiento de nombramiento de la Presidencia[46] (arts. 19-22), las cuales introducen algunos matices significativos con respecto al procedimiento contemplado en el art. 48 LOPDGDD; o en lo que concierne a la composición y perfeccionamiento del funcionamiento del Consejo Consultivo de la AEPD (art. 23).

El capítulo III regula el personal al servicio de la Agencia, que podrá ser funcionario o laboral, la elaboración y aprobación de la relación de puestos de trabajo, el sistema de retribuciones y evaluación del desempeño, el régimen de incompatibilidades y el deber de secreto profesional.

El capítulo IV regula el régimen económico, presupuestario, patrimonial y de contratación, detallando el régimen de contabilidad y control económico-financiero de la AEPD.

Por último, el capítulo V regula el asesoramiento jurídico de la Agencia, que se encomienda a la Abogacía General del Estado-Servicio Jurídico del Estado, mediante la formalización del oportuno convenio en los términos previstos en la Ley 52/1997, de 27 de noviembre, de Asistencia Jurídica al Estado e Instituciones Públicas, y su normativa de desarrollo.

46 Se regula el procedimiento de designación de la Presidencia y la Adjuntía, como consecuencia de una observación formulada al respecto por el Consejo de Estado en su dictamen sobre el proyecto. También se desarrolla el régimen, competencias y funcionamiento del Consejo Consultivo en cuanto órgano colegiado de asesoramiento de la Presidencia de la Agencia Española de Protección de Datos. En torno a esta cuestión, *vid.* Fernández Hernández, C.: "El nuevo procedimiento de designación de la presidencia de la AEPD", *La Ley Privacidad,* núm. 9, 2021, p. 6.

En síntesis, nos encontramos ante un nuevo paso decisivo en el proceso de construcción de los derechos digitales y en la catalización del derecho a la protección de datos de carácter personal, con el que se pretende adaptar el funcionamiento y la actuación de la Agencia Española de Protección de Datos al nuevo modelo europeo de privacidad, fortaleciendo principios esenciales de nuestro Estado de Derecho -tales como la seguridad jurídica o la transparencia-, y revigorizando el protagonismo del elemento institucional encargado de salvaguardar la privacidad y buena parte de los nuevos derechos digitales alumbrados en el texto de la LOPDGDD de forma precursora, algo a todas luces urgente y necesario ante los nuevos desafíos y amenazas que esconde el avance de la (r)evolución digital.

IV. LA ADOPCIÓN DE LA CARTA DE DERECHOS DIGITALES COMO RESPUESTA AL DESAFÍO TECNOLÓGICO.

El concepto de «derechos digitales», el cual dimana de la esencia natural del art. 18.4 CE[47], engloba los derechos de los ciudadanos en el entorno digital[48], ya sean derechos fundamentales o derechos ordinarios[49]. En síntesis, el objetivo de esta nueva generación de derechos no es otro que el de corregir todas aquellas externalidades negativas que está propiciando la ausencia de una regulación jurídica adecuada que acompañe el vertiginoso desarrollo tecnológico al que asistimos en nuestros días[50], habida cuenta de que el derecho fundamental a la protección de datos personales, si bien es cierto que representa la última frontera para la salvaguarda de la dignidad de la persona ante el avance de la (r)evolución tecnológica[51], no alcanza a doblegar la multitud de nuevos riesgos y amenazas que se vislumbran en el horizonte digital[52].

47 Recordemos que la Constitución española de 1978, sobre el antecedente del art. 35 de la Constitución portuguesa de 1976, fue pionera en la constitucionalización de garantías frente a la entonces revolución tecnológica emergente de la informática.

48 Incluida la posibilidad de acometer la constitucionalización de nuevos derechos fundamentales, opción por la que se inclina la doctrina mayoritariamente. A este respecto, entre otros, Barrio Andrés considera que "la categoría o supraconcepto de «derechos digitales» comprende no solo la actualización de derechos tradicionales para identificar nuevas facultades en el marco de la sociedad digital, sino también reconocer nuevos derechos fundamentales *stricto sensu* en los textos constitucionales, como serían esencialmente el caso del acceso universal a Internet y la ciberseguridad, así como un derecho fundamental a la verdad para luchar contra las noticias falsas (*fake news*) o un derecho a la conciliación familiar y laboral". *Vid.* Barrio Andrés, M.: "La Carta de Derechos digitales de España: su sentido", *Diario La Ley,* núm. 9900, 2021, p. 1.

49 *Vid.* Barrio Andrés, M.: "Génesis y desarrollo de los derechos digitales", *Revista de las Cortes Generales*, núm. 110, 2021, p. 207.

50 *Vid.* Custers, B.: "New digital rights: Imagining additional fundamental rights for the digital era", *Computer Law & Security Review,* núm. 44, 2022, pp. 1-13.

51 *Vid.* Domínguez Álvarez, J. L.: "Privacidad y horizonte tecnológico: algunas reflexiones al hilo del Pacto Digital impulsado por la Agencia Española de Protección de Datos", *Diario La Ley: Ciberderecho*, núm. 48, 2021, pp. 1-13.

52 Y es que, como acertadamente ha subrayado Rallo Lombarte, "este manto protector [de la protección de datos] parece no dar más de sí para cubrir y amparar otras muchas amenazas y riesgos que operan, al margen de la información personal, en la realidad digital sobre derechos y libertades individuales". *Vid.* Rallo Lombarte, A.: "Una nueva generación de Derechos digitales", *Revista de Estudios Políticos*, núm. 187, 2020, p. 107.

Sin embargo, pese a la importancia capital que poseen los derechos digitales a la hora de apuntalar la seguridad jurídica y vehicular la transición de la era analógica a la digital[53], lo cierto es que esta tipología de garantías se encuentra en un estadio embrionario que requiere del compromiso del poder público para su pleno desarrollo e implementación.

En este sentido, el Gobierno de España adoptó, con fecha 14 de julio de 2021, una Carta de Derechos Digitales que recoge los derechos necesarios para la protección digital del conjunto de la ciudadanía, particularmente aquellos más expuestos, como son la infancia y la juventud, con el objetivo de actualizar una serie de derechos y adaptarlos a los retos digitales[54], claves para generar certidumbre, aumentar la confianza de la ciudadanía en el mundo digital y blindar la dignidad de la persona ante el avance tecnológico. Ahora bien, la Carta de Derechos Digitales no trata de crear nuevos derechos fundamentales sino de perfilar los más relevantes en el entorno y los espacios digitales o describir derechos instrumentales o auxiliares de los primeros[55].

En este sentido, la Carta de Derechos Digitales no tiene carácter normativo, sino que su objetivo es reconocer los novísimos retos de aplicación e interpretación que la adaptación de los derechos al entorno digital plantea, así como sugerir principios y políticas referidas a ellos en el citado contexto. No obstante, nos ofrece un catálogo detallado de aquellos institutos jurídicos que están llamados a disponer de un protagonismo fundamental a la hora de preservar la dignidad de la persona ante los crecientes envites y desafíos que plantea el avance digital[56]. Así, el documento se estructura en cinco grandes apartados (derechos de libertad, derechos de igualdad, derechos de participación y de conformación del espacio público, derechos del entorno laboral y empresarial y, finalmente, derechos digitales en entornos específicos), en los que se lleva a cabo el reconocimiento de los siguientes derechos:

A. *Derecho a la identidad en el entorno digital.* El derecho a la propia identidad es exigible en el entorno digital. Esta identidad vendrá determinada por el nombre y por los demás elementos que la configuran de acuerdo con el ordenamiento jurídico nacional, europeo e internacional. Debe garantizarse, con arreglo a nuestro ordenamiento jurídico, el derecho a la gestión de la propia identidad, sus atributos y acreditaciones. Consecuentemente, la identidad no podrá

53 *Vid.* Barrio Andrés, M.: "Los derechos digitales: de la LOPDGDD a la Carta de Derechos Digitales de España", *Derecho Digital e Innovación. Digital Law and Innovation Review,* núm. 9, 2021, p. 9.

54 *Vid.* Gobierno de España, *Carta de Derechos Digitales*, Madrid, 2021, p. 5.

55 *Vid.* Artigas, C., "La Carta de Derechos Digitales", *Derecho Digital e Innovación. Digital Law and Innovation Review*, núm. 9, 2021, p. 1.

56 En palabras de Martínez Martínez, "la Carta debe ser bienvenida en su condición de espacio de reflexión y de propuesta de principios y políticas públicas". *Vid.* Martínez Martínez, R., "Derechos digitales, planificación estratégica y compliance", *Diario La Ley,* núm. 9901, 2021, p.1.

ser controlada, manipulada o suplantada por terceros contra la voluntad de la persona. En este sentido, se establecerán las garantías necesarias que permitan la verificación segura de la identidad en el entorno digital con la finalidad de evitar manipulaciones, suplantaciones, o control de la misma por parte de terceros. Conforme a la normativa aplicable, el Estado deberá garantizar la posibilidad de acreditar la identidad legal en el entorno digital a los efectos oportunos[57].

B. *Derecho a la ciberseguridad.* Toda persona tiene derecho a que los sistemas digitales de información que utilice para su actividad personal, profesional o social, o que traten sus datos o le presten servicios, posean las medidas de seguridad adecuadas que permitan garantizar la integridad, confidencialidad, disponibilidad, resiliencia y autenticidad de la información tratada y la disponibilidad de los servicios prestados[58].

C. *Derecho de acceso a Internet.* En las condiciones establecidas en la normativa europea y nacional sobre el servicio universal de comunicaciones electrónicas, se promoverá el acceso universal, asequible, de calidad y no discriminatorio a Internet para toda la población.

D. *Derecho al pseudonimato.* De acuerdo con las posibilidades técnicas disponibles y la legislación vigente, se permitirá el acceso a los entornos digitales en condiciones de pseudonimidad, siempre y cuando no sea necesaria la identificación personal para el desarrollo de las tareas propias de dicho entorno.

E. *Derecho a no ser localizado y perfilado.* La localización y los sistemas de análisis de personalidad o conducta que impliquen la toma de decisiones automatizadas o el perfilado de individuos, o grupos de individuos, únicamente podrán realizarse en los casos permitidos por la normativa vigente y con las garantías adecuadas en ella dispuestas. A este respecto, el responsable del tratamiento deberá informar explícitamente al interesado sobre la finalidad de la localización, el perfilado o la decisión automatizada y sobre el ejercicio del derecho de oposición, y presentarlos claramente y al margen de cualquier otra información y con pleno respeto al derecho a la protección de datos.

F. *Derecho a la igualdad y a la no discriminación en el entorno digital.* El derecho y el principio a la igualdad inherente a las personas será plenamente aplicable en los entornos digitales, incluyendo la no discriminación y la no exclusión. En particular, se promoverá la igualdad efectiva de mujeres y hombres en entornos digitales y se

57 En aquellos supuestos en los que legalmente se exija un alto nivel de garantía en la identificación de los sujetos concernidos, el Estado asegurará la provisión y utilización de los medios digitales que serán de aplicación para la acreditación de la identidad.

58 Se realiza además un llamamiento a los poderes públicos para que promuevan la sensibilización y formación en materia de ciberseguridad de toda la sociedad e impulsarán mecanismos de certificación.

fomentará que los procesos de transformación digital apliquen la perspectiva de género adoptando, en su caso, medidas específicas para garantizar la ausencia de sesgos de género en los datos y algoritmos usados.

G. *Derecho a la protección de datos*. Con arreglo al RGPD y la LOPDGDD, toda persona tiene derecho a la protección de los datos de carácter personal que le conciernan. Estos datos serán tratados respetando los principios de licitud, lealtad, transparencia, minimización, integridad, confidencialidad y limitación por la finalidad y plazo de conservación, con base en las garantías de su protección desde el diseño y por defecto. Adicionalmente, el tratamiento de datos personales se fundamentará en las bases jurídicas que la mencionada normativa prevé. De igual forma, toda persona tiene derecho a ser informada en el momento de la recogida de los datos sobre su destino y los usos que se hagan de los mismos, a acceder a los datos recogidos que le conciernan y a ejercer sus derechos de rectificación, oposición, cancelación, portabilidad de los datos, y derecho a la supresión (derecho al olvido) en los términos previstos en la normativa de protección de datos nacional y europea. El respeto de este derecho estará sujeto al control de la Autoridad de Protección de Datos y el resto de los organismos competentes en la materia.

H. *Protección de menores en el entorno digital.* Con arreglo a las potestades que les son propias y de acuerdo con la legislación aplicable, las personas progenitoras, tutoras, curadoras, representantes legales o personas que presten apoyo para el ejercicio de la capacidad jurídica, velarán por que las personas menores de edad hagan un uso equilibrado y responsable de los entornos digitales a fin de garantizar el adecuado desarrollo de su personalidad y de preservar su dignidad y sus derechos fundamentales. A tal fin, los centros educativos, las Administraciones y cualesquiera personas físicas o jurídicas que desarrollen actividades en entornos digitales en las que participen personas menores de edad están obligados, por la legislación aplicable, a la protección del interés superior de la persona menor y sus derechos fundamentales, especialmente los derechos a la intimidad, al honor y a la propia imagen, al secreto de las comunicaciones y el derecho a la protección de datos personales. Deberá recabarse su consentimiento, si es mayor de 14 años, o el de sus representantes legales, para la publicación o difusión de sus datos personales o su imagen a través de servicios de redes sociales.

I. *Derecho a la neutralidad de Internet.* Se reconoce el derecho de los usuarios a la neutralidad de Internet con plena sujeción al ordenamiento jurídico. En este sentido, los poderes públicos deben garantizar que los proveedores de servicios de acceso a Internet traten el tráfico de datos de manera equitativa sin discriminación, restricción o interferencia, e independientemente del emisor y el receptor, el contenido al que se accede o que se distribuye, las aplicaciones o servicios

utilizados o prestados, o el equipo terminal empleado. Lo anterior se entiende sin perjuicio de las excepciones y limitaciones que las expresamente con- templadas en la normativa europea sobre el derecho de acceso a una Internet abierta.

J. *Libertad de expresión y libertad de información.* Todas las personas tienen derecho a las libertades de expresión e información en los entornos digitales en los términos previstos por la Constitución Española. A quienes ejerzan su libertad de expresión e información a través de los servicios intermediarios de la sociedad de la información les corresponden las eventuales responsabilidades como autores por los contenidos ilícitos o que lesionen bienes o derechos de un tercero susceptibles de indemnización.

K. *Derecho a recibir libremente información veraz*. Se promoverá la adopción, por parte de los prestadores de servicios intermediarios a través de los cuales directamente se ejerzan libertades de expresión e información, de protocolos adecuados que garanticen a los usuarios su derecho a recibir información veraz.

L. *Derecho a la participación política por medios digitales.* De acuerdo con las leyes, se promoverán entornos digitales que contribuyan a un derecho de acceso efectivo a la información pública, la transparencia, la rendición de cuentas, así como a la propuesta de iniciativas y a la implicación de las personas en las actuaciones de las Administraciones públicas en sus respectivos ámbitos competenciales, de acuerdo con la Constitución española. Cuando al acceso a información, la propuesta de iniciativas y la implicación en las actuaciones de las Administraciones requieran la identificación de las personas, esta se realizará con pleno respeto al derecho a la identidad en el entorno digital.

M. *Derecho a la educación digital*. El sistema educativo debe tender a la plena inserción de la comunidad educativa en la sociedad digital y un aprendizaje del uso de los medios digitales dirigido a una transformación digital de la sociedad centrada en el ser humano. Esta misión se inspirará en los valores de respeto de la dignidad humana con garantía de los derechos fundamentales y los valores constitucionales, principios que deberán informar igualmente cualesquiera otras actividades formativas promovidas por los poderes públicos.

N. *Derechos digitales de la ciudadanía en sus relaciones con las Administraciones públicas.* El derecho a la igualdad de las personas se extiende al acceso a los servicios públicos y en las relaciones digitales con las Administraciones públicas. A tal fin se promoverán políticas públicas activas que garanticen el acceso a los servicios públicos, a los sistemas y los procedimientos a todos los sujetos y la asistencia en tales procedimientos. El principio de transparencia y de reutilización de datos de las Administraciones públicas guiará la actuación de la Administración digital, de conformidad con la normativa sectorial. En particular, se garantizará el derecho de

acceso a la información pública, se promoverá la publicidad activa y la rendición de cuentas y se velará por la portabilidad de los datos y la interoperabilidad de los formatos, sistemas y aplicaciones, en los términos que prevea el ordenamiento jurídico vigente. Se promoverá, además, la universalidad, la neutralidad y la no discriminación, en particular por razón de sexo, de las tecnologías usadas por las Administraciones públicas, y se impulsará la puesta a disposición entre Administraciones de aplicaciones de cuyos derechos de propiedad intelectual sean titulares, salvo supuestos de especial protección por una norma. Se ofrecerán alternativas en el mundo físico que garanticen los derechos de aquellas personas que no quieran o no puedan utilizar recursos digitales y no resulten obligadas a ello, en las mismas condiciones de igualdad.

Ñ. *Derechos en el ámbito laboral.* Se garantizarán la dignidad y los derechos fundamentales de las personas trabajadoras en los entornos digitales, como son el derecho a la desconexión digital, al descanso y a la conciliación de la vida personal y familiar; la protección de sus derechos a la intimidad personal y familiar; el honor; la propia imagen; la protección de datos y el secreto de las comunicaciones en el uso de dispositivos digitales, así como frente al uso de dispositivos de videovigilancia, de grabación de sonidos, así como en el caso de la utilización de herramientas de monitoreo, analítica y procesos de toma de decisión en materia de recursos humanos y relaciones laborales, etc.

O. *Derecho a la libertad de empresa en el entorno digital.* La libertad de empresa reconocida en la Constitución española es aplicable en los entornos digitales en el marco de la economía de mercado, en el que quede asegurada la defensa y promoción de una competencia efectiva, evitando abusos de posición de dominio, que garantice igualmente la compatibilidad, seguridad, transparencia y equidad de sistemas, dispositivos y aplicaciones. Se establece de igual forma que el desarrollo tecnológico y la transformación digital de las empresas deberá respetar, tal y como exige la legislación en la materia, los derechos digitales de las personas.

P. *Derecho de acceso a datos con fines de investigación científica, innovación y desarrollo.* El uso para el bien común de los datos personales y no personales del sector público y privado se considera un bien de interés general. En el marco definido por las leyes y con pleno respeto al derecho a la protección de datos, se promoverán condiciones que garanticen la reutilización de la información y el uso de los datos en formato de datos abiertos y reutilizables para promover fines de archivo en interés público, fines de investigación científica o histórica, fines estadísticos, y fines de innovación y desarrollo. Asimismo, se promoverán programas de donantes de datos para estos fines en los sectores público y privado.

Q. *Derecho a un desarrollo tecnológico y a un entorno digital sostenible.* El desarrollo de la tecnología y de los entornos digitales deberá perseguir la

sostenibilidad medioambiental y el compromiso con las generaciones futuras, por ello, los poderes públicos deberán impulsar políticas ordenadas a la consecución de tales objetivos con particular atención a la sostenibilidad, durabilidad, reparabilidad y retrocompatibilidad de los dispositivos y sistemas evitando las políticas de sustitución integral y de obsolescencia programada[59].

R. *Derecho a la protección de la salud en el entorno digital.* Con arreglo a las normas de todo rango que resulten aplicables, todas las personas tendrán acceso a los servicios digitales de salud en condiciones de igualdad, accesibilidad y universalidad, así como a la libre elección de la asistencia presencial. Se adoptarán medidas para garantizar este acceso y evitar la exclusión de colectivos en riesgo.

S. *Derecho de acceso a la cultura en el entorno digital.* El derecho a la libertad de creación es aplicable en el entorno digital. Se promoverán programas de formación en el sistema educativo y se promoverá garantizar el derecho a la remuneración del personal creativo. El acceso a la cultura en el entorno digital, en los términos del artículo 44.1 CE, así como de la Convención de la UNESCO sobre la protección y la promoción de la diversidad de las expresiones culturales, deberá garantizarse respetando en todo caso las normas nacionales e internacionales sobre propiedad intelectual, derechos de autor y derechos conexos.

T. *Derechos ante la inteligencia artificial y la neurociencia.* La inteligencia artificial deberá asegurar un enfoque centrado en la persona y su inalienable dignidad, perseguirá el bien común y asegurará cumplir con el principio de no maleficencia. Para ello, en el desarrollo y ciclo de vida de los sistemas de inteligencia artificial se deberá garantizar el derecho a la no discriminación cualquiera que fuera su origen, causa o naturaleza, en relación con las decisiones, uso de datos y procesos basados en inteligencia artificial; se establecerán condiciones de transparencia, auditabilidad, explicabilidad, trazabilidad, supervisión humana y gobernanza. En todo caso, la información facilitada deberá ser accesible y comprensible.

U. *Garantía de los derechos en los entornos digitales.* Todas las personas tienen derecho a la tutela administrativa y judicial de sus derechos en los entornos digitales de acuerdo con lo dispuesto en la legislación vigente. Se promoverán mecanismos de autorregulación, control propio y procedimientos de resolución alternativa de conflictos, con la previsión de incentivos adecuados para su utilización con arreglo a la normativa vigente. Así mismo, se promoverá la evaluación de las leyes administrativas y procesales vigentes a fin de examinar su adecuación al entorno digital y la propuesta en su caso de reformas oportunas en garantía de los derechos digitales.

59 Leitmotiv que se esconde en gran medida en las Directivas europeas 2019/770 y 2019/771 del Parlamento Europeo y del Consejo de 20 de mayo de 2019, relativas a la regulación de las garantías y derechos de los consumidores y usuarios.

Con ello, el Estado español no solo da un paso de gigante en el paulatino reconocimiento de los Derechos digitales del conjunto de la ciudadanía, situándose como abanderado en el diseño de garantías que permitan salvaguardar, de forma efectiva, la dignidad de la persona ante el prolífico desarrollo del mundo digital, sino que además abre una importante ventana de oportunidad para el diseño de nuevos instrumentos legislativos, e incluso permite vislumbrar la necesidad de acometer una hipotética reforma constitucional -otra más-, con el firme propósito de diluir los múltiples interrogantes y desafíos que presenta la dificultosa travesía hacia el humanismo tecnológico.

V. CONCLUSIONES.

El prolífico desarrollo de Internet y las tecnologías disruptivas se ha convertido en una realidad omnipresente, capaz de irradiar una importante fuerza transformadora a la que no escapa, como no podía ser de otra manera, el Derecho y el haz de facultades que este incardina como instrumento idóneo para ordenar nuestras sociedades. Ciertamente, el avance digital y el surgimiento de nuevos fenómenos tecnológicos, tales como la Inteligencia Artificial, el Big Data, el *Internet of Things* o el Blockchain, han revelado la necesidad de diseñar nuevas herramientas jurídicas que permitan afrontar los desafíos y amenazas que entraña la (r)evolución tecnológica, maximizando la protección de la ciudadanía también en el entorno digital.

La promulgación de la LOPDGDD y la adopción de la Carta de Derechos Digitales constituyen un ejemplo extraordinario de la conveniencia de avanzar en el establecimiento de un conglomerado de derechos que permitan garantizar la subordinación de la tecnología al individuo y preservar la dignidad de la persona frente al imperio de la digitalización. Sin embargo, aún persiste numerosas zonas sombrías tales como la necesidad de articular nuevas formas de intervención administrativa que permitan impulsar una digitalización humanística efectiva, la urgencia de clarificar la naturaleza jurídica de estos nuevos derechos digitales e incluso la conveniencia de afrontar la constitucionalización de estas nuevas garantías de la ciudadanía para blindar la seguridad jurídica y maximizar la confianza de la población en el mundo digital.

BIBLIOGRAFÍA

Alguacil González Aurioles, J.: "La libertad informática: aspectos sustantivos y competenciales (SSTC 290 y 292/2000)", *Teoría y Realidad Constitucional,* núm. 7, 2001.

Artigas, C., "La Carta de Derechos Digitales", *Derecho Digital* e *Innovación. Digital Law and Innovation Review*, núm. 9, 2021.

Barrio Andrés, M.:

- "Génesis y desarrollo de los derechos digitales", *Revista de las Cortes Generales*, núm. 110, 2021.

- "La Carta de Derechos digitales de España: su sentido", *Diario La Ley,* núm. 9900, 2021.

- "Los derechos digitales: de la LOPDGDD a la Carta de Derechos Digitales de España", *Derecho Digital* e *Innovación. Digital Law and Innovation Review,* núm. 9, 2021.

Campos Acuña, C.: "La proyección de la gestión pública en la «Carta de Derechos Digitales»: el derecho a una buena administración digital", *El Consultor de los Ayuntamientos Wolters Kluwer,* 16 de Julio de 2021.

Comisión Europea: *Brújula Digital 2030: el enfoque de Europa para el Decenio Digital,* Bruselas, 2021.

Custers, B.: "New digital rights: Imagining additional fundamental rights for the digital era", *Computer Law & Security Review,* núm. 44, 2022.

De la Serna Bilbao, M. N.: "La Agencia de Protección de Datos: con especial referencia a su característica de independiente", *Actualidad Informática Aranzadi,* núm. 22, 1997.

Domínguez Álvarez, J. L.:

- "A vueltas con el procedimiento de designación de la presidencia y la adjuntía de la Agencia Española de Protección de Datos: entre la independencia y el juego político", *Actualidad Administrativa,* núm. 1, 2022.

- "La educación para la digitalización, condición sine qua non para alcanzar el ansiado humanismo digital frente a la (r)evolución tecnológica", en AA.VV.: Economía, empresa y justicia. Nuevos retos para el futuro (coord. por R.

Pérez Calle, E. Trincado Aznar y E. Gallego Abaroa), Dykinson, Madrid, 2021.

- "La efectividad de la normativa de protección de datos de carácter personal ante el avance de la Inteligencia Artificial: una revisión del binomio libertad y seguridad", en AA.VV.: Inteligencia Artificial y Defensa. Nuevos horizontes (Dir. por D. Terrón Santos y J. L. Domínguez Álvarez), Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor, 2021.

- "Privacidad y horizonte tecnológico: algunas reflexiones al hilo del Pacto Digital impulsado por la Agencia Española de Protección de Datos", *Diario La Ley: Ciberderecho*, núm. 48, 2021.

Fernández Hernández, C.: "El nuevo procedimiento de designación de la presidencia de la AEPD", *La Ley Privacidad,* núm. 9, 2021.

González Bustos, M. Á.: "Nuevo enfoque de los Derechos Humanos en el entorno digital", en AA.VV.: Inteligencia Artificial y Defensa. Nuevos horizontes (Dir. por D. Terrón Santos y J. L. Domínguez Álvarez), Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor, 2021.

Guerrero Pico, M.C.: *El impacto de Internet en el Derecho Fundamental a la Protección de Datos de Carácter Personal,* Thomson-Civitas, Pamplona, 2006.

Harari, N.Y.: *Homo Deus. Breve historia del mañana*, Debate, Barcelona, 2017.

Hidalgo Cerezo, A.: *Derecho digital en la Unión Europea: Techlaw y mercado único digital en la década 2010-2020,* Comares, Granada, 2020.

Martín Casallo López, J. J.: "Agencia de Protección de Datos: qué es y qué finalidad persigue", *Actualidad Informática Aranzadi*, núm. 13, 1994.

Martínez Martínez, R.:

- "Claves de la Ley Orgánica de Protección de Datos y Garantía de los Derechos Digitales", *Especial La Ley: Nueva Ley Orgánica de Protección de Datos y Garantía de los Derechos Digitales*, 2019.

- "Derechos digitales, planificación estratégica y compliance", *Diario La Ley,* núm. 9901, 2021.

- "El complejo encaje normativo de la propuesta de Reglamento general de protección de Datos de la Unión Europea", *Actualidad Jurídica Aranzadi,* núm. 83, 2012.

- "¿Minusvaloramos la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales?", *Diario La Ley,* núm. 9329, 2019.

Pérez Luño, A. E.:

- "Comentario legislativo: La LORTAD y los derechos fundamentales. Derechos y Libertades", *Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, núm. 1, 1993.

- "Las generaciones de Derechos humanos ante el desafío posthumanista", en AA.VV.: Sociedad digital y Derecho (dir. por T. De la Quadra-Salcedo y J. L. Piñar Mañas), Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2018.

Piñar Mañas, J. L.:

- "La Agencia Española de protección de Datos: estructura y funcionamiento", *Revista Chilena de Derecho Informático,* núm. 3, 2003.

- Tramitación parlamentaria de la LOPDGDD. Diario de sesiones del Congreso de los Diputados, Comisión de Justicia. 2018, sesión nº. 35 celebrada el martes 27 de febrero de 2018.

Rallo Lombarte, A.:

- "De la «libertad informática» a la constitucionalización de nuevos derechos digitales (1978-2018)", *Revista de Derecho Político*, núm. 100, 2017.

- "Del derecho a la protección de datos a la garantía de nuevos derechos digitales", 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* (eds. R. García Mahamut y B. Tomás Mallén, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019.

- "Del derecho a la protección de datos a la garantía de nuevos derechos digitales", en AA.VV.: *Tratado de protección de datos: actualizado con la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y Garantía de los Derechos Digitales* (coord. A. Rallo Lombarte), Tirant lo Blanch, Valencia, 2019.

- "Hacia un nuevo sistema europeo de protección de datos: las claves de la reforma", *Revista de Derecho Político (UNED),* núm. 85, 2012.

- "Una nueva generación de Derechos digitales", *Revista de Estudios Políticos*, núm. 187, 2020.

REBOLLO DELGADO, L.: "Derechos de la personalidad y datos personales", *Revista de Derecho Político,* núm. 44, 1998.

RUÍZ-GIMÉNEZ, J.: "El derecho a la intimidad", *Cuadernos para el diálogo*, núm. 66, 1969.

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

TÉLLEZ AGUILERA, A.: *Nuevas tecnologías, intimidad y protección de datos,* Edisofer, Madrid, 2001.

TERRÓN SANTOS, D.: *Autoridades nacionales de reglamentación: el caso de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones*, Comares, Granada, 2004.

TERRÓN SANTOS, D. y DOMÍNGUEZ ÁLVAREZ, J. L.: "Protección de datos y Derechos digitales", *AIS: Ars Iuris Salmanticensis*, vol. 7, núm. 1, 2019.

TOURIÑO, A.: *El derecho al olvido y a la intimidad en Internet,* Catarata, Madrid, 2014.

VOLPI, F.: "El hombre entre el nihilismo de la técnica y la responsabilidad éticopolítica", *Konvergencias, Filosofía Culturas en Diálogo*, año IV, núm. 13, 2006.

REFLEXIONES ACERCA DE LA NUEVA REGULACIÓN DE LA DISCAPACIDAD EN SUPUESTOS INTERNACIONALES EN DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO ESPAÑOL*

REFLECTIONS ABOUT THE NEW REGULATION OF DISABILITY IN INTERNATIONAL CASES IN SPANISH PRIVATE INTERNATIONAL LAW

Rev. Boliv. de Derecho Nº 34, julio 2022, ISSN: 2070-8157, pp. 614-631

* Este trabajo tiene como antecedente la investigación presentada en el Congreso Internacional "Familia y sistema de justicia civil", organizado por la Universidad de Santiago de Compostela, 23-24 de noviembre de 2021, que se ha actualizado de acuerdo con las modificaciones y la jurisprudencia generada durante este período.

Lerdys Saray
HEREDIA
SÁNCHEZ

ARTÍCULO RECIBIDO: 2 de junio de 2022
ARTÍCULO APROBADO: 15 de junio de 2022

RESUMEN: La actualidad del tema se deriva de la reciente aprobación de la normativa por la que se modifica la legislación civil y procesal española, para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica la que, además de hacerlo con retraso, mantiene la contradicción existente en nuestro ordenamiento jurídico entre los criterios para determinar la ley aplicable a la capacidad, por un lado; y por otro, para la determinación de ley aplicable a las medidas de protección de la persona con discapacidad en supuestos internacionales. El objetivo de este estudio es poner de manifiesto las carencias y contradicciones aún presentes, en el sistema de protección jurídica dispensado por el Derecho internacional privado español a las personas con discapacidad, en supuestos internacionales.

PALABRAS CLAVE: Discapacidad; incapacitación; protección; ley aplicable; Derecho Internacional Privado.

ABSTRACT: *The currentness of this subject derives from the recent approval of the regulations by which the Spanish civil and procedural legislation is modified, for the support of people with disabilities in the exercise of their legal capacity which, in addition to doing it with delay, maintains the existing contradiction in our legal system between the criteria to determine the law applicable to capacity, on the one hand; and on the other, to determine the law applicable to protection measures for persons with disabilities in international cases. The objective of this study is to highlight the shortcomings and contradictions still present in the legal protection system provided by Spanish private international law to people with disabilities, in international cases.*

KEY WORDS: *Disability; incapacitation; protection; applicable law; Private International Law.*

SUMARIO.- I. INTRODUCCIÓN.- II. COMENTARIO CRÍTICO A LA MODIFICACIÓN EXPERIMENTADA POR LA NORMA DE CONFLICTO EN DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO ESPAÑOL.- III. IDEAS FINALES A MODO DE CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN.

En la actualidad se ha producido un cambio sustancial en el modo de entender la discapacidad y, en consecuencia, el sistema legal de protección a las personas con discapacidad. En el seno de Naciones Unidas se diseñó y se promulgó la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, año 2006[1], que contiene un modelo social de regulación de la discapacidad, muy diferente al modelo asistencial adoptado hasta hace muy poco tiempo, y en este sentido, la norma internacional aborda las cuestiones relacionadas con la discapacidad desde el prisma de la protección de los derechos humanos.

Esta norma convencional ha tenido relevantes repercusiones en los Estados partes, los cuales, progresivamente, la han ido incorporado a sus ordenamientos jurídicos internos, avanzando con ello hacia una concepción de la discapacidad fundamentada desde la perspectiva de los derechos humanos y de la implementación de un régimen de apoyos que permita a las personas con discapacidad ejercer los derechos y deberes reconocidos por el conjunto del ordenamiento jurídico, evitando la figura de la incapacidad jurídica y el nombramiento de tutor o representante legal.

En este contexto, hay que tener en cuenta a las "personas mayores" que, en Europa, y en concreto en España, representan un alto porcentaje de población y cuyos desplazamientos en el territorio de los Estados miembros ha provocado un fenómeno que se ha denominado "gerontoinmigración" de necesaria regulación internacional[2].

La norma de conflicto del sistema español de Derecho internacional privado recientemente modificada, sigue careciendo de una correcta formulación legal, a pesar de la reciente aprobación de la Ley 8/2021 por la que se modifica la legislación civil y procesal española para el apoyo a las personas con discapacidad en

1 Disponible en https://www.un.org/esa/socdev/enable/documents/tccconvs.pdf , consultado el 12/05/2022.

2 Así lo expone Adroher Biosca, "el impacto sociológico de este tema en nuestro país es indudable. Si bien no existen estadísticas oficiales en España sobre el número de personas cuya capacidad ha sido modificada judicialmente, se barajan datos de entre 250.000 a 400.000 personas sometidas a sentencias de incapacitación judicial y entre ellos cada vez más destacable, el número de extranjeros", *Vid.* Adroher Biosca, S.: "La protección de adultos en el Derecho internacional privado español: novedades y retos", *REDI*, Vol 71/1, enero-junio 2019, Madrid, p. 164.

• Lerdys Saray Heredia Sánchez
Profesora Ayudante de Derecho internacional privado de la Universidad Miguel Hernández de Elche (España). Abogada ICALI. Máster por la Universidad de Alicante. Doctoranda de la Universidad Miguel Hernández de Elche. Correo electrónico: lheredia@umh.es.

el ejercicio de su capacidad jurídica[3], que además de hacerlo con retraso, perpetúa la contradicción existente entre las normas de conflicto de nuestro ordenamiento jurídico con respecto a los criterios para determinar la ley aplicable a la capacidad -por un lado- y el criterio que se aplica para la determinación de ley aplicable a las medidas de protección del adulto incapaz en supuestos internacionales -por el otro. El reto aún sigue pendiente para el legislador español a fin de dotar de suficiente seguridad jurídica a la protección de adultos en supuestos internacionales[4].

Con este trabajo se pretende analizar desde una perspectiva crítica el sistema de protección jurídica dispensado por el Derecho internacional privado español al adulto incapaz. Para ello, tras la presente introducción, se analiza la reciente modificación normativa experimentada por el Código Civil en esta materia, a fin de demostrar que en la nueva redacción persiste la "vieja" contradicción existente en nuestro ordenamiento jurídico entre las normas de conflicto que determinan la ley aplicable a la capacidad y el criterio que se aplica para la determinación de las medidas de protección del adulto incapaz en supuestos internacionales, generando así grandes contradicciones; y, por último, se plantearán unas ideas finales a modo de conclusiones.

II. COMENTARIO CRÍTICO A LA MODIFICACIÓN EXPERIMENTADA POR LA NORMA DE CONFLICTO EN DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO ESPAÑOL.

El sistema de Derecho internacional privado español protege a las personas mayores por su condición de especial vulnerabilidad, sin necesidad de una previa declaración de incapacidad del sujeto. En este aspecto, el legislador español ha seguido la línea del Convenio de La Haya de 13 de enero 2000, sobre protección internacional de adultos, que se aplica respecto a todos aquellos adultos que, por una disminución o insuficiencia de sus facultades personales, no están en condiciones de velar por sus intereses[5].

La antigua concepción por la cual las personas hacían todo su recorrido vital en el mismo país se ha visto modificado por la movilidad internacional impuesta por

3 Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica, BOE N° 132, de 3 de junio de 2021 (entrada en vigor el 3 de septiembre de 2021).

4 *Vid.* Echezarreta ferrer, M.: "La gerontomigración: una propuesta de investigación global para abordar el fenómeno complejo de la movilidad transfronteriza de personas mayores. Dimensión jurídica de las relaciones transfronterizas derivadas de la gerontoimigración", *REDI*, vol. 70-2, julio-diciembre 2018, pp. 223-229; Echezarreta ferrer, M. (dir.).: *El lugar europeo de retiro. Indicadores de excelencia para administrar la gerontoinmigración de ciudadanos de la Unión Europea en municipios españoles*, Comares, Granada, 2005.

5 Téngase en cuenta que el término "subnormal", discapaces", "incapaces", "limitados", o cualquier otro considerado despectivo -y por tanto, políticamente incorrecto- ha sido sustituido por el de "persona con discapacidad", generalmente aceptado por su carácter neutro. Cualquier terminología que aparezca en este trabajo, distinta de la mencionada, obedece a la transcripción textual o literal de la obra citada o referida

los tiempos actuales, de manera que es habitual que un adulto cambie de lugar de residencia hacia nuestro país. Pensemos en casos como el de una mujer nacional Belga que traslada su residencia a España porque su hija y nietos se mudan a Madrid y dicha ostenta poderes de representación otorgados por su madre en Bélgica y tiene dudas de si aquellos serán válidos y ejecutables en España; o bien el caso de un matrimonio alemán con un amplio patrimonio en Alemania, y ambos son residentes en Alicante, los cuales requieren medidas de apoyo ante la enfermedad mental recientemente diagnosticada; y así podríamos citar varios ejemplos más que por razones de espacio no es posible, pero que nos dejan de manifiesto el lazo de unión que presentan: la existencia de conflictos de leyes internacionales en su solución, la cual sólo es posible desde el Derecho Internacional Privado.

Estos y otros casos similares, ponen en un mismo plano a sistemas jurídicos estatales que el Derecho comparado nos presenta cargado de importantes diferencias, ya que los ordenamientos materiales de cada país no coinciden en el tratamiento de las figuras relativas a la capacidad jurídica y a la protección de las personas con discapacidad. En este sentido, vemos que la calificación depende de término tan variados como "demente", "incapaz", o "discapaz" y a su vez, puede responder a realidades diferentes en relación con su delimitación, la cuanto a la forma de determinación de las discapacidad y en la tipología de medidas jurídicas a aplicar, a lo que se suman las grandes diferencias desde el punto de vista del Derecho Procesal y el Derecho internacional estatal de los distintos países, lo que da lugar a una gran inseguridad jurídica, que incide negativamente en la protección de las personas vulnerables, cuando traspasan las fronteras españolas[6].

No obstante, y a pesar de que la protección de adultos es un tema clave para el Derecho internacional privado, siendo objeto de regulación internacional como se acaba de señalar, su tratamiento legal no ha sido coherente por parte del legislador español[7].

En España, si bien no contamos con cifras estadísticas fiables para dar cuenta del número de expedientes sobre capacidad que se resuelven por

6 Siguiendo en este razonamiento a Diago Diago, P.: "La nueva regulación de la protección de adultos en España en situaciones transfronterizas e internas (I)", *Diario La Ley*, Sección Doctrina, 15345/2020, 27-01-2021.

7 La doctrina ius privatista sobre la protección internacional de las personas con discapacidad es amplia, de la que destacan por su carácter crítico: Franzina, P.: "The Relevance of Private International Law to the Effective Realisation of the Fundamental Rights of Vulnerable Adults in Cross-Border Situations", en AA.VV.: *La voluntad de la persona en la protección jurídica de adultos. Oportunidades, riesgos y salvaguardia (*dir. por M. Pereña Vicente), Madrid, Dykinson, 2019, pp. 53-61; González Beilfuss, C.: "La protección de adultos en derecho internacional privado", en AA.VV.: *Estatuto personal y multiculturalidad de la familia,* Madrid (edit. por A. Calvo Carava y J. L. Iriarte Ángel), Colex, 2000, pp. 85-102; Álvarez González, S.: "Comentario al artículo 9, apartado 6" en AA.VV.: *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales* (edit. Ppor *M*. Albadalejo y S. Díez Alabart), tomo I, vol. 2, Aranzadi, Navarra, EDERSA, Madrid, 1995, pp. 259-295; Heredia Cervantes, I., "Artículo 9.6", en AA.VV.: *Comentarios al Código Civil* (dir. por R. Bercovitz Rodríguez-Cano), tomo I, Tirant lo Blanch, Valencia 2013, pp. 211-215.

nuestras autoridades[8], la solicitud de medidas de protección respecto a personas vinculadas a distintos ordenamientos jurídicos por su nacionalidad, así como la jurisprudencia de nuestros tribunales, permite apreciar otra fuente de problemas vinculados con la necesidad de acudir a una de las leyes personales que ostenta la persona plurinacional para determinar el Derecho aplicable al fondo del asunto.

La Ley 8/2021, antes citada, tiene como principal objetivo adecuar la legislación sustantiva y procesal civil española a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de Naciones Unidas, de 13 de diciembre de 2006[9] (CIDPD), de acuerdo con el avance en la lucha por potenciar la autonomía y el desarrollo de las personas con discapacidad intelectual[10].

Por esta nueva normativa quedan modificadas: la Ley del Notariado, el Código Civil; la Ley Hipotecaria, la Ley de Enjuiciamiento Civil; la Ley de protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la Normativa Tributaria con esta finalidad; la Ley del Registro Civil, y en la Ley de la Jurisdicción Voluntaria y todo ello para adaptar la normativa española al artículo 12 de la CIDPD, que es el que dispone que "las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida"[11].

Una de las modificaciones más destacadas es la eliminación de la tutela y la patria potestad prorrogada o rehabilitada en el ámbito de la discapacidad, que se mantendrán exclusivamente como instituciones propias de la minoría de edad. La principal medida de apoyo pasa a ser la curatela, una figura con carácter asistencial que sólo tendrá carácter representativo en los casos especialmente graves[12]. Bajo esta fórmula legal, la protección de las personas con discapacidad implica la restricción total o parcial de su capacidad de obrar, acompañada del

8 Así lo expresa Adroher Biosca, "el impacto sociológico de este tema en nuestro país es indudable. Si bien no existen estadísticas oficiales en España sobre el número de personas cuya capacidad ha sido modificada judicialmente, se barajan datos de entre 250.000 a 400.000 personas sometidas a sentencias de incapacitación judicial y entre ellos cada vez más destacable, el número de extranjeros", *Vid* Adroher Biosca, S.: "La protección de adultos en el Derecho internacional privado español: novedades y retos", *REDI*, Vol 71/1, enero-junio 2019, Madrid, p. 164.

9 Ratificada en 2008 por España, *BOE* núm. 96, de 21 de abril de 2008.

10 Sobre ello es muy interesante el estudio realizado por Blázquez, D.: *Los derechos de las Personas Mayores. Perspectivas sociales, jurídicas, políticas y filosóficas*. Madrid, Dykinson, 2006.

11 Sobre esta reforma resultan muy oportunas las consideraciones realizadas en esta misma revista por Sánchez Hernández, A.: "Aspectos generales de la reforma del código civil relativa a las personas con discapacidad intelectual en el ejercicio de su capacidad jurídica", *Revista Boliviana de Derecho*, núm. 33, enero 2022, pp. 14-51.

12 *Vid.* sobre la reforma de lorenzo garcía, R. y Pérez Bueno, L. (dirs.): *Comentarios a la Ley 8/2021 por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad*, Serie Derecho de la discapacidad, Aranzadi, Navarra, Vol. III, 2021; Goñi Huarte, E.: "La necesaria reforma del Código Civil en materia de discapacidad", en AA.VV.: *La persona en el Siglo. XXI. Una visión desde el Derecho* (dir por A. Roldán Martínez), Thomson-Reuters-Aranzadi, Navarra, 2019, pp. 191-239.

nombramiento judicial de un tutor, representante legal o -en su caso- de un curador, nombramiento que deberá determinar los actos para los que resulte preceptiva su intervención o autorización[13].

Las situaciones transfronterizas relativas a la protección internacional de adultos plantean cuestiones que son desconocidas para los casos "puramente nacionales". En particular, las situaciones internacionales traen consigo la necesidad práctica de identificar el Estado cuyas autoridades tienen competencia sobre el asunto; determinar la ley aplicable a la determinación de la protección; al mismo tiempo, evaluar si corresponde aplicar una medida de protección no voluntaria al sujeto, bajo el mandato de las autoridades de un Estado, y es más, si el mandato dictado de conformidad con la ley de dicho Estado puede tener efecto a en otro; también traen consigo la necesidad de determinar si, y por qué medios, las autoridades de un Estado puede ser llamadas para ayudar a las autoridades de otro Estado a proporcionar a un adulto la protección que pueda necesitar (por ejemplo, con el fin de determinar el paradero del adulto en cuestión).

Como se ha señalado, el sistema jurídico español se encuentra inmerso en una profunda transformación de la normativa vigente, de acuerdo con los compromisos adoptados al firmar la CIDPD, así como los derivados de la protección de los derechos humanos[14] todo lo cual incidido necesariamente en el ámbito del Derecho internacional privado dado que para determinar el Derecho aplicable a las medidas de apoyo a las personas con discapacidad deben ser tenidos en cuenta dos momentos claves: las medidas ex ante y las medidas ex post[15].

Entre las medidas a tomar con carácter previo debemos distinguir entre las que se aplicarán desde un punto de vista procesal con carácter previo al desarrollo del procedimiento principal de incapacidad, las cuales son habituales en este tipo de procesos, y las que refuerzan la autonomía de la persona para decidir su modelo de protección, antes de que se produzca el menoscabo en sus capacidades, y

13 Polonia, Hungría, Grecia y Luxemburgo representan este modelo de regulación. Legislación disponible en la página web de la Comisión Internacional del Estado Civil, http://www.ciec1.org/SITECIEC/PAGE_Droit/4A8AAIEBTil3S2xHTmRWT0dTGQA?WD_ACTION_=MENU&ID=A59&_WWREFERER_=http%3A%2F%2Fwww.ciec1.org%2F&_WWNATION_=5, consultada el 29/03/2022.

14 *Vid* Martínez Ques, Á.: "La protección jurídica de las personas mayores desde la perspectiva de los derechos humanos", *Revista de Derecho UNED,* núm. 17, 2015, pp. 1067-1102

15 *Vid* en este mismo sentido crítico, las aportaciones realizadas por Heredia Sánchez L. S. "La responsabilidad del Estado español de la adecuada protección de la persona adulta en España en casos internacionales: un reto pendiente", en AA. VV.: *Responsabilidad social y transparencia. Una lectura desde el Derecho internacional privado* (dir. por A. Ortega Giménez y coord. por L. Heredia Sánchez), Thomson-Reuters-Aranzadi, Navarra, 2022, pp. 131-156. También sobre este tema: Adroher Biosca, S.: "Derecho aplicable a las medidas de apoyo a la discapacidad en supuestos internacionales", en AA.VV.: *El ejercicio de la capacidad jurídica por las personas con discapacidad tras la ley 8/2021 de 2 de junio (*dir. por M. Pereña Vicente y M. Heras Hernández), Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, pp. 446-463; Adroher Biosca, S.: "La protección de los mayores vulnerables. Una cuestión pendiente, en AA.VV.: *Nuevos conflictos del Derecho de Familia (*dir. por E. Llamas Pombo), Wolters Kluwer, Madrid, 2009, pp. 719-757.

tienen cierta independencia respecto de las medidas adoptadas por autoridades administrativas o judiciales las cuales han sido objeto de olvido por parte del legislador español en sede internacional, a pesar del protagonismo de la autonomía de la voluntad del que hace la gala la reforma jurídica llevada a cabo por el estado español.

El Derecho aplicable a estas medidas cautelares o urgentes en Derecho español tienen respaldo en la *lex fori* y es necesario decretarlas antes de que el problema de salud se haya presentado o la situación de generadora de la incapacidad, haya desplegado sus efectos[16].

En cuanto a las medidas provisionales -o urgentes- de protección, se prevé la aplicación de la ley española, por lo que el CC hace directamente aplicable el Derecho material español. En nuestra opinión, la introducción de este precepto es conveniente, para favorecer la pronta adopción de medidas de protección de los mayores que, por su carácter urgente, deban de ser tomadas lo antes posible. Sin embargo, no encontramos una norma que determine el Derecho aplicable a las medidas voluntarias de apoyo cuando se trata de dar poderes ante autoridad española o bien de hacer valer los que se dispongan ante autoridad extranjera. Ante la disfunción que presenta la norma, y calificando como "representación voluntaria" a estas medidas, se daría el doble o triple supuesto de aplicación de varias normas, visto así: si las medidas son conferidas en España se aplicará Derecho español, pero si te trata, de facultades a ejercer en el extranjero, se aplicará el Derecho de tal país[17].

Para la determinación de la ley aplicable en materia de protección de los mayores de edad, el CC español contiene la norma de conflicto, recogida en el artículo 9.6, tras sucesivas reformas *legales:* "La ley aplicable a las medidas de apoyo para personas con discapacidad será la de su residencia habitual. En el caso de cambio de residencia a otro Estado, se aplicará la ley de la nueva residencia habitual, sin perjuicio del reconocimiento en España de las medidas de apoyo acordadas en otros Estados. Será de aplicación, sin embargo, la ley española para la adopción de medidas de apoyo provisionales o urgentes".

16 *Vid* Adroher Biosca, S.: "La ratificación del Convenio de la Haya sobre protección de adultos del 2000 ante la reforma del Derecho español de discapacidad", en AA.VV.: *Claves para la adaptación del ordenamiento jurídico privado a la Convención de Naciones Unidas en materia de discapacidad* (dir. por S. de Salas Murillo y Mª. V. Mayor del Hoyo), Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 445-466; Durán Ayago, A.: "Nuevos escenarios en la protección internacional de adultos", en AA.VV.: *Protección jurídica de los mayores* (dir. por A. Alonso Pérez, E. Martínez Gallego y J. Reguero Celada), Editorial La Ley, Madrid, pp. 443-470.

17 Sobre esta cuestión ya tuve oportunidad de analizar los distintos mecanismos de protección en Heredia Sánchez, L. S.: "La adecuada protección internacional de la persona adulta en España. Un reto pendiente", en AA.VV.: *Sistemas Jurídicos de Europa y Latinoamérica. Tendencias Actuales (*dir. por N. Febles Pozo y S. Pereira Puigver), Editorial Diké, Colombia, 2022, pp. 501-526.

El supuesto de hecho recogido en esta norma cambia la denominación de la protección de las personas mayores de edad, por medidas de apoyo, lo que ha sido duramente criticado por la doctrina, al considerar que el legislador ha hecho un "cambio estético"[18]. Del mismo destacan dos aspectos: el primero, es que este precepto no habla de personas incapaces, tampoco de "personas con la capacidad modificada judicialmente", de manera que hace referencia a las medidas que sea necesario adoptar para proteger a las personas mayores, por su condición de especial vulnerabilidad, sin necesidad de una previa declaración de incapacidad del sujeto. Y el segundo, que el artículo 9.6 CC, al no seguir lo dispuesto en la CHPA, contiene una norma poco flexible dejando fuera el interés del adulto, previsto en el artículo 13 de dicho convenio.

A la vista de lo expuesto, y desde una postura crítica, es necesario tener en cuenta que dado que existen sistemas jurídicos en el mundo que se adscriben al modelo tradicional, que se basa en la modificación de la capacidad primero y en la adopción de una medida de *protección a posteriori*, y dada la pervivencia del art. 9.1 del CC, que determina la ley aplicable a la capacidad, esta reforma podría generar un efecto contradictorio y no deseado, pues los jueces españoles deberán aplicar en algunos casos -y respecto de extranjeros procedentes de determinados países- su ley nacional para modificar su capacidad y a la vez -por otro lado- la ley española para adoptar la medida de apoyo, lo que puede dar lugar a situaciones contradictorias[19].

En relación con las medidas de carácter posterior, *ex post*, partiendo del hecho procesal que supone que un tribunal español se ha declarado competente para conocer de una petición de modificación de la capacidad de una persona, y en su caso, de la disposición de medidas de protección, la determinación del Derecho aplicable (recordemos el caso consultado por los Servicios Sociales de un Ayuntamiento de Alicante, en cuanto a una ciudadana alemana con residencia habitual en España) abre dos cauces: primero, el de la determinación de las cuestiones relativas a la capacidad y segundo, el de las medidas de protección respecto a la persona y sus bienes.

Si analizamos la conexión de este apartado con el art. 9.1 del propio CC, puede afirmarse que esta interpretación extensiva plantearía problemas de coordinación en el sistema de Derecho internacional privado español, que tal

18 Adroher Biosca, S.: "Derecho aplicable", cit., pp. 455-456.

19 Para comprender la génesis de este artículo, así como las distintas modificaciones sufridas a los largo de estos años, además de los comentarios realizado por el profesor Santiago Álvarez, citados *supra*, conviene tener en cuenta los realizados por Fernández Rozas, J. C.: "Artículo 9.6", en AA.VV.: *Comentarios al Código Civil*, tomo 1, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, pp. 90 y ss.; Carrascosa González, J.: "Articulo 9.6", en AA.VV.: *Jurisprudencia civil comentada. Código Civil* (dir por *M*. Pasquau Liaño), Comares Granada, 2000, Tomo I, pp. 169 y ss; Iriarte Ángel, J. L.: "Artículo 9.6", en AA.VV.: *Comentario del Código Civil* (coord. por I. Sierra Gil de la Cuesta), tomo 1, Bosch, 2ª ed., Madrid, 2006, pp. 130 y ss.

y como ya se ha apuntado, mantiene como regla básica lo dispuesto en dicho artículo 9.1 CC al establecer que la capacidad y el estado civil de las personas físicas, se regirán por la ley de su nacionalidad.

A la vista de este precepto, parece claro que es más apropiado entender que el ámbito de aplicación del art. 9.6 CC se refiere a la organización, terminación y control de las instituciones de protección de la persona mayor de edad; y todo lo relacionado con la extensión y límites de la incapacitación, quedaría comprendido en el ámbito de aplicación del 9.1 CC como ya se analizó en el capítulo anterior. En la práctica, el hecho de que ambos preceptos empleen puntos de conexión diferentes, puede dar lugar a que, para la determinación de la incapacitación de una persona, resulte aplicable una ley, su ley personal, pero para la determinación de las medidas de protección de esa misma persona, se aplique otra ley distinta, la que coincide con su residencia habitual.

En lo relativo a la concreción de la residencia habitual, ésta se ha de acreditar en el momento de presentación de la solicitud de tales medidas de protección. El punto de conexión de la residencia habitual, con la finalidad de evitar la problemática del conflicto móvil[20] y a pesar de que puede sufrir alteraciones con cierta facilidad, merece una valoración positiva, ya que, si se produce un cambio en la residencia habitual de la persona mayor de edad, la ley aplicable será la de la nueva residencia habitual.[21] Sin embargo, se ha perpetuado la fractura dentro del sector del Derecho aplicable, en relación con lo establecido en el art. 9.1 CC donde la aplicación de la ley nacional a las cuestiones de capacidad, se ha mantenido inalterable[22].

Coincidiendo con la doctrina antes citada carece de sentido considerar que la ley que regule la modificación de la capacidad siga siendo la ley personal -nacional en virtud del art. 9.1 del CC- y sin embargo, la de la residencia habitual sea la que regule las medidas concretas de protección en aplicación del art. 9.6 CC. Esta "bicefalia jurídica" puede generar problemas de interpretación, de armonización

20 El conflicto móvil se presenta cuando, debido a un cambio en las circunstancias que sirven para determinar el punto de conexión de la norma de conflicto, se produce a su vez un cambio en la ley aplicable a la situación privada internacional. Ello puede deberse a un cambio en el tiempo, un cambio de Estado, desaparición de éste, adquisición de una nueva nacionalidad, o incluso pérdida de la nacionalidad, un cambio de seco, entre otras causas. Sobre las características y valoraciones que tiene en el Derecho internacional privado español este problema de aplicación de la norma de conflicto, *Vid.* Calvo Caravaca, J. L y Carrascosa González, J.: *Tratado de Derecho internacional Privado*, Parte I, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, p. 228.

21 Sobre las ventajas del criterio de la residencia habitual para determinar el Derecho aplicable a estos supuestos, resulta muy interesante el trabajo realizado por el profesor de la Universidad de Liége, desde la perspectiva del Derecho belga, y que puede ser consultado en Wautelet, P.: "La gestion du patrimoine de l'incapable délocalisé-quelques leçons à l'attention de la pratique", *Chroniques Notariales* , vol. 53, pp. 150-198, disponible en https://orbi.uliege.be/bitstream/2268/88332/1/2-Gestion%20du%20patrimoine.pdf, consultado el 15/05/2022.

22 Sobre este asunto es muy crítica Vaquero López, M. C.: "Nuevas normas de Derecho Internacional Privado estatal en materia de protección de adultos", *Anuario español de Derecho Internacional Privado*, T. XVI, 2016, p. 401.

y de adaptación de la normativa a casos internacionales, pero, sobre todo, es una situación que no está alineada con las tendencias modernas en materia de protección de las personas, que se dirigen a la identificación entre *forum* y *ius,* basados en el principio de proximidad que representa el foro y la ley de la residencia habitual[23].

Como se ha señalado, con respecto a las medidas provisionales o urgentes de protección, tenemos en el CC una disposición clara a favor de la *lex fori*, lo que parece lógico si tenemos en cuenta que las medidas definitivas dependen de la ley correspondiente con la residencia habitual, en el intento del legislador de hacer coincidir foro y ius, en definitiva, una justificación práctica evidente en relación con todas las medidas en las que las autoridades judiciales o administrativas cumplan funciones de supervisión, control, representación o efectiva guarda, en estos casos va a resultar más fácil aplicar la medida prevista por nuestra legislación, que proceder a una adaptación entre la medida prevista por la ley extranjera en función de una institución de protección también extranjera, procediendo a no siempre fáciles juicios de equivalencia de garantías y de autoridades.

Este eventual desajuste entre la institución o régimen de protección extranjeros y la medida urgente y, sobre todo, provisional conforme a la ley (española) de la residencia habitual es un precio que no ha de juzgarse demasiado alto, teniendo en cuenta que en última instancia el interés de proteger a la persona con discapacidad es el fin de toda medida.

A la vista de lo expuesto, se constata que con el punto conexión empleado hacia el de la residencia habitual se logra una armonización entre el sector de la competencia judicial internacional y el del Derecho aplicable, de forma tal que los tribunales españoles serán competentes si coinciden con la residencia habitual del sujeto, y aplicarán su propia ley, el Derecho español, si es el de la residencia habitual[24].

Así, se evitan problemas de aplicación frecuentes en Derecho internacional privado como la aplicación de la cláusula de orden público, el reenvío o los derivados de la prueba del Derecho extranjero[25] y merece destacar que con

23 En este mismo sentido, *Vid* Borrás Rodríguez, A.: "La protección internacional del niño y del adulto como expresión de la materialización del Derecho Internacional Privado: similitudes y contrastes", en AA.VV.: *Pacis Artes. Obra homenaje al profesor Julio D. Gonzalez Campos,* vol. 2, Editer, Madrid, 2005, pp. 1287-1308.

24 Sobre esta dicotomía y sus negativas consecuencias *Vid* muñóz fernández, A.: "Intervención pública y autonomía de la voluntad en la protección internacional de los incapaces", *Persona y Derecho*, núm. 72, 2015/1, pp. 293-294.

25 Sobre el régimen de alegación y prueba del Derecho extranjero en Derecho internacional privado español, por todas *Vid.* Ortega Giménez, A.: "La alegación y prueba del Derecho extranjeros tras la nueva Ley de Cooperación Jurídica Internacional", *Revista Vasca de Derecho Procesal y Arbitraje*, Tomo XXXII, núm. 2, 2020, pp. 273-288; Ortega Giménez, A.: *Teoría y práctica del régimen de alegación y prueba del Derecho extranjero en España*, Thomson-Reuters-Aranzadi, Navarra, 2020.

la inclusión de esta regla se resuelve el eventual conflicto móvil que puede plantearse, cuando se producen traslados posteriores al país de origen o bien a otros estados. No obstante, subsiste la diferencia entre las medidas protectoras y las medidas urgentes, e incluso podrían plantearse dificultades de calificación, ya que una misma medida puede tener a la vez carácter urgente, carácter provisional y carácter protector respecto al adulto sujeto de protección.

III. IDEAS FINALES A MODO DE CONCLUSIONES.

Tras analizar las modificaciones realizadas con la entrada en vigor de la nueva normativa sobre protección de las personas con discapacidad, que afectan a la norma de conflicto del CC, art.9.6 podemos concluir lo siguiente:

Primero: El sistema jurídico español sobre protección de adultos ha sufrido varias modificaciones, tanto de fondo como de forma, y "la gran reforma civil de la materia", de la mano de la necesaria incorporación a nuestro ordenamiento jurídico de la Convención de las Naciones Unidas sobre protección a las personas con discapacidad, debe ir acompañada de la ratificación por España de los instrumentos internacionales que regulan los aspectos transfronterizos de la protección de adultos, como es el caso de la Convención de la Haya del 2000.

Resulta llamativo que dentro del ámbito de aplicación del Convenio se incluye también la determinación de la incapacidad. Por lo tanto, en los casos en que resulte de aplicación dicho instrumento, la ley aplicable para la determinación de la incapacidad de un adulto, va a coincidir con la ley aplicable para determinar las medidas de protección a adoptar (salvo las urgentes). Ello difiere con nuestro sistema de Derecho internacional privado en el que -como se ha dicho- tenemos una norma de conflicto para la determinación de la incapacidad, y otra para la adopción de las medidas de protección (arts. 9.1 y 9.6 CC respectivamente) que emplean puntos de conexión diferentes: ley personal (con todo lo que ello supone desde el punto de vista de la plurinacionalidad) y ley de la residencia habitual.

Segundo: Si bien el cambio del punto de conexión de la nacionalidad a la residencia habitual introducido en 2015 y reforzado en 2021, es positivo, puede plantear dificultades en la medida en que este concepto jurídico se entiende de forma desigual por las leyes estatales, e incluso en la aplicación de los instrumentos europeos que utilizan este criterio de conexión para la determinación de la ley aplicable. De manera que a falta de un instrumento que, al menos en el ámbito de la UE permita unificar estos criterios respecto a la protección internacional de adultos, resultan totalmente adecuadas las consideraciones realizadas por Carrascosa González, en cuanto a las sucesiones internacionales por la estrecha relación que guarda con este tema, como ya se ha apuntado.

Tercero: El criterio de la residencia habitual para la determinación del Derecho aplicable a la protección del adulto, se ha producido con la intención de alcanzar una reglamentación completa y satisfactoria de las múltiples situaciones jurídicas internacionales de nuestro tiempo y por ser la fórmula predominante en el Derecho internacional privado convencional nacido de los tratados internacionales suscritos por España, con clara referencia a los elaborados en la Conferencia de La Haya de Derecho internacional privado. Esta conexión ha ido adquiriendo una importancia creciente en el plano conflictual respecto al estatuto personal en el que determinados aspectos se rigen por la ley personal y otros por los derivados de la residencia habitual de la persona.

Así, cuando la capacidad y la protección de las personas con discapacidad se rigen por leyes distintas (tal y como sucede en Derecho internacional privado español), este "reparto" puede dar lugar a importantes problemas: puede ocurrir que una persona sea capaz según su ley personal -o una de ellas- pero al mismo tiempo, ser declarada incapaz conforme el Derecho español por coincidir con el de su residencia habitual, o por cualquier otro Derecho de otro estado en el que tenga dicha residencia fijada, con nombramiento de tutor incluido y el acto jurídico a realizar por la persona -p.ej. compra de un bien inmueble- debe ser realizado por la persona que tenga la tutela del incapaz. ¿Qué ley rige esta cuestión? En estos casos "primará" la ley que rige la capacidad del sujeto, ya que la protección es un remedio legal a la posible incapacidad.

Cuarto: La descoordinación descrita, puede tener su origen en que la ley que rige la capacidad determine que la persona es incapaz, y sin embargo, que la ley aplicada a la protección de la persona no establezca medidas de protección respecto a ésta, ante esta situación nos preguntamos: ¿Cómo se resuelve esta cuestión? La respuesta está clara siempre que la ley personal y la aplicada a la protección coincidan, pero si no es así, como suele suceder en los supuestos de plurinacionalidad, y la causa como la sordera o la ceguera es tratada de forma diferente a efectos de que sea considerada causa de incapacidad, el problema persiste.

Quinto: Ante la necesidad de garantizar una protección sin fisuras en estos casos, conviene delimitar la ley aplicable a la capacidad y a la protección del incapaz, así cuando la ley que rige la protección no coincide con la ley personal del sujeto, es preferible que la ley que rige la protección sea también la ley que determine la extensión de la capacidad.

BIBLIOGRAFÍA

Acedo Penco, A.: *Introducción al Derecho Privado y Derecho de la Persona,* Dykinson, Madrid, 2019, 3ª edición.

Adroher Biosca, S.:

- "Derecho aplicable a las medidas de apoyo a la discapacidad en supuestos internacionales", en AA.VV.: *El ejercicio de la capacidad jurídica por las personas con discapacidad tras la ley 8/2021 de 2 de junio* (dir. Por M. Pereña Vicente, y M. Heras Hernández), Tirant lo Blanch, Valencia, 2022.

- "La protección de adultos en el Derecho internacional privado español: novedades y retos", *REDI*, Vol 71/1, enero-junio 2019, Madrid.

- "La protección de los mayores vulnerables. Una cuestión pendiente, en AA.VV.: *Nuevos conflictos del Derecho de Familia* (Coord. por E. Llamas Pombo), Wolters Kluwer, Madrid, 2009.

- "La ratificación del Convenio de la Haya sobre protección de adultos del 2000 ante la reforma del Derecho español de discapacidad", en AA.VV.: *Claves para la adaptación del ordenamiento jurídico privado a la Convención de Naciones Unidas en materia de discapacidad* (dir. por S. de Salas Murillo y Mª. V. Mayor Del Hoyo), Tirant lo Blanch, Valencia, 2019.

Álvarez González, S.: "Comentario al artículo 9, apartado 6", en *Comentarios al Código Civil y Complilaciones Forales* (edit. por M. Albadalejo y S. Díez Alabart), Aranzadi, Navarra, Tomo1, Vol 2, EDERSA, Madrid, 1995.

Blázquez, D.: *Los derechos de las Personas Mayores. Perspectivas sociales, jurídicas, políticas y filosóficas,* Madrid, Dykinson, 2006.

Borrás Rodríguez, A.: "La protección internacional del niño y del adulto como expresión de la materialización del Derecho Internacional Privado: similitudes y contrastes", en AA.VV.: *Pacis Artes. Obra homenaje al profesor Julio D. Gonzalez Campos,* vol. 2, Editer, Madrid, 2005.

Calvo Caravaca, A. L. y Carrascosa González, J.: *Tratado de Derecho internacional Privado*, vol. I, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021.

Carrascosa González, J.: "Articulo 9.6", en AA.VV.: *Jurisprudencia civil comentada. Código Civil* (dir. por M. Pasquau Liaño), tomo I, Comares, Granada, 2000.

Castán Pérez-Gómez, S.: *Discapacidad y Derecho Romano*, Editorial Reus, Madrid, 2019.

De Lorenzo García, R. y Pérez Bueno, L. (dirs.): *Comentarios a la Ley 8/2021 por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad,* Serie Derecho de la discapacidad, Thomson-Reuters-Aranzadi, Navarra, vol. III, 2021.

Diago Diago, P.: "La nueva regulación de la protección de adultos en España en situaciones transfronterizas e internas (I)", *Diario La Ley*, Sección Doctrina, 15345/2020, 27/01/2021.

Durán Ayago, A.: "Nuevos escenarios en la protección internacional de adultos", en AA.VV.: *Protección jurídica de los mayores* (edit. Por M. Alonso Pérez, E. M., Martínez Gallego y J. Reguero Celada), Editorial La Ley, Madrid.

Echezarreta Ferrer, M.: "La gerontomigración: una propuesta de investigación global para abordar el fenómeno complejo de la movilidad transfronteriza de personas mayores. Dimensión jurídica de las relaciones transfronterizas derivadas de la gerontoimigración", *REDI*, vol. 70-2, julio-diciembre 2018.

Echezarreta Ferrer, M. (dir.*): El lugar europeo de retiro. Indicadores de excelencia para administrar la gerontoinmigración de ciudadanos de la Unión Europea en municipios españoles,* Comares, Granada, 2005.

Fernández Rozas, J. C.: "Artículo 9.6", en AA.VV.: *Comentarios al Código Civil*, tomo 1, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991.

Franzina, P.: "The Relevance of Private International Law to the Effective Realisation of the Fundamental Rights of Vulnerable Adults in Cross-Border Situations", en AA.VV.*: La voluntad de la persona en la protección jurídica de adultos. Oportunidades, riesgos y salvaguardias* (dir. por M. Pereña Vicente), Madrid, Dykinson, 2019.

González Beilfuss, C.: "La protección de adultos en derecho internacional privado", en AA.VV.: *Estatuto personal y multiculturalidad de la familia* (edit. por A. Calvo Caravaca y J. L. Iriarte Ángel*),* Madrid, Colex, 2000.

Goñi Huarte, E.: "La necesaria reforma del Código Civil en materia de discapacidad", en AA.VV.: *La persona en el S.XXI. Una visión desde el Derecho* (dir. por A. Roldán Martínez*),* Aranzadi, Navarra, 2019.

Guilarte Martín-Calero, C. (dir).: *Comentarios a la Ley 8/2021 por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad*, vol. III, Aranzadi, Navarra, 2021.

Heredia Cervantes, I.: "Artículo 9.6", en AA.VV.: *Comentarios al Código Civil* (dir. por R. Bercovitz Rodríguez-Cano), Tomo I, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, 2013.

Heredia Sánchez L. S.:

- "La adecuada protección internacional de la persona adulta en España. Un reto pendiente", en AA.VV.: *Sistemas Jurídicos de Europa y Latinoamérica. Tendencias Actuales (*dir. por N. Febles Pozo y S. Pereira Puigver), Editorial Diké, Colombia, 2022.

- "La responsabilidad del Estado español de la adecuada protección de la persona adulta en España en casos internacionales: un reto pendiente", en AA. VV.: *Responsabilidad social y transparencia. Una lectura desde el Derecho internacional privado* (dir. por A. Ortega Giménez y coord. por L. Heredia Sánchez), Thomson-Reuters-Aranzadi, Navarra, 2022.

Iriarte Ángel, J. L.: "Artículo 9.6", en AA.VV.: *Comentario del Código Civil (*coord. por *I.* Sierra Gil De La Cuesta), tomo 1, Bosch, 2ª ed., Madrid, 2006.

Martínez Ques, Á.: "La protección jurídica de las personas mayores desde la perspectiva de los derechos humanos", *Revista de Derecho UNED*, núm. 17, 2015.

Morcillo Moreno, J. (dir).: *Discapacidad intelectual y capacidad de obrar. De la sustitución de la voluntad al apoyo en la toma de decisiones,* Tirant lo Blanch, Valencia, 2019.

Muñoz Fernández, A.: "Intervención pública y autonomía de la voluntad en la protección internacional de los incapaces", *Persona y Derecho,* núm. 72, 2015/1.

Ortega Giménez, A.:

- "La alegación y prueba del Derecho extranjero tras la nueva Ley de Cooperación Jurídica Internacional", *Revista Vasca de Derecho Procesal y Arbitraje*, Tomo XXXII, núm. 2, 2020.

- *Teoría y práctica del régimen de alegación y prueba del Derecho extranjero en España*, Thomson-Reuters-Aranzadi, Navarra, 2020.

Sánchez Hernández, A.: "Aspectos generales de la reforma del código civil relativa a las personas con discapacidad intelectual en el ejercicio de su capacidad jurídica", *Revista Boliviana de Derecho*, núm, 33, enero 2022.

TORRES COSTAS, M. E.: *La capacidad jurídica a la luz del artículo 12 de la Convención de Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad,* Agencia Estatal BOE, Madrid (Colección Derecho Privado), 2020.

VAQUERO LÓPEZ, M. C.: "Nuevas normas de Derecho Internacional Privado estatal en materia de protección de adultos", *Anuario español de Derecho Internacional Privado*, T. XVI, 2016.

WAUTELET, P.:"La gestion du patrimoine de l'incapable délocalisé-quelques leçons à l'attention de la pratique", *Chroniques Notariales* , vol. 53, disponible en https://orbi.uliege.be/bitstream/2268/88332/1/2-Gestion%20du%20patrimoine.pdf, consultado el 15/05/2022.

LA REVOCACIÓN DEL MANDATO EN EL NUEVO CONSTITUCIONALISMO LATINOAMERICANO. ASPECTOS TEÓRICOS

THE REVOCATION OF MANDATE IN THE NEW LATIN AMERICAN CONSTITUTIONALISM. THEORETICAL ASPECTS

Rev. Boliv. de Derecho Nº 34, julio 2022, ISSN: 2070-8157, pp. 632-655

Elia DOMINGO BARBERÁ

ARTÍCULO RECIBIDO: 6 de junio de 2022
ARTÍCULO APROBADO: 15 de junio de 2022

RESUMEN: En el presente artículo se introduce la institución de la revocación del mandato político y el cambio de visión y paradigma que la misma puede suponer al incluirla en los sistemas constitucionales. Se analiza la institución en las distintas constituciones que la recogen, si bien se detiene en las constituciones de Latinoamérica diferenciando el tratamiento que se da a dicha institución en el constitucionalismo latinoamericano tradicional, así como en el Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano. Existe entre ambos una diferencia sustancial: la inclusión de la revocación del mandato como un instrumento de democracia participativa, o su inclusión como una forma de entender el sistema político de un país, donde los ciudadanos vuelven a tener voz directa respecto las actuaciones de sus representantes políticos, introduciéndose replanteamientos sobre el mandato imperativo.

PALABRAS CLAVE: Revocación del mandato; democracia participativa; democracia representativa; mandato imperativo; Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano; control político.

ABSTRACT: *This article introduces the institution of the revocation of the political mandate and the change of vision and paradigm that it may entail by including it in constitutional systems. It analyzes the institution in the different constitutions that include it, although it focuses on the constitutions of Latin America, differentiating the treatment given to this institution in traditional Latin American constitutionalism, as well as in the New Latin American Constitutionalism. There is a substantial difference between the two: the inclusion of the revocation of the mandate as an instrument of participatory democracy, or its inclusion as a way of understanding the political system of a country, where citizens once again have a direct voice with respect to the actions of their political representatives, introducing a rethinking of the imperative mandate.*

KEY WORDS: *Revocation of mandate; recall; participatory democracy; representative democracy; imperative mandate; New Latin American Constitutionalism; political control.*

SUMARIO.- I. CONCEPTO DE LA INSTITUCIÓN DE LA REVOCACIÓN DEL MANDATO POLÍTICO.- II. LA REVOCACIÓN DEL MANDATO EN EL DERECHO CONSTITUCIONAL COMPARADO CONTEMPORÁNEO.- III. LA REVOCACIÓN DEL MANDATO EN EL CONSTITUCIONALISMO LATINOAMERICANO TRADICIONAL.- IV. LA REVOCACIÓN DEL MANDATO EN EL NUEVO CONSTITUCIONALISMO LATINOAMERICANO.- V. DIFERENCIA EN EL TRATAMIENTO DADO EN EL NUEVO CONSTITUCIONALISMO LATINOAMERICANO CON EL CONSTITUCIONALISMO LATINOAMERICANO TRADICIONAL.- VI. BREVE REFERENCIA DE LA PRÁCTICA DE LA REVOCACIÓN DEL MANDATO EN EL NUEVO CONSTITUCIONALISMO LATINOAMERICANO.- VII. CONCLUSIONES.

I. CONCEPTO DE LA INSTITUCIÓN DE LA REVOCACIÓN DEL MANDATO POLÍTICO.

La revocación del mandato como tal no podemos desligarla de su raíz como institución civil y entenderla, en un primer momento, como el acto por el cual se extingue el mandato de representar una persona a otra para el cumplimiento de uno o más actos jurídicos. La revocación de dicho mandato comportará la extinción de dicho contrato por decisión unilateral, fundamentada en la desaparición de la confianza del mandante en el mandatario, dejando sin efecto la representación encargada.

Este mandato de carácter civil, se trasladó al escenario político de los sistemas democráticos donde la gran masificación de individuos en una sociedad, hacía insostenible su participación directa en los asuntos públicos, adaptándose esta institución contractual privada, a la concepción del contrato social generada ya en Europa en el siglo XVIII[1]. Surgió con ello el mandato político que establecía la relación entre gobernante y gobernado, por el cual el gobernante se obligaba a la gestión y decisión de los asuntos públicos buscando el interés general del gobernado[2]. Sin embargo la adaptación generada crea cierta complejidad teniendo en cuenta que las características de los sujetos intervinientes, así como el objetivo a cumplir

1 No podemos dejar de citar a los teóricos como Locke, en Inglaterra, Rousseau, en Francia en cuanto a las teorías contractualistas de los siglos XVII y XVIII.

2 El análisis del concepto de mandato político nos llevará a plantear la diferencia entre los dos tipos de mandato, el imperativo y representativo, siendo el representativo el que ha imperado en los orígenes de la democracia liberal y el que se ha trasladado a las constituciones modernas. Desde la Revolución Francesa, la aparición del concepto de nación como entidad jurídica unitaria que comprendía al conjunto de los ciudadanos, ostentando ésta la soberanía (y no los ciudadanos considerados individualmente) supuso una modificación sustancial en la forma en que el pueblo iba a ser representando, confiriendo los representantes un mandato que no se limitara única y exclusivamente a las órdenes dadas por los representados (que es lo que suponía el mandato imperativo propio del Antiguo Régimen), sino que con el nuevo "mandato representativo" los representantes asumían una responsabilidad autónoma de acción que confería a los representantes un poder particularmente amplio de decisión en cuanto a las acciones que adoptar en beneficio de la nación.

• Elia Domingo Barberá
Doctora en Derecho. Profesora Asociada de Derecho Constitucional de la Universidad Carlos III de Madrid. Correo electrónico: elia.domingo@uc3m.es.

ofrecen matices a tener en cuenta. Y con ello la revocación de dicho mandato político también tendrá características distintas al mandato del derecho civil, con las vicisitudes típicas de las instituciones políticas. De este modo, "en el ámbito constitucional, el mandato se configura como un instrumento institucionalizado cuya finalidad se orienta a la participación indirecta de los ciudadanos en los asuntos públicos. Por su parte, la revocación constituye un procedimiento a través del cual los electores pueden destituir a un cargo público con anterioridad a la expiraciónn del periodo para el que fue elegido"[3].

Distintos autores han definido la revocación del mandato[4], pudiendo sintetizar su concepto en la consideración de un derecho político que corresponde a los electores y que se hace efectivo a través de un proceso que desemboca en una votación directa, que tiene carácter voluntario y es convocado por los mismos electores, permitiéndoles revocar el mandato conferido a sus representantes políticos al haber perdido la confianza en ellos, antes de que concluya el periodo por el que fueron elegidos.

En la democracia actual la inclusión de la revocación del mandato se prevé en algunos países, bien reconocida en las constituciones de ámbito nacional, bien en ámbitos territoriales infranacionales, presentada como un instrumento de democracia participativa, formando la lista entre las distintas instituciones de participación ciudadana, como la asamblea abierta, el derecho de petición, la iniciativa popular, el referéndum, y el plebiscito.

Una característica propia de la revocación del mandato y que la diferencia del resto de instituciones de democracia participativa es que en la misma se plasma la manifestación popular sobre personas y no sobre posiciones políticas o legislación (como el referéndum o el plebiscito). Al mismo tiempo, debe ser una medida instada por los propios electores y no prevista por las instituciones estatales para que el ciudadano opine al respecto. La relevancia de sus consecuencias ha hecho que sea el instrumento de democracia directa más cuestionado y criticado, generando que su reconocimiento constitucional y su desarrollo posterior sea deficiente y sometido a restricciones en cuanto a su consideración, puesto que esta institución comporta un elemento añadido del que carecen el resto de instrumentos de democracia directa: las autoridades electas están sometidas a un constante control pudiendo los electores retirar su confianza a pesar de no haberse cumplido el periodo por el cual el mandatario fue elegido[5].

3 Véase en Aragón Reyes, M. y López González, J. L.: "Diccionario Electoral", Instituto Interamericano de Derechos Humanos San José de Costa Rica 2000, la voz "Revocación del Mandato", t. II, pp. 1141-1146.

4 J. T. Da Siva, García Pelayo, Cronin, Machado, Ayala, entre otros.

5 Hacemos nuestra esta afirmación junto con García Campos. Podemos comprobar que en muchas de las constituciones actuales que han incluido instituciones de democracia directa, la revocación del mandato ni tan siquiera se prevé [García Campos, A.: *La revocación del mandato: un breve acercamiento teórico*, http://

Deteniéndonos en esta particularidad por la que los ciudadanos puedan ejercer un control sobre los gobernantes (como sus representantes), cabe recordar que la libertad conferida a los representantes por medio del mandato representativo, ha hecho que el control de éstos quede totalmente diluido y limitado al acto electoral. Este hecho en la actualidad, junto con otros factores que por cuestión de la temática no vamos a abordar, ha ocasionado que la ciudadanía sienta impotencia y apatía respecto a las cuestiones políticas, provocando una brecha que aleja cada vez a gobernantes y gobernados[6]. Por tanto, en el sistema de mandato representativo, el ciudadano no puede influir sobre el hecho, sino en su caso retirar el voto si las gestiones de su representante no le han parecido adecuadas.

No quiere decirse con ello que no exista un control de responsabilidad de los gobernantes, pero dicho control se sustenta en la premisa de la limitación del poder que deben ejercer los restantes poderes estatales, pero no directamente por el ciudadano. Al respecto podemos mencionar el *impeachment* o juicio político[7], la moción de censura[8], disolución del parlamento[9],

No obstante lo comentado, la introducción de instrumentos de democracia participativa, entre los que se encuentra la revocación del mandato, así como la consideración de que el mandato representativo no elimina totalmente la responsabilidad a la que están sometidos los representantes, ni tampoco el ejercicio del control directo de la ciudadanía a éstos[10], ha permitido que la institución de la

www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/qdiuris/cont/1/cnt/cnt3.pdf, p. 25 (consultado en junio de 2015)].

6 "La escisión entre elección y gestión, de la que se nutre el sistema de representación, potencia la irresponsabilidad del elector al concentrar su tarea cívica en el momento de elección de los candidatos (…). Hoy la elección de candidatos no se rige ya por la preferencia de programas, sino por la delegación de confianza que el ciudadano deposita en el presidenciable. Esta delegación de confianza es un modo implícito de admitir que se ha aflojado el sistema de control de la gestión por el ciudadano y que, por tanto, la única responsabilidad de éste será la de –en todo caso- retirar la confianza, en una instancia futura, como por ejemplo un próximo turno electoral". Franzé, J.: "El discurso del malestar civil: la crisis de la política como crisis de lo político", en *El debate sobre la crisis de la representación política* (ed. A. J. Porras Nadales), Tecnos, 1996, p. 142.

7 Se puede considerar el juicio político como un procedimiento cuasi jurídico regido por las garantías de defensa y de contradicción, fruto de la responsabilidad difuciaria entre el ejecutivo y legislativo.

8 Este instrumento por el cual se exige responsabilidad al gobierno, es propio de los sistemas parlamentarios (aunque también lo vemos reflejado en algunos regímenes presidencialistas, en los que el jefe del gobierno debe rendir cuentas al parlamento, haciéndose uso de la moción de censura cuando el parlamento (que es quien representa a la nación) deja de tener confianza en el presidente o en su gobierno.

9 Es el ejecutivo el que considera perdida la confianza que le debería generar el parlamento, posibilitando a éste disolver el parlamento antes del plazo establecido para que los parlamentarios cesaran en su mandato, y convocar nuevas elecciones.

10 "Pero en este modelo también cabe, (…), la revocación del representante, no por el partido político, ni por el grupo parlamentario, ni siquiera *ope legis*, sino por parte de quien le otorgó la representación, que es el cuerpo electoral, o mejor, la nación. En efecto, sustituidas las instrucciones por la confianza, la revocación puede instarse en el mandato representativo por el deterioro o la pérdida de la confianza que el cuerpo electoral, la nación, depositó en los representantes. Es ante ésta donde se debe dirimir si el representante se ha apartado del programa inicial y, en caso de haber hecho, si ello fue con razón o sin ella; es la nación (o, a los efectos funcionales, su correspondiente circunscripción electoral) la única que puede apreciar si su comportamiento en la Cámara adolece de impericia, abstencionismo o carácter contradictorio y errático, o bien si su implicación en causas de corrupción o en otros motivos similares lo hacen desmerecer de la

revocación del mandato político se vea cada vez más reflejada en las regulaciones de algunos países.

Presentada a grandes rasgos la institución del mandato, pasamos a exponer de forma sucinta una relación de derecho constitucional contemporáneo comparado de los países que han incorporado la revocación del mandato, para detenernos en Latinoamérica y analizar la notable importancia que ha tenido esta institución en los procesos constituyentes de los países representantes del Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano.

II. LA REVOCACIÓN DEL MANDATO EN EL DERECHO CONSTITUCIONAL COMPARADO CONTEMPORÁNEO.

Como se ha podido apreciar, la revocación del mandato, no es una institución de ideación reciente, sino que ha estado presente a lo largo de la historia del pensamiento político. Denominador común en todas las épocas relatadas, donde la revocación del mandato se apreciaba, era que se concebía como un medio por el que la ciudadanía afirmaba su soberanía ante los gobernantes, con solo el derecho de hacer uso de esta institución.

La revocación del mandato se ha regulado indistintamente en países unitarios, como federales. En cuanto a los unitarios, vemos reflejo de la revocación del mandato en las constituciones nacionales de Bielorrusia, Kiribati, Kyrgyzstán, Liechtenstein, Palaos, Islandia, Rumanía, Turkmenistán, y Uganda. En países federales, podemos encontrar su referencia, bien en la misma constitución nacional, o bien en las legislaciones de sus provincias, estados o cantones. Entro los países federales o confederados, podemos apreciar el reconocimiento de la revocación del mandato en Etiopía, Nigeria, Alemania, Serbia, Taiwán, Estados Unidos, Suiza, Canadá[11], Argentina, Colombia, Ecuador, Perú, Venezuela, Bolivia, Panamá, México. Dependiendo de la intención de los legisladores, la revocación del mandato variará en cuanto a la autoridad a revocar, el ámbito al que se circunscribe la misma, así como los requisitos para que se pueda llevar a cabo. En cuanto a los países socialistas, tanto de Europa como de Asia, también se ha visto reflejada en alguna de sus constituciones, como en la Constitución de la R.S.F.S.R. de 1918, la Constitución de la URSS de 1936 y de 1977, así como en Albania, en la República Democrática de Alemania, en la República Popular de Bulgaria, en la República Socialista de Checoslovaquia, en la República Popular de Hungría, en la República Popular de Mongolia, en la República Popular de Polonia, y en la

confianza política que le otorgó", Torres del Moral, A.: "Réquiem por el mandato representativo", *Revista de Derecho Político*, núm. 81, UNED, mayo-agosto, 2011, pp. 45-46.

11 Se ha identificado, según Welp, legislación sobre la revocación del mandato también en Canada, Welp, Y.: "La revocación del mandato en la encrucijada: mecanismos de democracia directa, participación, representación y democracia", en *Una onda expansiva. Las revocatorias en el Perú*, y América Lantina, Jurado Nacional de Elecciones, Lima, 2014, p. 28.

República Democrática de Corea, en su Constitución de 1972, (en la actualidad reformada en 2009), que sigue recogiendo la revocación del mandato en su art. 7, y en la Constitución de la República Democrática de Vietnam de 1959[12].

E.E.U.U. y Suiza se consideran los países pioneros tanto en su concepción como en su utilización, al menos a nivel local. Y en Latinoamérica, con motivo de la introducción de mecanismos de democracia participativa en el constitucionalismo tradicional también se se vió reflejado en algunas Constituciones, aunque solo a nivel regional o local. Sin embargo, y algo que remarcar, con el nuevo constitucionalismo latinoamericano, la revocación del mandato se convierte en una idea latente, como referencia de la soberanía del pueblo, pudiendo apreciar, cómo en algunas de las constituciones de Latinoamérica se prevee la revoación respecto a todos los cargos electos, incluido el Presidente de la República.

III. LA REVOCACIÓN DEL MANDATO EN EL CONSTITUCIONALISMO LATINOAMERICANO TRADICIONAL.

Los gobiernos de los países latinoamericanos han presentado intermitencias dictatoriales que poco margen daban a la inclusión de derechos sociales e individuales, ni a la introducción de mecanismos de participación ciudadana. En el último cuarto del siglo XX, las crisis económicas y de gobernabilidad detonadas en estos países ante situaciones extremas de desigualdad, dieron paso a cambios sociales en los que la ciudadanía exigía sus derechos así como una mayor participación en las gestiones públicas, donde los únicos que podían dar soluciones eran los mismos ciudadanos, ante la falta de respuesta de las instituciones estatales. Estas formas de participación requeridas por los ciudadanos se reflejaron en las constituciones, en las que se realizaron cambios introduciéndose entre ellos nuevos mecanismos de participación ciudadana. A pesar de este reclamo y reconocimiento de la participación de la ciudadanía, las bases constitucionales seguían estando asentadas en gobiernos representativos, dejando la participación como una cuestión regulada pero residual al sistema, como un mecanismo meramente complementario al mismo. Los nuevos mecanismos participativos aunque crearon conciencia en la sociedad latinoamericana respecto a su participación, no supusieron un cambio ideológico sustancial en el que se planteara una nueva forma de entender el estado.

Desde este punto de vista, en este constitucionalismo latinoamericano tradicional la revocación del mandato no tuvo un interés especial[13]. Recordemos que la revocación del mandato, si bien se considera un instrumento de democracia

12 Guzmán Hernández, T. Y.: "Legados normativos para democratizar la revocatoria de mandato desde el (neo) constitucionalismo latinoamericano", en Viciano Pastor, R.: *Estudios sobre el nuevo Constitucionalismo Latinoamericano*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, p. 304. Con posterioridad se detallarán las Constituciones Socialistas de estos países que han incorporado la revocación del mandato en su articulado.

13 Welp, Y.: "De venenos y fármacos. La regulación y prácticas de la revocatoria del mandato en Suiza y las Américas" en n *La dosis hace el veneno. Análisis de la revocatoria del mandato en América Latina, Estados Unidos*

participativa, supone en sí un instrumento de control político de los ciudadanos de sus representantes. Estas constituciones latinoamericanas se centraron en la introducción de la participación ciudadana y no en aspectos que supusieran control político, dejando al margen la revocación del mandato considerada como una institución de remoción de los gobernantes. Los estudios de la democracia participativa se centraron en el municipio. Desde esta perspectiva la revocación del mandato se introdujo muy tímidamente en algunos países de Latinoamérica, pudiendo apreciarse su regulación en la revocación de algunas autoridades electas locales, así como distintos procedimientos a aplicar y porcentajes mínimos de votaciones.

Argentina regula la institución de la revocación del mandato en algunas provincias y municipios, sin que se contemple en su constitución nacional. Desde la Constitución de Chaco de 1957, se ha ido expandiendo la introducción de la revocación del mandato en otras constituciones provinciales, concluyendo en 1994 en la provincia de Chubut[14]. Tomando este margen temporal y teniendo en cuenta que en 14 de las 20 provincias argentinas recogen la revocación del mandato a nivel provincial y municipal respecto distintas autoridades electas, pocos han sido los casos en los que se haya hecho uso de la revocación del mandato[15].

Por el contrario, Perú se convirtió en el máximo exponente de la revocación del mandato a nivel municipal[16]. Las autoridades electas susceptibles de revocar serán los Presidentes y Vicepresidentes municipales así como los Consejeros Regionales, Alcaldes y Regidores (provinciales o de distritos) y Jueces de Paz que provengan de elección popular. Entre 1997 y 2013 se sometieron a procesos de revocación del

y Suiza (coord. Y. Welp y U. Serdült), Edit. CNE de Ecuador e Instituto de la Democracia, Quito, 1ª ed., 2014, pp. 247- 266.

14 De las 20 provincias de argentina, 14 regulan sobre la revocación del mandato. Reconocen la revocación del mandato las siguientes provincias argentinas: Misiones (1958), San Juan (1986), San Luis (1987), Córdoba (1987), Rio Negro (1988), Tierra de Fuego (1991), Corrientes (1993), Chaco (1994) Chubut (1994), Ciudad Autónomca de Buenos Aires (1996), La Rioja (1998), Santiago del Estero (2005), Neuquén (2006) y Catamarca. En Verdugo Silva, J. T.: *La revocación del mandato en el Ecuador, Países de la Comunidad Andina y del Continente Americano,* Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, 2007, http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con3_uibd.nsf/3C343874053D49F60525790B000917C7/$FILE/T519-MDE-Verdugo-LaRevocatoriadelMandato.pdf, consultado en mayo 2015, p. 25.

15 En cuanto a un análisis de los supuestos prácticos acaecidos tanto en las provincias como en los municipios en Argentina, ver Arques F.: "Argentina: una herramienta de los gobernados en manos de los gobernantes", en *La dosis hace el veneno. Análisis de la revocatoria del mandato en América Latina, Estados Unidos y Suiza* (coord. Y. Welp y U. Serdült), Edit. CNE de Ecuador e Instituto de la Democracia, Quito, 1ª ed., 2014, 159-186.

16 Algunos autores han tratado sobre las causas que han podido influir en el hecho de que en Perú la revocación del mandato a nivel provincial y municipal haya sido convertido en el país que con más intensidad se activa el proceso de este tipo de revocaciones. Al respecto Y. Welp señala a) la cultura política, b) el diseño institucional para activar de forma más o menos fácil la revocación del mandato, c) los incentivos que podrían propiciar que otras organizaciones políticas promuevan estas iniciativas, d) las garantías institucionales que ayuden a concretar e iniciar las convocatorias de revocación del mandato. Ver Welp, Y.: "¿Por qué Perú? Análisis de la revocación del mandato en perspectiva comparada, Elecciones", vol. 12, núm. 13, enero-diciembre 2013, ONPE.

mandato 5.303 autoridades municipales[17], siendo 1.737 las autoridades revocadas. Este mecanismo se introduce por primera vez en la constitución de 1993, en su artículo 31, y posteriormente fue desarrollado en la Ley de los Derechos de Participación y Control Ciudadanos, Ley nº 26300, publicada el 3 de mayo de 1994, que modifica alguno de sus artículos por la Ley Nº 30315 publicada el 7 de abril de 2015, dando una mayor rigidez a los requisitos y propiciando con ello el descenso en las solicitudes en los procesos abiertos de revocatoria que se celebraron en el 2017, (en dicho año se sometieronse 89 autoridades municipales a la revocación de su mandato, en comparación al año 2013 en el que la cifra de autoridades municipales sobre las que se solicitó la revocación del mandato fue siete veces mayor), revocándose un total de 62 autoridades municipales (en relación a las autoridades revocadas en 2013 que fueron 213, y en 2012 un total de 469). Con ello se puede concluir que el establecimiento de nuevos requisitos por la Ley nº 30315 ha conllevado que el abuso de este medio se reduzca considerablemente[18].

En México los primeros antecedentes los encontramos en la Constitución de Yucatán que el 4 de julio de 1938 estableció la revocación del mandato al Gobernador y de los Diputados locales. Seguidamente la Constitución de Chihuahua introdujo la revocación del mandato el 3 de septiembre de 1997 para el Gobernador, Diputados locales, presidentes municipales, regidores y síndicos. Las disposiciones de ambas Constituciones locales fueron declaradas inconstitucionales por el Pleno de la SCJN al resolver las acciones de inconstitucionalidad 8/2010 y 63/2009 respectivamente. A pesar de ello siguen vigentes, e incluso han incorporado la regulación de la revocación del mandato a sus Constituciones locales, los estados de Zacatecas, Oaxaca, Morelos, Guerrero, Aguas-Calientes, nuevo León, y la última la Constitución Política de la Ciudad de México publicada en la Gaceta Oficial en febrero de 2017, art. 25, apéndice G que hace referencia a la revocación del mandato para las autoridades electas de la ciudad de México, y que entró en vigor en septiembre de 2018. Posteriormente, el 12 de agosto de 2019, entró en vigor la Ley de Participación Ciudadana de la Ciudad de México, detallando y desarrollándose en su artículo 61 el ejercio de la revocación del mandato para el gobierno de la ciudad. Con todo ello, el 20 de diciembre de 2019 se dictó Decreto por el que se modificaban ciertos preceptos constitucionales y con ello la Constitución Mexicana incorpora[19] esta institución en su artículo 35

17 Tuesta Soldevilla, F.: "La revocatoria en el Perú: entre la participación y la gobernabilidad local", en *La dosis hace el veneno. Análisis de la revocatoria del mandato en América Latina, Estados Unidos y Suiza* (coord. Y. Welp y U. Serdült), Edit. CNE de Ecuador e Instituto de la Democracia, Quito, 1ª ed., 2014, p. 54.

18 Revista electrónica: Perú 21. Revocatorias: el ocaso de la sinrazón, al retorno de la sensatez, 18/06/2017 en https://peru21.pe/politica/revocatorias-ocaso-sinrazon-retorno-sensatez-analisis-82061, visionado en mayo de 2018.

19 No se procede en este trabajo a hacer un análisis ni estudio pormenorizado de la revocación del mandato presidencial en México, dado que se pretende centrar en la gestación y legislación reflejada en las constitcuiones que derivan del nuevo constituionalismo Latinoamericano (Venezuela, Bolivia y Ecuador). Sin embargo la regulación que que se hacer en la Constitución Mexicana respecto al revocación del

y 85, publicándose posteriormente en el Diario Oficial de la Federación el 14 de septiembre de 2021, la nueva Ley Federal de Revocación del Mandato del titular de la Presidencia de la República. Por primera vez en la historia de México, el 10 de abril de 2022 se procedió a efectuar el voto por parte de los ciudadanos respecto del proceso de revocación del mandato del Presidente de la República, Andrés Manuel López Obrador. Al no llegar la participación de la ciudadanía al 40% exigido por ley para que se tenga en consideración los votos y decisiones de los ciudadanos en la revocación, los resultados no fueron concluyentes. Solo participó el 17,77% de la población.[20]

En Panamá, Cuba y Costa Rica se regula la revocación de mandato, aunque no se puede considerar como tal, puesto que carecen del elemento básico por el que la iniciativa y decisión final de la revocación de los representase sea tomada directamente por la votación popular.

IV. LA REVOCACIÓN DEL MANDATO EN EL NUEVO CONSTITUCIONALISMO LATINOAMERICANO.

Las situaciones de crisis económicas y desigualdades sociales vividas en Latinoamérica hasta los años ochenta, dieron paso a algunos avances democráticos, como anteriormente hemos hecho referencia. Sin embargo, las sociedades de algunos países latinoamericanos requerían de unos nuevos planteamientos y una nueva estructura política, puesto que las soluciones dadas eran meros parches a situaciones insostenibles. A partir de la década de los noventa, el malestar generalizado de la población y su desilusión respecto a la política, propició que fuerzas de izquierda accedieran a los poderes estatales, proclamando entre sus ideologías el establecimiento de unos *cambios estructurales y de principios políticos,* con el surgimiento de nuevas e innovadoras constituciones, sustentadas en el principio de la soberanía del pueblo como base de todo poder constituido. En concreto Colombia, Venezuela, Ecuador y Bolivia, se consideran los países referentes de este "nuevo constitucionalismo latinoamericano", dejando atrás los lineamentos que siguieron el constitucionalismo latinoamericano tradicional, que como cambios para limar estas situaciones de crispación introdujeron únicamente mecanismos de participación ciudadana sin hacer cambios sustanciales en su sistema.

Con el Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano la Constitución solo será legítima si proviene directamente del poder constituyente del pueblo, superponiéndose a los poderes constituidos tradicionales, mediante la aplicación

mandato tiene una fuerte influencia de la idea y filosofia de la revocación del mandato que se impregna en las constituciones pertenecientes al nuevo constitucionaismo Latinoamericano.

20 De dicha participación el respaldo a favor de que López Obrador continuara como Presidente de la República fue del 91,86%.

de instrumentos de participación ciudadana, que operarán de forma trasversal en los textos constitucionales. El Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano no sólo introducirá la participación directa del pueblo como poder constituyente, en la creación de la constitución, sino también en la prolongación de dicha participación por medio de instrumentos que permitan recuperar la relación entre soberanía y gobierno. En esta nueva estructura existirá una combinación entre la democracia representativa y directa, convirtiéndose una en soporte necesario para que pueda existir la otra. De esta forma, tanto autoridades electas como los partidos políticos quedarán limitados por la acción directa del pueblo[21].

Para el ejercicio de la limitación de las autoridades electas será pieza clave la existencia y regulación de la revocación del mandato, puesto que se conjugará como un instrumento de participación ciudadana así como un derecho político que servirá de eje rector para que el pueblo ejerza el control directo de las autoridades electas que se verá reflejado de forma transversal en todo el sistema constitucional.

Existe un cambio de paradigma en estas nuevas constituciones que permite que la revocación del mandato encuentre su inclusión desde el punto de vista teórico: estas constituciones ponen su acento en el poder hegemónico del pueblo, cuya soberanía es intransferible y que se efectuará de forma directa en la gestión pública en convivencia con las instituciones representativas. La democracia representativa caracterizada por el mandato representativo se verá limitada al convivir con una suerte de mandato imperativo supeditado a la constante confianza que el pueblo debe tener de sus representantes. La revocación del mandato será uno de los eslabones que permitan conjugar la democracia participativa-democracia representativa y al mismo tiempo el control de las administraciones públicas.

Colombia.

La Constitución de Colombia de 1991 supuso el inicio de cambios en los procesos constituyentes latinoamericanos que se generaron a lo largo de Latinoamérica, resultando ser el parteaguas y ejemplo de pasar de una democracia representativa a una democracia participativa, como una verdadera forma de gobierno. Se establecieron nuevos mecanismos de participación ciudadana como una facultad de interacción política en la vida democrática, y no solamente como meros instrumentos de democracia participativa, dando por tanto un paso más

21 Desde la perspectiva de la inclusión de la participación ciudadana como eje rector del Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano, la Constitución de Colombia de 1991 hablará de "Formas de participación democrática", la Constitución de Venezuela de 1996 acuñará el concepto de "democracia participativa y protagónica"; en la Constitución de Bolivia de 2009 se denominará "democracia participativa"; y en la Constitución de Ecuador de 2008 se presentará como "participación en democracia". En concreto cabría remitirse al Título IV, Capítulo primero, sección tercera de la Constitución colombiana de 1991, los artículos 6, 18, 55 y 62 de la Constitución de Venezuela de 1999, Art. 11 y 241 de la Constitución de Bolivia de 2009 y 95, y 100 de la Constitución de Ecuador de 2008.

en su consideración. Por primera vez la revocación del mandato se introdujo en la Constitución no sólo como un mecanismo de participación ciudadana (art. 103 de la Constitución), sino también, y aquí se centra la innovación, como un derecho político de los ciudadanos (art. 40 constitucional)[22].

"El derecho a revocar el mandato forma parte no sólo de uno de los mecanismos de participación ciudadana de mayor importancia, sino que además tiene la naturaleza de un derecho fundamental de origen constitucional, atribuido a todo ciudadano con miras a que pueda participar en la conformación, ejercicio y ante todo, en el control del poder político. El inciso 4º del artículo 40 de la Constitución Política consagra este instrumento como "el derecho de todo ciudadano a revocar el mandato de los elegidos". El control sobre lo mandado y sobre el mandatario son las claves de la democracia real. Ninguna decisión adoptada por el Estado, en lo externo ni en lo interno debe escapar al control del elector[23]".

Como cuestión a destacar en relación a la revocación del mandato es que en el desarrollo de su regulación donde se han establecido unos limites temporales, y requisitos de porcentajes de participación y votación, se establecen unas causales para que pueda solicitarse la revocación del mandato. En concreto se necesita el incumplimiento del programa electoral, o bien la pérdida de confianza. Estas dos causales marcan una connotación diferente a la democracia que se implementa en este nuevo constitucionalismo: sí existe un mandato imperativo en cuanto al cumplimiento de unos objetivos, así como a la existencia de una confianza entre otorgantes de ese mandato político, y los receptores del mismo.

Sin embargo la revocación del mandato en Colombia solo puede aplicarse a los alcalde y gobernadores, y no a otras figuras de representación política, limitándose a ámbitos infra nacionales, por lo que su extensión queda reducida en cuanto a los sujetos a quien poder aplicarla, cuestión que no ocurre en Bolivia, Venezuela y Ecuador donde la revocación del mandato se extiende a todas las autoridades electas incluyendo al Presidente de la Nación, constituyendo estos tres países el

22 En los países que incorporaron la revocación de mandato como mecanismo de democracia participativa se consideró la revocatoria de autoridades no como un derecho fundamental de naturaleza política, sino únicamente como un mecanismo que hace posible el ejercicio concreto de un derecho que sí es fundamental como el derecho a la participación política. Al respecto encontramos el supuesto de Perú: "Una de las razones, quizá la más evidente en este terreno, que justifica nuestra posición, es la denominada tesis de la irreversibilidad en materia de derechos fundamentales. Esta tesis afirma que cuando un derecho ha sido reconocido como fundamental por el ordenamiento jurídico de un país, este no puede ser derogado o expulsado del mismo en un momento posterior. Siendo ello así, basta con tomar como referencia la opinión de destacados especialistas como Víctor García Toma, Marcial Rubio, o la del propio Ernesto Álvarez Miranda, ex presidente del Tribunal Constitucional, que plantean la necesidad de repensar esta figura, incluso reformar la Constitución para suprimirla, para darnos cuenta de que la revocatoria, como cualquier otro mecanismo de participación política, puede ser modificada o derogada sin mayor problema, siempre que se respete el procedimiento establecido por la Constitución y la legislación vigente. Ergo, la revocatoria no puede ser considerada como un auténtico derecho fundamental", Rodríguez Campos, R.: "La revocatoria" cit.

23 Martínez Cárdenas, E. E.: "Revocatoria de mandato: ¿Ataque a la democracia representativa?", *Reflexión Política* 2013 15 (29), p. 88.

máximo exponente en cuanto a ejemplos de revocatoria del mandato, tanto por los sujetos activos como por los pasivos, que se ven involucrados.

Ecuador.

Ecuador en su constitución de 2008 presenta a la revocación del mandato como un derecho de participación de los ciudadanos, tal como especifica el art. 61, en el capítulo V destinado a los Derechos de participación, (junto con el derecho de sufragio activo y pasivo, de participación en los asuntos de interés público, presentación de proyectos de iniciativa popular normativa, derecho a ser consultado, fiscalizar los actos del poder público, desempeño de empleo y funciones públicas, y la conformación de partidos y movimientos políticos, y afiliación libre a los mismo) incluye el derecho de revocar el mandato de las autoridades electas. Como se aprecia se incluye la revocación del mandato en una lista junto con derechos que en los constitucionalismos de corte liberal son base de su sistema, como el derecho al sufragio universal pasivo y activo, y la creación de partidos y movimientos políticos así como su libre afiliación. No está por lo tanto configurada la revocación del mandato únicamente como un instrumento más de participación ciudadana, sino como un derecho que hay que proteger.

El artículo textualmente señala "Las ecuatorianas y ecuatorianos gozan de los siguientes derechos: 6. Revocar el mandato que hayan conferido a las autoridades de elección popular". A mi parecer, la sencillez pero rotundidad de este enunciado deja poca duda a la concepción de un mandato directo que el pueblo ha otorgado a los representantes políticos, y que tal como está legitimado en otorgarlo, también está legitimado de forma directa a revocarlo, por lo que la existencia de dicho mandato queda supeditada a la voluntad de su poderdante. El mandato imperativo se deja ver entre líneas. Ecuador tiene unas causales por las que se entiende que dicho mandato puede revocarse, por lo que estará condicionado a que el pueblo considere que no se ha cumplido con el cometido de la autoridad a la que le otorgaron en su día su confianza en las votaciones electorales.

En el art. 95[24] incardinado en la sección primera "principios de participación", del capítulo primero (participación en democracia), es clave para entender el cambio de paradigma en la participación de la ciudadanía en las gestiones públicas, al otorgarle un protagonismo necesario y activo. El pueblo se convierte en protagonista en las decisiones públicas, teniendo un papel activo en el control de

24 Art. 95 de la Constitución Ecuatoriana: "Las ciudadanas y ciudadanos, en forma individual y colectiva, participarán de manera protagónica en la toma de decisiones, planificación y gestión de los asuntos públicos, y en el control popular de las instituciones del Estado y la sociedad, y de sus representantes, en un proceso permanente de construcción del poder ciudadano. La participación se orientará por los principios de igualdad, autonomía, deliberación pública, respeto a la diferencia, control popular, solidaridad e interculturalidad. La participación de la ciudadanía en todos los asuntos de interés público es un derecho, que se ejercerá a través de los mecanismos de la democracia representativa, directa y comunitaria."

las instituciones del Estado y de sus representantes. Tanto así que se establece como un principio de participación el control popular. Y es desde esta situación donde se podrán instrumentar los mecanismos de democracia directa, como la revocación del mandato, conjugándose con los mecanismos de democracia representativa y comunitaria.

Y desde la sección cuarta se desarrollan los mecanismos de democracia directa, estableciendo en el art. 105 y 106[25] la revocación del mandato a autoridades electas. En concreto el art. 145 de la carta magna, destinado a al cese del presidente/a de la República contempla como causa la revocación de su mandato por la ciudadanía.

Venezuela.

El texto Constitucional se redactó impregnado por el principio de la participación ciudadana en la gestión pública, como derecho y como deber del ciudadano. La democracia participativa no sólo se elevaba a rango constitucional, sino que se convertía en eje rector de los Poderes Públicos y de la relación entre Estado y sociedad. La nueva democracia a instaurar en Venezuela, tenía una característica propia que se describía en el preámbulo de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, donde se considera como fin supremo de la República establecer una *sociedad democrática, participativa y protagónica*. El pueblo aparece como protagonista activo del cambio revolucionario, y no como mero sujeto al que van dirigidas las actuaciones políticas. La democracia participativa y protagónica, a diferencia de la representativa, implica la concepción de un pueblo protagonizando directamente su destino, o por medio de sus representantes electos que, deben rendir cuentas de su actuación, así como responder ante sus electores por su programa de acción comprometido en las elecciones, y cuyo mandato es revocable por decisión popular[26]. La representación se concebirá

25 Artículo 105 Constitución de Ecuador: "Las personas en goce de los derechos políticos podrán revocar el mandato a las autoridades de elección popular. La solicitud de revocatoria del mandato podrá presentarse una vez cumplido el primero y antes del último año del periodo para el que fue electa la autoridad cuestionada. Durante el periodo de gestión de una autoridad podrá realizarse sólo un proceso de revocatoria del mandato. La solicitud de revocatoria deberá respaldarse por un número no inferior al diez por ciento de personas inscritas en el registro electoral correspondiente. Para el caso de la Presidenta o Presidente de la República se requerirá el respaldo de un número no inferior al quince por ciento de inscritos en el registro electora". Artículo 106: "El Consejo Nacional Electoral, una vez que conozca la decisión de la Presidenta o Presidente de la República o de los gobiernos autónomos descentralizados, o acepte la solicitud presentada por la ciudadanía, convocará en el plazo de quince días a referéndum, consulta popular o revocatoria del mandato, que deberá efectuarse en los siguientes sesenta días. Para la aprobación de un asunto propuesto a referéndum, consulta popular o revocatoria del mandato, se requerirá la mayoría absoluta de los votos válidos, salvo la revocatoria de la Presidenta o Presidente de la República en cuyo caso se requerirá la mayoría absoluta de los sufragantes. El pronunciamiento popular será de obligatorio e inmediato cumplimiento. En el caso de revocatoria del mandato la autoridad cuestionada será cesada de su cargo y será reemplazada por quien corresponda de acuerdo con la Constitución".

26 Combellas, R.: "El proceso constituyente y la Constitución de 1999", en *Procesos constituyentes y reformas constitucionales en la historia de Venezuela: 1811-1999* (coord. E. Plaza y R. Combellas), Universidad Central de Venezuela, Caracas, 2005, t. I y II. Combellas ofrece un interesante análisis de la interpretación a dar a la idea de "participación representada", en Combellas, R.: "Representación versus participación en la constitución de la República Bolivariana de Venezuela. Análisis de un falso dilema", en *El sistema político en*

como un medio más de participación de los asuntos públicos quedando como un instrumento secundario de esa participación[27].

Después de asentar en el art. 2 constitucional que el Estado Venezolano es democrático[28], el protagonismo activo del pueblo se establece como un fin del Estado en el artículo 3 (El estado tiene como fines esenciales (…), el ejercicio democrático de la voluntad popular)[29], detentando el pueblo una soberanía intransferible sobre el Estado Venezolano (art. 5)[30]. "Esta profundización democrática –la prioridad constitucional cuyo deseo es establecer una democracia de nuevo cuño, que denomina *democracia participativa*- se extiende a dos características de la Constitución de 1999: la consideración del principio democrático como el más importante de los principios constitucionales, y la profundización de la democracia en la creación y funcionamiento de las instituciones, con la inclusión de mecanismos novedosos de participación ciudadana"[31].

En cuanto a la relación entre los medios participativos y de representación deberemos atender a lo dispuesto en el art. 6 (donde define al gobierno de la

la Constitución Bolivariana de Venezuela, *Estudios Latinoamericanos* (coord. R. Viciano Pastor y L. Salamanca), Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, pp. 80 a 97.

27 El TSJ, en Sentencia de la Sala Constitucional de Venezuela 1135/2002 de 5 de junio aclara esta cuestión al señalar: *"En tal sentido, resulta fundamental entender lo significativo d*el Preámbulo de la Constitución de 1999 cuando declara como su fin trascendente "refundar la República para establecer una sociedad democrática, participativa y protagónica", dado que, como ya se ha señalado, la Constitución llama a los ciudadanos a participar en el logro de los fines, las funciones y los cometidos donde el Estado despliega su acción gubernativa; asimismo, define a la democracia como protagónica, lo cual se traduce en una exhortación para que el ciudadano asuma labores de formación, ejecución y control de la gestión pública desde una perspectiva próxima al buen gobierno; y más aún, concibe a un ciudadano corresponsable del funcionamiento del Estado, no tan sólo en la búsqueda de la vigencia plena de los derechos civiles y sociales, sino también en la política estratégica de la República (vid. Artículo 4 de la Constitución 1999).
Considera esta Sala importante destacar, que este nuevo orden constitucional, incluye dentro de este concepto de participación el principio de la representación, no como opuesto a la participación, sino como formando parte de ella. Así el núcleo de la representación en términos democráticas se preserva en la Constitución de 1999 –elección de representantes, sufragio libre, libertad de asociación política-, pero con restricciones claras a la libertad del elegido –la rendición de cuentas y la revocación del mandato-, "que muestran una clara disposición del constituyente de mantener la voluntad del representante y la voluntad del representado en una armonía de funcionamiento, desiderátum central del gobierno democrático, donde el nacer del gobierno traduzca de forma simétrica la voluntad del pueblo" (Bracho Grand, P. L y Álvarez del Bozo, M.: "Democracia Representativa en la Constitución de 1999", en *Estudios de Derecho Público,* Vol. I, *Libro Homenaje a Humberto J. L Roche*, Tribunal Supremo de Justicia, Caracas, 2001)""

28 Artículo 2: "Venezuela se constituye en un Estado democrático y social de Derecho y de Justicia, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico y de su actuación, la vida, la libertad, la justicia, la igualdad, la solidaridad, la democracia, la responsabilidad social y en general, la preeminencia de los derechos humanos, la ética y el pluralismo político.

29 Artículo 3: El Estado tiene como fines esenciales la defensa y el desarrollo de la persona y el respeto a su dignidad, el ejercicio democrático de la voluntad popular, la construcción de una sociedad justa y amante de la paz, la promoción de la prosperidad y bienestar del pueblo y la garantía del cumplimiento de los principios, derechos y deberes reconocidos y consagrados en esta Constitución.

30 Artículo 5: como pilar básico para entender el trasfondo de la Revocación del mandato en cuanto a la soberanía popular directa al establecer: "La soberanía reside intransferiblemente en el pueblo, quien la ejerce directamente en la forma prevista en esta Constitución y en la ley, e indirectamente, mediante el sufragio, por los órganos que ejercen el Poder Público.
Los órganos del Estado emanan de la soberanía popular y a ella están sometidos"

31 Viciano Pastor, R.: "Caracterización General de la Constitución Venezolana de 1999", en *El sistema político en la Constitución Bolivariana de Venezuela*, *Estudios Latinoamericanos* (coord. R. Viciano Pastor y L. Salamanca), Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, pp. 55-56.

República Bolivariana de Venezuela, como democrático, participativo, electivo, descentralizado, alternativo, responsable, pluralista y de mandatos revocables)[32], y al art. 62 que establece que "todos los ciudadanos y ciudadanas tienen el derecho de participar libremente en los asuntos públicos, directamente o por medio de sus representantes elegidos o elegidas. La participación del pueblo en la formación, ejecución y control de la gestión pública es el medio necesario para lograr el protagonismo que garantice su completo desarrollo, tanto individual como colectivo. Es obligación del Estado y deber de la sociedad facilitar la generación de las condiciones más favorables para su práctica". El principio rector será la implementación de la democracia participativa, y dentro de esta, se optará por la representación como otra de las formas de llevar la voz del pueblo a los asuntos públicos, siendo obligación del estado consolidar la participación ciudadana. Pero existe una pauta más que denota el protagonismo de la sociedad civil, cual es el control que la misma debe hacer frente a sus gobernantes, hasta tal punto que se crea la posibilidad de revocar su mandato[33]. Por tanto si la ciudadanía no puede ejercer su soberanía de forma directa, será a través de la representación, que los Poderes Públicos gestionen los asuntos estatales, pero siempre sometidos al control popular.

La democracia participativa y protagónica se aplicará de forma trasversal en toda la Constitución, concibiéndose así la participación en una triple dimensión: como un derecho de los ciudadanos, como una obligación del Estado y como un deber de la sociedad[34].

La revocación del mandato debe interpretarse y encontrar su sentido junto con los arts. 2, 3, 5, 6, 62, 66 y 70 del Carta Magna que dan la oportuna legalidad a la nueva democracia participativa y protagónica que proclama la Constitución Bolivariana de la República de Venezuela de 1999 en su preámbulo. Por tanto la

32 Este artículo define, al igual que las Constituciones de Colombia de 1992, Ecuador de 2008 y Bolivia de 2009, la forma de gobierno como participativa, pero en la Constitución de Venezuela, la revocatoria del mandato "moldea de manera sustantiva la forma de gobierno" Kornblith, M.: "La revocatoria de Mandato: lecciones a partir de la experiencia Venezolana", Kellogg Institute, June 2009.

33 Interesante apunte el que realiza L. Salamanca "En síntesis, se puede afirmar que la CRBV no erradicó la representación que se mantiene en sus principios fundamentales: elección de representantes, autónoma parcial de los mismo, -esto es, no existe el mandato imperativo ni la revocabilidad discrecional del representante- opinión pública libre (Manin, 1998), sino que incrementó las exigencias a los representantes que deben responder al pueblo y a los Estados en su conjunto y no estar sujetos a mandatos ni instrucciones, sino sólo a su conciencia (artículo 201); al someterlos al control del referendo revocatorio (artículo 72); al imponerles la obligación de mantener informados a los representados de su gestión y dar cuenta anual de la misma así como dedicarse en forma exclusiva a sus labores en beneficio del pueblo (artículo 197)." Salamanca, L.: "La democracia directa en la Constitución Venezolana de 1999", en *El sistema político en la Constitución Bolivariana de Venezuela*, Estudios Latinoamericanos (coord. R. Viciano Pastor y L. Salamanca), Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, p. 120.

34 Combellas, R., "Representación", cit., p. 81.

revocación del mandato debe entenderse a través de una interpretación armónica y progresiva con todas las normas que componen el Texto Fundamental[35].

Bolivia.

Desde el Estado plurinacional Boliviano[36], la misma democracia enlaza ese principio de pluralidad en la forma de hacerse efectiva, reconociendo en su artículo 11 constitucional, tres formas de democracia[37]: la representativa, la participativa y la comunitaria, que se ejerce tanto a través de los partidos políticos, como a través de instituciones de democracia directa, así como a través de instituciones asociativas asamblearias en ámbitos locales y regionales, como por las comunidades de los pueblos y naciones originarias y de campesinos. Este mismo artículo enumera las instituciones de democracia participativa que se incluyen en la constitución de Bolivia, entre las que se incluye la revocación del mandato[38].

A diferencia de la Constitución Venezolana de 1999[39], en la que se destinada artículos para concretar los distintos instrumentos de participación ciudadana, la Constitución de Bolivia, prácticamente los deja enunciados en el art. 11 comentado, disponiendo que su desarrollo deberá efectuarse por ley[40]. Sin embargo, la

35 Sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela nº 1139/2002 de 5 de junio: "En este orden de ideas, esa Sala estima que las oportunidades de participación que la Constitución confiere a los ciudadanos, como realización concreta de la llamada democracia participativa y protagónica, cuenta con la revocatoria del mandato como instrumento político de participación directa del pueblo en ejercicio de su soberanía, de carácter real, efectivo, de grandes alcances y significación en el nuevo diseño jurídico político (vid. Artículo 70 de la Constitución de 1999), lo que sin duda sólo puede admitir una interpretación armónica y progresiva con todas las normas que componen el Texto Fundamental, como parte de un nuevo orden jurídico, pues, por medio de dicho mecanismo de participación, el ciudadano podrá ejercer su per sobre las autoridades que eligió para removerlas de sus cargos cuando lo estime necesario."

36 El art. 1 de la Constitución Boliviana dispone: "Bolivia se constituye en un estado Unitario Social de Derecho Plurinacional Comunitario, libre, independiente, sobreaño, democrático, intercultural, descentralizado y con autonomías. Bolivia se funda en la pluralidad y el pluralismo político económico, jurídico, cultural y lingüístico, dentro del proceso integrador del país".

37 El art. 11 de la Constitución de Bolivia establece: "I. La República de Bolivia adopta para su gobierno la forma democrática participativa, representativa y comunitaria, con equivalencia de condiciones entre hombres y mujeres. II. La democracia se ofrece de las siguientes formas, que serán desarrolladas por la Ley: 1. Directa y participativa, por medio del referendo, la iniciativa legislativa ciudadana, la revocatoria del mandato, la asamblea, el cabildo y la consulta previa. Las asambleas y cabildos tendrán carácter deliberativo conforme a ley. 2. Representativa, por medio de la elección de representantes por voto universal, directo y secreto, conforme a ley. 3. Comunitaria, por medio de la elección, designación o nominación de autoridades y representantes por normas y procedimientos propios de las naciones y pueblos indígenas originarios campesinos, entre otros, conforme a ley".

38 El referéndum, la iniciativa legislativa ciudadana, la revocación del mandato, la asamblea, el cabildo y la consulta previa.

39 Recordemos que la Constitución Venezolana de 1999 se basaba en el principio de democracia participativa y protagónica. La Constitución Boliviana, aún incluyendo la participación ciudadana, el énfasis lo ofrece a la concepción de un estado plurinacional, y dentro de él se practicará las distintas vertientes democráticas.

40 Con la nueva Constitución existe un avance hacia la democracia participativa "Esta democracia se plantea no sólo como legitimadora de origen de todos los poderes públicos (…) sino que abarca transversalmente al control democrático, verdadera relación de continuidad entre soberanía del pueblo y gobierno por medio de la sociedad civil organizada. Desde este punto de vista, el proyecto de Constitución manifiesta claramente su apuesta por el avance democrático, y la evolución desde una democracia representativa hacia un nuevo modelo de democracia, basado en la participación y en la superación de concepciones exógenas e importadas que, hasta el momento, han sido poco útiles para los verdaderos intereses del

Constitución boliviana de 2009 da mayor atención a la regulación de la revocación del mandato, destinando los arts. 171,172 240 y 242 en concreto, a la revocación del mandato presidencial.

En el nuevo cambio constitucional que se ve reflejado en los trabajos de la Asamblea Constituyente iniciada en 2006, la referencia a la revocación del mandato de las autoridades electas, fue un discurso recurrente manifestado por el pueblo en las distintas aportaciones que se realizaron a los grupos de trabajo. Hay que considerar que, previa a la aprobación de la Constitución de 2009, y durante el proceso en que duró la Asamblea Constituyente para su elaboración, por distintos factores político-sociales, se convocó un proceso de revocación del mandato, a pesar de que no estaba recogida en la Constitución de 1967 vigente -anterior a 2009-, por lo que no resultaba un instrumento novedoso para la ciudadanía boliviana. La consecución del proceso revocatorio ofreció a la sociedad bolivariana cierta tranquilidad ante una crisis política generada con ocasión de la creación de la Asamblea Constituyente.

En cuanto a la regulación de la revocación del mandato en la Constitución Política de la Nación Boliviana, tenemos que hacer referencia a cinco artículos, el 11, 171, 172, y 240, y 242. Los dos primeros artículos se refieren a la revocación del mandato presidencial, mientras que los dos últimos tratan con carácter genérico la revocación del mandato de forma indistinta a la autoridad objeto de revocación.

Es en el art. 240 constitucional donde encontramos la regulación propiamente dicha de la revocación del mandato. Este artículo se ubica en el Capítulo Cuarto (Servidoras y Servidores Públicos) en el Título V (bajo el epígrafe Funciones de Control, de Defensa de la Sociedad y de Defensa del Estado) de la Segunda Parte de la Constitución Política del Estado (Estructura y Organización Funcional del Estado). El Capítulo V no sólo define a las servidoras y servidores públicos, sino que establece los requisitos y valores que los mismos deben de tener, así como las obligaciones que deben cumplir, y con todo ello, parece que el artículo 240 recuerde en todo momento que será el mismo ciudadano el que podrá revocarles si concurren determinadas circunstancias. Efectivamente este capítulo hace referencia a las distintas clases de servidores públicos, diferenciando los que forman parte de la carrera administrativa, así como los cargos electos, los designados y quienes ejerzan funciones de libre nombramiento.

La revocación del mandato en la Constitución de Bolivia, es vista de esta forma, a parte de un instrumento de democracia participativa, sobre todo, como

pueblo boliviano en su conjunto", en Martínez Dalmau, R., en *El proceso constituyente boliviano (2006-2009) en el marco del nuevo constitucionalismo latinoamericano*, OXFAM, La Paz, p. 126, refiriéndose al proyecto de Constitución presentado en Sucre el 24 de noviembre de 2007, que fue aprobado en Grande por la Asamblea Constituyente.

un instrumento de control social de los gobernantes, remarcando este último carácter la ubicación dada del artículo 240 de la Constitución, que alinea la posición de los gobernantes (refiriéndose a cualquier autoridad electa, excepto los órganos judiciales) como supeditados al control continuo de la ciudadanía.

V. DIFERENCIA EN EL TRATAMIENTO DADO EN EL NUEVO CONSTITUCIONALISMO LATINOAMERICANO CON EL CONSTITUCIONALISMO LATINOAMERICANO TRADICIONAL.

Como podemos comprobar, la revocación del mandato en el Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano denota una importancia que va más allá de su consideración como un instrumento de participación ciudadana, sino que se convierte en un derecho fundamental de naturaleza política fundamentado en una nueva concepción de la democracia donde el mandato representativo queda diluido en una especie de híbrido de mandato imperativo, quedando por tanto supeditada la revocación del mandato de las autoridades electas a que el pueblo no pierda la confianza en la misma, aunque en Ecuador y Colombia si existen causales más explícitas.

En el constitucionalismo de corte tradicional en Latinoamérica, como ya se ha comentado, la introducción de la revocación del mandato ha sido más temida y circunscrita a los ámbitos locales, pero siempre tratada como un instrumento más de participación ciudadana, y no como un derecho fundamental de carácter político. Coincidiendo con la opinión de Rodríguez Campos[41] que considera que una de las razones por las que se puede apreciar que en en constituciones latinoamericanas de corte neoliberal la revocación del mandato no es considerada como un derecho político, es la denominada tesis de la irreversibilidad en materia de derechos fundamentales. Esta tesis afirma que cuando un derecho ha sido reconocido como fundamental por el ordenamiento jurídico de un país, este no puede ser derogado o expulsado del mismo en un momento posterior. Este autor, haciendo referencia al caso de Perú, aprecia que la supresión de la revocación del mandato como cualquier otro mecanismo de participación política, puede ser modificada o derogada sin mayor problema, siempre que se respete el procedimiento establecido por la Constitución y la legislación vigente. Este planteamiento no es susceptible de aplicación en el caso del nuevo Constitucionalismo Latinoamericano, donde la supresión de la revocación del mandato comportaría la necesidad de reestructurar el sistema político establecido.

VI. BREVE REFERENCIA DE LA PRÁCTICA DE LA REVOCACIÓN DEL MANDATO EN EL NUEVO CONSTITUCIONALISMO LATINOAMERICANO.

41 Rodríguez Campos, R.: "La revocatoria en el Perú: apuntes constitucionales y políticos". http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/CAAE0EDE67262D9205257C5B005DBA84/$FILE/Conociendo_Formato_Catalogacion_Junio2009.pdf septiembre 2017.

En el presente trabajo solo hemos hecho referencia al aspecto teórico de la revocación del mandato y la forma en la que esta figura es tratada y entendida en el nuevo constitucionalismo latinoamericano, convirtiéndose en un referente y una necesidad proclamada en las asambleas constituyentes. No podemos tratar los ejemplos prácticos puesto que esto derivaría en una extensión del artículo ahora no requerida.

Sin embargo, si considero conveniente hacer el comentario que la revocación del mandato se ha ido aplicando tanto en Colombia, como en Ecuador, Venezuela y Bolivia, tanto a nivel local, como a nivel presidencial, en concreto en Venezuela y Bolivia. Simplemente haré una breve referencia a los procesos de revocación que más incidencia han tenido, los procesos revocatorios presidenciales de Venezuela y de Bolivia.

En Bolivia el proceso de revocación del mandato presidencial de 2008, realmente fue un referéndum instado por el mismo gobierno y aceptado por las fuerzas de la oposición para que la ciudadanía se decantara a favor del presidente Evo Morales o por las fuerzas políticas que conformaban lo que se llamaba los territorios de la media luna. Si bien fue un referéndum revocatorio preconstitucional, es decir, realizado previamente a su reconocimiento y previsión constitucional, tuvo efectos pacificadores ante la gran crisis suscitada en el país, así como fue un acontecimiento importante para que posteriormente el pueblo de Bolivia reclamara la inclusión de la revocación del mandato en su nueva constitución como un instrumento de participación y control de los políticos, considerándose como un derecho político.

Venezuela ha tenido dos procesos de revocación presidencial. Uno contra el Presidente Hugo Chávez en el 2004 que si consiguió llegar al momento de la votación ciudadana, en el que se confirmó la permanencia del presidente Chávez en el poder, y el segundo proceso intentado contra el Presidente Maduro en 2017, que no llegó a término por desistimiento de los solicitantes ante las trabas y cortapisas institucionales para su celebración y final revocación del presidente.

El estudio del caso de Venezuela realmente conlleva a una conclusión desalentadora de la revocación del mandato, puesto que su legislación y manipulación institucional deja de lado la seriedad e importancia de la instituyó de la revocación del mandato como derecho político del pueblo.

En Colombia, Bolivia y Ecuador, el estudio de la legislación de desarrollo de esta institución permite concluir que se requiere de una mayor conexión entre las disposiciones establecidas y la idea fundamental que el nuevo constitucionalismo latinoamericano le ha otorgado a la revocación del mandato, resultando interesante una revisión de las mismas atendiendo a los principios constitucionales proclamados en el nuevo constitucionalismo Latinoamericano.

VI. CONCLUSIONES.

Desde el punto de vista teórico que ha sido el tratado en esta ponencia, resulta interesante el planteamiento en el nuevo constitucionalismo Latinoamericano en cuanto a la concepción de la democracia concebida desde su estado puro en cuanto a la soberanía del pueblo, conjugando este principio de base con la representación política. El encaje de la revocación del mandato en este nuevo constitucionalismo permite establecer premisas y pilares políticos novedosos, y exportables al resto de países que están encontrando brechas entre sus ciudadanos y autoridades electas, teniendo como consecuencias descontentos y apatías sociales ante los asuntos políticos.

La revocación del mandato en el nuevo constitucionalismo latinoamericano no se ve como instrumento más de democracia participativa, tal como ocurre en el constitucionalismo latinoamericano tradicional, que lo incorporó para acallar descontentos sociales en los que se pretendía dar imagen de apertura a una participación de la ciudadanía. En el nuevo constitucionalismo latinoamericano, la institución de la revocación del mandato se presenta como una idea transversal que impregna la constitución y el sistema político, puesto que se da paso a la concepción de un sistema basado en un mandato híbrido entre el imperativo y el representativo, donde se otorga la libertad correspondiente a los representantes para realizar sus gestiones, sin olvidar que el compromiso lo tienen con sus representados y son los intereses de éstos los que deben defender, así como responder por el compromiso adquirido y por el que fueron elegidos. Este control desde la distancia, respecto al cumplimiento de los gobernantes en sus tareas ayudaría a disminuir la lejanía y apatía creada entre ciudadanos y política.

Ahora bien, a pesar de que el incentivo de considerar la revocación del mandato desde las premisas establecidas en el Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano supondría un nuevo entendimiento de la política que el ciudadano está exigiendo y proclamando, su instrumentalización tendría que ser analizada con detenimiento y revisada respecto a los ejemplos de praxis impropias acaecidas en los procesos revocatorios ya realizados en estos países pioneros en relación al nuevo derecho político de revocación del mandato.

Ya empezamos a ver reflejos de la institución de la revocación del mandato presidencial en otras constituciones latinoamericanas, como la de México, donde quedaría pendiente analizar si efectivamente su inclusión marca un cambio de perspectiva de cosmovisión política.

BIBLIOGRAFIA

Aragón Reyes, M. y López González, J. L.: "Diccionario Electoral", Instituto Interamericano de Derechos Humanos San José de Costa Rica 2000, la voz "Revocación del Mandato", t. II, pp. 1141-1146.

Combellas, R.:

- "El proceso constituyente y la Constitución de 1999", en *Procesos constituyentes y reformas constitucionales en la historia de Venezuela: 1811-1999* (coord. E. Plaza y R. Combellas), Universidad Central de Venezuela, Caracas, 2005, t. I y II.

- "Representación versus participación en la constitución de la República Bolivariana de Venezuela. Análisis de un falso dilema", en *El sistema político en la Constitución Bolivariana de Venezuela*, *Estudios Latinoamericanos* (coord. R. Viciano Pastor y L. Salamanca), Tirant lo Blanch, Valencia, 2006.

Franzé, J.: "El discurso del malestar civil: la crisis de la política como crisis de lo político", en *El debate sobre la crisis de la representación política* (ed. A. J. Porras Nadales), Tecnos, 1996.

García Campos, A.: *La revocación del mandato: un breve acercamiento teórico*, http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/qdiuris/cont/1/cnt/cnt3.pdf, p. 25 (consultado en junio de 2015).

Guzmán Hernández, T. Y.: "Legados normativos para democratizar la revocatoria de mandato desde el (neo) constitucionalismo latinoamericano", en Viciano Pastor, R.: *Estudios sobre el nuevo Constitucionalismo Latinoamericano*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012.

Martínez Cárdenas, E. E.: "Revocatoria de mandato: ¿Ataque a la democracia representativa?", *Reflexión Política* 2013 15 (29), p. 88.

Martínez Dalmau, R., en *El proceso constituyente boliviano (2006-2009) en el marco del nuevo constitucionalismo latinoamericano*, OXFAM, La Paz.

Rodríguez Campos, R.: "La revocatoria en el Perú: apuntes constitucionales y políticos". http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/CAAE0EDE67262D9205257C5B005DBA84/$FILE/Conociendo_Formato_Catalogacion_Junio2009.pdf septiembre 2017.

Salamanca, L.: "La democracia directa en la Constitución Venezolana de 1999", en *El sistema político en la Constitución Bolivariana de Venezuela*, Estudios

Latinoamericanos (coord. R. Viciano Pastor y L. Salamanca), Tirant lo Blanch, Valencia, 2006.

Santana Santana, A.: *O direito de Revogaçao do Mandato Político Representantivo,* Edición del Autor, Curitiba, 2004.

Torres del Moral, A.: "Réquiem por el mandato representativo", *Revista de Derecho Político*, núm. 81, UNED, mayo-agosto, 2011, pp. 45-46.

Tuesta Soldevilla, F.: "La revocatoria en el Perú: entre la participación y la gobernabilidad local", en *La dosis hace el veneno. Análisis de la revocatoria del mandato en América Latina, Estados Unidos y Suiza* (coord. Y. Welp y U. Serdült), Edit. CNE de Ecuador e Instituto de la Democracia, Quito, 1ª ed., 2014.

Verdugo Silva, J. T.: *La revocación del mandato en el Ecuador, Países de la Comunidad Andina y del Continente Americano,* Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, 2007, http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con3_uibd.nsf/3C343874053D49F60525790B000917C7/$FILE/T519-MDE-Verdugo-LaRevocatoriadelMandato.pdf, consultado en mayo 2015, p. 25.

Viciano Pastor, R.: "Caracterización General de la Constitución Venezolana de 1999", en *El sistema político en la Constitución Bolivariana de Venezuela*, *Estudios Latinoamericanos* (coord. R. Viciano Pastor y L. Salamanca), Tirant lo Blanch, Valencia, 2006.

Welp, Y.:

- "La revocación del mandato en la encrucijada: mecanismos de democracia directa, participación, representación y democracia", en *Una onda expansiva. Las revocatorias en el Perú*, y América Lantina, Jurado Nacional de Elecciones, Lima, 2014.

- "De venenos y fármacos. La regulación y prácticas de la revocatoria del mandato en Suiza y las Américas" en n *La dosis hace el veneno. Análisis de la revocatoria del mandato en América Latina, Estados Unidos y Suiza* (coord. Y. Welp y U. Serdült), Edit. CNE de Ecuador e Instituto de la Democracia, Quito, 1ª ed., 2014.

- "¿Por qué Perú? Análisis de la revocación del mandato en perspectiva comparada, Elecciones", vol. 12, núm. 13, enero-diciembre 2013, ONPE.

EL DELITO DE ADMINISTRACIÓN DESLEAL: ANÁLISIS DE LA CONDUCTA TÍPICA

THE CRIME OF UNFAIR ADMINISTRATION: ANALYSIS OF THE TYPICAL BEHAVIOR

Rev. Boliv. de Derecho Nº 34, julio 2022, ISSN: 2070-8157, pp. 656-681

Víctor MUÑOZ CASALTA

ARTÍCULO RECIBIDO: 11 de febrero de 2022
ARTÍCULO APROBADO: 15 de junio de 2022

RESUMEN: La LO 1/2015 modificó radicalmente la descripción típica del delito de administración desleal, de tal suerte que su esfera punitiva se vio ampliada respecto su predecesor, el art. 295 CP. En el presente artículo se analiza el alcance de la conducta típica del delito de administración desleal, planteándonos, desde la configuración de los deberes inherentes a la administración, si en la misma caben los denominados comportamientos desleales o solamente los abusivos y si pueden castigarse los excesos extensivos, intensivos o ambos.

PALABRAS CLAVE: Administración desleal; abuso; deber de lealtad; deber de diligencia; discrecionalidad administración; exceso intensivo; exceso extensivo

ABSTRACT: *The LO 1/2015 radically modified the typical description of the crime of unfair administration, so that its punitive sphere was expanded with respect to its predecessor, art. 295 CP. This article analyzes the scope of the typical conduct of the crime of unfair administration, considering, from the configuration of the duties inherent to the administration, whether it includes the so-called unfair behaviors or only the abusive ones and whether the extensive or intensive excesses, or both, can be punished.*

KEY WORDS: *Unfair administration; abuse; duty of loyalty; duty of care; administrative discretion; intensive excess; extensive excess.*

SUMARIO.- I. INTRODUCCIÓN.- II. ELEMENTOS CONFIGURDORES DE LA CONDUCTA TÍPICA.- 1. Acción típica: ¿Abuso o infidelidad?.- A) Concreción de los deberes y facultades del administrador como límites a las facultades para administrar.- a) Deber de lealtad.- b) Deber de diligencia.- 2. La discrecionalidad en la gestión del patrimonio como límite en la aplicación del art. 252 CP.- 3. Interpretación del concepto jurídico-penal del exceso en el delito de administración desleal: ¿Exceso intensivo o extensivo?

I. INTRODUCCIÓN.

El presente artículo se centra en el estudio de la conducta típica que presenta el delito de administración desleal previsto en el art. 252 CP.

El delito de administración desleal presenta una descripción típica cuanto menos novedosa, ya que como se desarrollará a lo largo de las siguientes páginas, a diferencia de su antecesor -que describía la acción como una disposición fraudulenta de los bienes de la sociedad o la contracción de obligaciones a cargo de esta-, la nueva descripción prevista en el art. 252 CP no incluye las modalidades de acción, sino que se limita a tipificar el exceso en el ejercicio de las facultades de administrar.

Esta redacción, como veremos, plantea serias dudas respecto a la taxatividad del precepto, porque como analizaremos, nada obsta a integrar en el nuevo precepto el tipo de infidelidad que incluyó tanto el Anteproyecto de 2012 como el Proyecto de 2013 y que, sin explicación alguna, despareció del texto definitivo incluido en la LO 1/2015.

II. ELEMENTOS CONFIGURADORES DE LA CONDUCTA TÍPICA.

1. Acción típica: ¿Abuso o infidelidad?

La acción típica del delito de administración desleal del art. 252 CP consiste en la infracción de las facultades que una persona tiene para administrar un patrimonio ajeno, excediéndose en su ejercicio, siempre que tales funciones provengan de la ley, vengan encomendadas por la autoridad o sean asumidas mediante un negocio jurídico.

Como se puede comprobar, el legislador español no ha previsto una modalidad de acción concreta, sino que ha optado por prever una modalidad genérica de la que deberemos definir su radio de acción.

• Víctor Muñoz Casalta
Doctor en Derecho Penal por la Universidad Autónoma de Barcelona y profesor asociado de Derecho Penal de la Universidad Autónoma de Barcelona impartiendo actualmente la asignatura de Derecho Penal Económico. Además, es abogado en ejercicio, siendo su campo de especialización el Derecho Penal, y más concretamente el Derecho Penal Económico.

Podemos comprender la voluntad del legislador observando las diferentes redacciones dadas al art. 252 CP durante la tramitación parlamentaria de lo que finalmente fue la LO 1/2015. De hecho, ello nos ayudará a definir las concretas conductas que darán lugar a la acción típica.

El legislador español optó inicialmente -Anteproyecto de 2012- por seguir casi de forma literal el modelo alemán previsto en el § 266 StGB, incluyendo por tanto el tipo de deslealtad/infidelidad.

Así, el modelo alemán incluye en un mismo apartado dos conductas diferenciadas: el denominado tipo de abuso "Missbrauchstatbestand", cuya conducta consiste en abusar de las facultades para disponer de un patrimonio ajeno o para obligar a otro, facultades que deberán provenir de la ley, de encargo de la autoridad o negocio jurídico; y el denominado tipo de infidelidad "Treuebruchtatbestand", que castiga a quien lesione el deber que le incumbe de salvaguardar los intereses patrimoniales ajenos, derivados estos de la ley, de encargo de la autoridad, de negocio jurídico o de una relación de confianza con el sujeto pasivo. Para ambos preceptos se requiere un perjuicio a los intereses patrimoniales que se deben salvaguardar. Por tanto, vemos como la transcripción española prácticamente acoge en su totalidad la alemana.

Esta previsión se mantuvo de igual forma en el Proyecto de 2013 -en este variaron ciertos elementos de la conducta típica que referiremos más adelante-. Sin embargo, en el texto definitivo aprobado por la LO 1/2015 desapareció el ordinal segundo, por lo que a priori, desaparece el tipo de deslealtad/infidelidad que se preveía anteriormente al texto definitivo para restar únicamente una modalidad de acción muy parecida al abuso que contiene el § 266 StGB[1].

Sin embargo, y más allá de que el legislador optara por eliminar la modalidad de deslealtad/infidelidad del texto definitivo, la forma genérica con la que el legislador ha descrito la conducta típica plantea serias dudas sobre si en esta puede acogerse, además del tipo de abuso, el tipo de deslealtad/infidelidad.

Sobre esta cuestión, que sin género de dudas se configura como la más importante a los efectos de determinar el alcance del tipo del art. 252 CP, ya se habían pronunciado diversos autores con anterioridad a su eliminación por la LO 1/2015, esto es, cuando el propio texto la incluía como modalidad típica.

1 Martínez-Buján Pérez, C: *El delito de administración desleal de patrimonio ajeno,* Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, p. 78.

Fue el CF[2] de los primeros en advertir que, incluso cuando el art. 252 del Anteproyecto de 2012, así como del Proyecto de 2013, diferenciaban en el ordinal primero lo que podría asemejarse a una conducta de abuso, y en el ordinal segundo una conducta constitutiva de deslealtad/infidelidad; en realidad, el abuso requiere la preexistencia de un deber de cuidado patrimonial, por lo que es un subcaso de la alternativa de lesión del deber de fidelidad. Afirmaba el CF que el primer ordinal se refería a lo que la jurisprudencia había venido describiendo como exceso extensivo, y en el segundo ordinal se refería al exceso intensivo, conductas que hasta la modificación del art. 252 habían servido para diferenciar -entre otros criterios como el de la temporalidad de la disposición, p.ej.- la apropiación indebida del extinto art. 253 CP de la administración desleal del también extinto art. 295 CP.

Sin embargo, siguiendo la comparativa con el modelo alemán, se expone que el legislador alemán unificó la denominada teoría del abuso con la denominada teoría del deber de fidelidad, ya que para la doctrina mayoritaria alemana, así como para la jurisprudencia, unificar ambas teorías supone evitar un desbordamiento típico del § 266 StGB, siendo finalmente que la acción consiste en una disposición o una creación de obligaciones jurídicamente eficaces, más allá de la relación establecida, lo que supone una lesión de un deber especial existente en la relación interna entre sujeto pasivo y sujeto activo, por lo que el tipo de abuso que prevé el precepto alemán no deja de ser un subcaso de la alternativa de lesión del deber de fidelidad, ya que el primero requiere la preexistencia de un deber de cuidado patrimonial.

Al respecto, concluía el CF que la mejor opción, en aras a conseguir una visión unitaria del delito de administración desleal, era la de refundir ambos apartados en uno solo. También interesó el CF la sustitución de los verbos típicos, interesando la sustitución de las *facultades para disponer* que se preveían en el art. 252 del Anteproyecto, por las *facultades para administrar*, al entender que el abuso de las facultades no se produce solamente mediante la realización de actos de enajenación, sino también mediante la instauración de cargas, gravámenes y cambios de contenido una posición jurídica.

Una vez aprobado el texto definitivo y desaparecido el tipo de infidelidad que preveía el art. 252.2 del Anteproyecto de 2012 y del Proyecto de 2013, las críticas a la inclusión del segundo en el primero (esto es, a la inclusión de la modalidad de infidelidad en la modalidad de abuso) han continuado produciéndose. Dichas críticas se han articulado respecto el hecho de que el tipo de abuso definitivamente previsto en el art. 252 CP se aparta ligeramente del tipo de abuso alemán, cuyas

2 Fiscalía General del Estado: "Informe del CF al Anteproyecto de ley orgánica por la que se modifica la Ley orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del código penal", Madrid, 8 de enero de 2013, p. 227.

conductas consisten en la disposición abusiva de los bienes administrados o en la contracción abusiva de obligaciones, las cuales resultan prácticamente idénticas a las modalidades de acción que preveía el extinto art. 295 del Código Penal.

A mayor abundamiento, nuevamente debe señalarse que el Anteproyecto de 2012 hacía referencia a "las facultades para disponer sobre un patrimonio ajeno", por lo que todo hacía pensar que el ámbito de delimitación típica se centraría en las disposiciones abusivas y en la contracción abusiva de obligaciones, esto es, manteniendo las modalidades de acción del antiguo 295 CP pero trasladando su ámbito de aplicación al patrimonio ajeno, y no solamente societario. Sin embargo, esta descripción típica fue modificada en el Proyecto de 2013, muy seguramente por las críticas al respecto formuladas tanto por el CF como por el Consejo de Estado, quien en su Dictamen sobre el Anteproyecto de 27 de junio de 2013 sugirió al legislador reconsiderar el uso de los verbos que describen la acción típica, ya que consideraba más adecuado sustituir la expresión "excederse en las facultades para disponer", por la expresión "excederse en las facultades para administrar", ya que se consideraba que el abuso de las facultades no solo existe mediante la realización de actos de enajenación, sino que puede ser más amplio[3].

Así, producida la anterior modificación, podemos deducir que la *voluntas legislatoris* era la de incluir en el art. 252 CP no solamente las conductas consideradas tradicionalmente como abusivas, sino también aquellas que pudieran ser propias de una modalidad típica de deslealtad/infidelidad.

Así lo interpreta Gili Pascual[4] cuando expone que con esta modificación se produce en realidad un ensanchamiento de las conductas típicas que se pueden incluir en el art. 252 CP, puesto que según el autor, lo que se infringen son deberes, mientras que de lo que se abusa es de las facultades, poniendo como ejemplos la desatención de los deberes de velar por los intereses del administrado -supuesto del art. 1899 del CC-, o en el ámbito societario, de desempeñar el cargo con la lealtad de un fiel representante, obrando de buena fe y en el mejor de los intereses de la sociedad -art. 227 TRTRLSC-.

3 Consejo de Estado: ·Anteproyecto de ley orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal", *Dictamen del Consejo de Estado 358/2013*, Madrid, 27 de junio de 2013

4 Gili Pascual, A: "Administración desleal genérica. Incidencia en la apropiación indebida y otras figuras delictivas (Arts. 252 y ss. CP)", en AA.VV.: *Comentarios a la reforma del Código Penal de 2015* (dir. J.L González Cussac; coord. E. Górriz Arroyo y A. Matallín Evangelia), Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, p. 774. También señala el autor la influencia de esta concepción en otras figuras, citando a modo de ejemplo: la comisión de ilícitos (penales o no) capaces de acarrear consecuencias patrimoniales en el representado, la revelación de secretos, el uso no dispositivo para fines personales de los recursos de la empresa, la vulneración de obligaciones de no competencia contraídas por el administrador, o incluso en comportamientos omisivos, como la no evitación de lesiones al patrimonio, la omisión de los deberes de vigilancia por parte de quienes ostenten facultades de organización y control dentro de una persona jurídica, el no ejercicio de acciones administrativas o judiciales de las que se derive pérdida de derechos económicos para el administrado o el desaprovechamiento de posibilidades ciertas de incrementar el patrimonio.

En este sentido, resulta interesante la reflexión que realiza Gallego Soler[5] -sobre un ámbito determinado, que en este caso se refiere a la administración de una sociedad de capital-. El autor nos habla de los deberes genéricos de lealtad y obligaciones que se derivan del propio cargo (art. 225, 227 y 228 TRLSC) para concluir que a los efectos de la determinación de la conducta típica lo importante no es tanto las facultades que se tenían para realizar la conducta típica, sino el modo en el que estas se han ejercitado, siendo que la esencia de la deslealtad radica en la vulneración de los deberes descritos anteriormente, y no tanto en la vulneración de las facultades de gestión. Por lo que, si bien no se indica expresamente, entiendo que para el autor sí que debe incluirse en la modalidad comisiva del art. 252 CP las conductas propias de la deslealtad/infidelidad.

Contrario a esta tesis se muestra Bacigalupo Zapater[6]. Para el autor, el hecho de haber eliminado el legislador en el último momento el tipo de deslealtad/infidelidad, supone una inequívoca voluntad por parte del mismo de no incluir en la conducta típica los deberes emanados de una especial relación de confianza. Así, puntualiza el autor que el deber de obrar con la lealtad de un fiel representante, obrando de buena fe y en el mejor interés de la sociedad -que define el art. 227 TRLSC-, no constituye una cláusula general que permita derivar deberes distintos de los que especifican los arts. 228 y 229 TRLSC. Consecuentemente, el delito de administración desleal solo se refiere a la infracción de los deberes que la nueva redacción de esas disposiciones puntualiza. Se trata de un problema interpretativo de gran trascendencia, pues está relacionado con la concreción del tipo penal de la administración desleal.

Barja de Quiroga[7] discrepa de la tesis anterior, puesto que para el autor indudablemente existen dos tipos diferenciados en el mismo precepto: el tipo de abuso y el tipo de infidelidad. Para Barja de Quiroga, el administrador que no desempeña su cargo con "la lealtad de un fiel representante o que ejercita sus facultades con fines distintos de aquellos para los que le han sido concedidas", actúa fuera de los límites de lo autorizado por la ley (arts. 227 y 228 TRLSC), por lo que a su vez actúa excediéndose de los límites de las facultades en el sentido prohibido por el art. 252 CP.

5 Un análisis en mayor profundidad se puede encontrar en Gallego Soler, J.I: "SECCIÓN 2ª DE LA ADMINISTRACIÓN DESLEAL", en AA.VV.: *Comentarios a la reforma del Código Penal: reforma LO 1/2015 y LO 2/2015* (dir. M. Corcoy Bidasolo y S. Mir Puig; coord. J.S Vera Sánchez), Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pp. 881-883.

6 Bacigalupo Zapater, E: "La reforma de la Ley de Sociedades de Capital y el nuevo delito de administración desleal", *Diario La Ley*, 2015, núm. 8637, pp. 3-4.

7 López Barja de Quiroga, J: La reforma de los delitos económicos. La administración desleal, la apropiación indebida y las insolvencias punibles, Aranzadi, Navarra, 2015, p. 170.

Martínez-Buján[8], sin embargo, aunque de forma reticente, considera que con la actual regulación del art. 252 CP pueden castigarse meras conductas de falta de lealtad o de probidad en el administrador. Para el autor, dado que el legislador finalmente mantuvo inalterada la figura del apartado 1 del art. 252 del Proyecto de 2013, en la que recordemos, se castiga la infracción, con exceso, de las facultades de administración, no existe impedimento para incluir en el art. 252 CP aquellas conductas más propias de un deber de leatad/fidelidad.

De hecho, el autor propone *de lege ferenda* optar por una caracterización del delito de administración desleal más cercana a la que preveía el antiguo art. 295 CP, definiendo la modalidad de acción como disponer de bienes -el autor también añadiría "usarlos"- y contraer obligaciones. A estas modalidades el autor añadiría otras, sobre todo para prever determinadas conductas omisivas capaces de generar un perjuicio al patrimonio administrado.

Ramos Rubio[9] critica la deficiente redacción que previó el Proyecto de 2013 para el art. 252, al considerar que se había descrito con inadmisible vaguedad la conducta punible, puesto que lo que realmente pretendía castigar el legislador era la infracción de los deberes y obligaciones propios de aquel que ostente las facultades para administrar el patrimonio, y no de cualquier forma, sino excediéndose en las mismas. De esta forma, plantea el autor la problemática que surgirá en la interpretación del art. 252 CP por parte de los tribunales, puesto que si bien es cierto que frecuentemente los tribunales se refieren a las EdM de las leyes de reforma del Código Penal, o las del propio Código Penal, como elementos hermenéuticos de los correspondientes tipos penales, no acepta el autor que la descripción contenida en la EdM del Proyecto de 2013 constituya una interpretación auténtica del tipo de administración desleal.

Finalmente, el autor opta como opción más conveniente la de sancionar expresamente las principales conductas constitutivas de abuso, tanto por acción como por omisión, diferenciando en el primer grupo la extralimitación en las facultades de disposición del patrimonio administrado o la contracción de obligación a cargo de éste, así como la utilización indebida de los bienes y recursos del patrimonio que se administra; y en el segundo grupo, tanto el consciente desprecio de las posibilidades razonablemente seguras de incrementar el patrimonio administrado o el desvío a tercero de dicha oportunidad, como la omisión consciente de la conducta razonablemente posible y necesaria para evitar una lesión al patrimonio administrado.

8 En Martínez-Buján Pérez, C: "El delito", cit., pp. 525-526.

9 Ramos Rubio, C: "El nuevo delito de administración desleal", AA.VV.: *Comentario a la reforma penal de 2015* (dir. G. Quintero Olivares), Aranzadi, Pamplona, 2015, p. 535.

De hecho, Pastor Muñoz y Coca Vila[10] se plantean por qué el legislador, al definir la conducta típica, no habla de *"infracción del deber de velar"*, en lugar de *"infracción de facultades"* mediante el exceso en su ejercicio. En opinión de los autores, la tipificación de la infracción de facultades obedece a la voluntad del legislador de acotar la conducta penalmente relevante a las conductas que suponen ejercicios de la función de administrador, para dejar fuera las actuaciones fácticas que el administrador pueda llevar a cabo utilizando la accesibilidad fáctica al patrimonio vinculada a su posición. La infracción de facultades se refiere al ejercicio de las mismas, de manera que restan fuera del art. 252 CP aquellos riesgos de perjuicio para el patrimonio administrado generados por conductas distintas a la utilización del poder de administración conferido al autor, por lo que el administrador infringe el deber de velar por los intereses patrimoniales administrados. Concluyen los autores indicando que el art. 252 CP no solamente abarca conductas consistentes en el ejercicio eficaz de la facultad de celebrar negocios jurídicos que vinculen al patrimonio frente a terceros, sino que también abarca los actos de administración que puedan considerarse nulos, si estos generan efectos perjudiciales, o los actos celebrados en el ejercicio de las facultades, pero excediendo sus límites.

Si bien el estudio se realizó sobre el Anteproyecto de 2012, y por tanto, cuando el art. 252 diferenciaba las dos modalidades de comisión, resultan interesantes las ideas apuntadas en su momento por Nieto Martín[11]. Tras elaborar una propuesta de *lege ferenda* sobre la regulación del art. 252 CP, el autor apunta una serie de ideas interesantes. De hecho, cuando habla del tipo de infidelidad, afirma que esta se considera para la doctrina mayoritaria la esencia del delito de administración desleal, mientras que el abuso supondría una mera concreción.

Nieto Martín afirma que la función del tipo de infidelidad radica en la protección del patrimonio de los daños que puedan tener lugar en la esfera interna de la relación y en sancionar comportamientos consistentes en no hacer uso de las facultades de disponer o obligar, es decir, comportamientos omisivos. De hecho, el autor, en su propuesta de configuración típica, opta por recoger los supuestos de infidelidad más frecuentes en la práctica para prescindir así de una idea de tipificación genérica del tipo de infidelidad.

Y es que, para mí, la inclusión de la modalidad de infidelidad en el art. 252 CP pasa por el estudio del alcance de *las facultades para administrar* a que se refiere el art. 252 CP. Como ya se ha indicado anteriormente, en el Anteproyecto de 2012 el legislador, en la configuración típica del art. 252, hacía referencia a las *facultades*

10 Pastor Muñoz, N., y Coca Vila, I: El delito de administración desleal: claves para una interpretación del nuevo art. 252 del Código Penal, Atelier, Barcelona, 2016, p. 121.

11 Nieto Martín, A: "Administración desleal", en AA.VV.: *Estudio crítico sobre el Anteproyecto de reforma penal de 2012* (dir. F. Álvarez García; coord. J. Dopico Gómez-Aller), Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 798 y ss.

para disponer. Sin embargo, en el Proyecto de 2013 este término se sustituye por *facultades para administrar*. En un primer momento, ya podemos comprobar como la amplitud del término "administrar" supone la atribución de un mayor número de deberes y facultades que las que supone el término "disponer". De hecho, si acudimos al diccionario de la Real Academia de la Lengua Española y buscamos el término "administrar", podemos comprobar como entre otras definiciones, el mismo se refiere a ordenar, disponer, organizar, en especial la hacienda o los bienes. Esto es, dentro de la acción de administrar ya se incluye la de disponer, pero no a la inversa. Por tanto, ya en un primer momento advertimos como el legislador -quizá inconsciente de la magnitud de tal modificación- optó por un término que permite introducir conductas propias de una infidelidad/deslealtad, y no solamente aquellas constitutivas de un abuso.

Mas no solamente debe tenerse en cuenta lo anterior, sino que, aludiendo de nuevo al término "administrar", debemos preguntarnos qué significa administrar un patrimonio.

Administrar supone un acto de asunción de una esfera patrimonial determinada para gestionar rigiéndose por el interés del titular del patrimonio que se administra. En suma, el administrador asume el compromiso de velar por el patrimonio administrado, por lo que el mismo asume una posición de garantía[12]. Por lo tanto, el art. 252 CP viene regido por un deber de velar por los intereses patrimoniales, siendo que una conducta contraria a este deber, que suponga una afección a estos intereses, cometida mediante exceso por parte del administrador, con dominio del hecho, y, además, en última instancia cause un perjuicio al patrimonio administrado, será la conducta punible. Se trata en definitiva de una posición mixta, inclusiva de elementos de los delitos de infracción de deber[13][14] y elementos de los delitos de

12 Muy interesante al respecto la reflexión de Pastor Muñoz, N., y Coca Vila, I: "El delito", cit., pp. 109 y ss. En este punto los autores hablan de la posición de garantía jurídico-penal y su deslinde de los deberes jurídico-privados del administrador. Para estos, el tipo de administración desleal no es una norma penal prevista para castigar la infracción de deberes jurídico-privados, sino para sancionar al sujeto que infringe los deberes propios de una posición de garantía jurídico-penal. Así, para estos, en muchas ocasiones autor y víctima definen su relación interna incorporando un negocio jurídico tal como viene definido por la legislación de derecho privado, de manera que los deberes jurídico-privados propios del negocio jurídico forman parte de la posición de garantía jurídico-penal, Lo mismo ocurre con las posiciones de garantía institucionales, en las que la ley deja poco o ningún margen a la configuración o redefinición de los contenidos de la posición de garantía. En definitiva, el art. 252 CP no es un tipo penal en blanco que tipifica la infracción de deberes jurídicos extrapenales, sino que su punibilidad se fundamenta en un injusto propio, en la infracción de los deberes propios de la posición de garantía jurídico-penal asumida por el autor.

13 Así lo consideran, entre otros autores, Pastor Muñoz, Coca Vila y Vera Rivera.

14 Si bien el estudio se realizó sobre el antiguo art. 295 del Código Penal, resulta muy interesante citar a Mayo Calderón, B: La tutela de un bien jurídico colectivo por el delito societario de administración fraudulenta. Estudio del artículo 295 del Código Penal español y propuesta de lege ferenda, Comares, Granada, 2005, pp. 264 y ss. Para la autora, el antiguo art. 295 no era un delito de infracción de deber, sino un delito de dominio social. La misma basa su tesis en que el fundamento de la administración desleal es el abuso, por lo que se trata de un delito de dominio, siendo que la infracción del deber solamente sería el vehículo comisivo. Cierto es que la autora para construir su teoría parte del rechazo a la categoría de los deberes de infracción, entendiendo que esta es rechazable como forma general de explicar los delitos. También en Martínez-Buján Pérez, C: El delito societario de administración desleal, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, pp. 64-65, el autor considera el antiguo 295 CP como un delito de dominio, sin embargo, las razones de

dominio, ya que en definitiva, lo que resulta punible es la infracción del deber de protección de patrimonio, porque el sujeto activo que abusa se excede, pero es que para ser sujeto activo debe ostentarse la posición de administrador, por lo tanto, este abusa o se excede en el ejercicio de sus competencias como tal.

El art. 252 CP genera un deber de protección patrimonial, siendo que el núcleo del mismo se encuentra en las relaciones normativas previas que existen entre administrador y titular del patrimonio administrado.

En definitiva, tal y como señala Vera Rivera[15], son estas relaciones normativas previas las que tienen como fundamento genérico el deber de lealtad que el administrador debe procurar respecto del titular del patrimonio administrado.

A) Concreción de los deberes y facultades del administrador como límites a las facultades para administrar.

Por tanto, según he apuntado ya, el delito del art. 252 CP es un delito mixto. Sin embargo, la propia descripción típica del art. 252 se construye en base a las *facultades para administrar*, las cuales deberán *infringirse excediéndose en el ejercicio de las mismas*. Lo anterior supone que la infracción de un deber sólo será típica cuando se cometa a través de la infracción de una facultad, es decir, solamente la infracción de un deber que se pueda subsumir en el ejercicio de una facultad será típica[16].

Así, recordemos que según el art. 252 CP, el origen de las facultades para administrar debe provenir de la ley, debe ser encomendada por la autoridad o asumidas mediante un negocio jurídico. Todos los títulos generarán una serie de deberes y facultades diferentes. Sin embargo, y más allá de los títulos enunciados, considero que el legislador no ha abandonado aún la concepción del delito de administración desleal como delito societario, en el sentido de que si bien es cierto que como anteriormente indicaba, siguiendo la línea de Pastor Muñoz y Coca Vila, deberemos distinguir entre la posición de garantía que ocupa el sujeto activo como garante jurídico-penal del patrimonio, de los deberes jurídico-privados que al sujeto activo vinculan con el titular del patrimonio y cuya protección radicará en otros órdenes jurisdiccionales, todo apunta a que en aras de definir, y sobre todo, de poder limitar el alcance punitivo del art. 252, debemos tomar como marco de referencia las facultades, obligaciones y deberes que ostenta el administrador

éste varían sustancialmente de las de Mayo Calderón, ya que el autor entiende que el antiguo 295 CP se identificaba con el tipo de abuso alemán, el cual es un delito de dominio, y no por el contrario con el tipo de infidelidad, que sí que era un delito de infracción de deber.

15 Vera Rivera, M.C: El delito de administración desleal: criterios de política criminal, fundamentación del injusto y análisis de la tipicidad objetiva, Aranzadi, Madrid, 2016, p. 229.

16 Segrelles de Arenaza, I: "El delito de administración desleal: viejos y nuevos problemas", *La Ley Penal,* 2016, núm. 121, p. 6.

en el ámbito de las personas jurídicas, dado que será en este ámbito en el que encontraremos una mayor depuración sobre los límites de las facultades para administrar a las que se refiere el art. 252.

En este sentido, Vera Rivera[17] considera que el deber de lealtad que el administrador tiene respecto del patrimonio administrado se observa con mucha mayor claridad en los supuestos del órgano de administración, ya que éste viene obligado conforme el TRLSC a cumplir con el deber de lealtad. De similar planteamiento parte Segrelles[18], para el que las facultades de administración tienen dos límites: el deber de lealtad y el deber de diligencia. Analicemos a continuación el contenido de ambos.

a) Deber de lealtad

El mismo viene recogido en el art. 227 de la TRLSC, el cual nos indica, en su apartado primero:

"Los administradores deberán desempeñar el cargo con la lealtad de un fiel representante, obrando de buena fe y en el mejor interés de la sociedad".

Como podemos comprobar, la amplitud del precepto resulta a todas luces contraria al principio de taxatividad penal, generando serios problemas de incardinación en el art. 252 CP. Sin embargo, no podemos decir lo mismo respecto del art. 228 del TRLSC, pues este, a efectos de tipicidad, sí puede servir de referencia para "acotar" el alcance típico, ya que este se refiere a las obligaciones derivadas del deber de lealtad. Así, el artículo 228 del TRLSC nos indica:

"En particular, el deber de lealtad obliga al administrador a:

a) No ejercitar sus facultades con fines distintos de aquéllos para los que le han sido concedidas.

b) Guardar secreto sobre las informaciones, datos, informes o antecedentes a los que haya tenido acceso en el desempeño de su cargo, incluso cuando haya cesado en él, salvo en los casos en que la ley lo permita o requiera.

c) Abstenerse de participar en la deliberación y votación de acuerdos o decisiones en las que él o una persona vinculada tenga un conflicto de intereses, directo o indirecto. Se excluirán de la anterior obligación de abstención los acuerdos o decisiones que le afecten en su condición de administrador, tales como

17 Vera Rivera, M.C: "El delito", cit., p. 230.

18 Segrelles de Arenaza, I: "El delito", cit., p. 6.

su designación o revocación para cargos en el órgano de administración u otros de análogo significado.

d) Desempeñar sus funciones bajo el principio de responsabilidad personal con libertad de criterio o juicio e independencia respecto de instrucciones y vinculaciones de terceros.

e) Adoptar las medidas necesarias para evitar incurrir en situaciones en las que sus intereses, sean por cuenta propia o ajena, puedan entrar en conflicto con el interés social y con sus deberes para con la sociedad."

Al respecto del contenido del apartado a) del precepto, "no ejercitar sus facultades con fines distintos de aquéllos para los que le han sido concedidas", indica Segrelles[19] que combinando este precepto con el art. 252 CP, existe una infracción de las facultades de administración cuando, excediéndose el administrador en el ejercicio de las mismas, estas se ejercitan con fines distintos a aquellos para los que fueron concedidas. A modo de ejemplo, se refiere el autor a quien vende bienes de la sociedad a un precio objetivamente bajo e inadecuado a las condiciones del mercado y de la empresa. Para el autor, el administrador está infringiendo la confianza en él depositada y el deber de lealtad que le corresponde, excediéndose así en el ejercicio de sus facultades, al ejercitarlas para fines distintos de aquéllos para los que le han sido concedidas. En base a este planteamiento, razona el autor que también puede construirse la conducta omisiva del tipo -aunque considera que no cabe la conducta omisiva en el art. 252 CP-.

Es interesante como Segrelles no incluye el resto de los supuestos recogidos en el art. 228 del TRLSC[20], ya que, para el mismo, estos deberes no son facultades, y ello porque según las propias palabras del autor, "en la dialéctica deber-facultad cuando el deber deja margen de decisión –discrecionalidad— la facultad correlativa existe, pero cuando el deber no deja margen de decisión para actuar de una manera u otra, la facultad deja de existir, pierde su contenido sustantivo"[21].

De igual forma, Vera Rivera[22] considera que la descripción del art. 227 del TRLSC es una prescripción que coincide con lo que el legislador ha pensado para

19 Segrelles de Arenaza, I: "El delito", cit., p. 7.

20 Tales supuestos son: guardar secreto sobre las informaciones, datos, informes o antecedentes a los que haya tenido acceso en el desempeño de su cargo, incluso cuando haya cesado en él, salvo en los casos en que la ley lo permita o requiera, abstenerse de participar en la deliberación y votación de acuerdos o decisiones en las que él o una persona vinculada tenga un conflicto de intereses, directo o indirecto, desempeñar sus funciones bajo el principio de responsabilidad personal con libertad de criterio o juicio e independencia respecto de instrucciones y vinculaciones de terceros, y por último, adoptar las medidas necesarias para evitar incurrir en situaciones en las que sus intereses, sean por cuenta propia o ajena, puedan entrar en conflicto con el interés social y con sus deberes para con la sociedad.

21 Segrelles de Arenaza, I: "El delito", cit., p. 7.

22 Vera Rivera, M.C: "El delito", cit., pp. 230-235. Si bien, más profundamente, la autora señala que la diligencia y la lealtad se convierten en los rasgos esenciales del patrón de conducta de un administrador, en el marco

la administración desleal, considerando que esta prescripción se puede extrapolar respecto de cualquier administrador de cualquier patrimonio.

Una muy interesante reflexión es la elaborada por Pastor Muñoz y Coca Vila[23]. Para los autores, el elemento determinante para definir el alcance del tipo previsto en el art. 252 CP radica en el deber de lealtad del administrador. Si la infracción del indicado deber resulta idónea para producir un perjuicio en el patrimonio administrado, entonces la conducta resulta típica. Ello es así porque el legislador, en la configuración típica del art. 252, alude a las facultades para administrar, y no por el contrario a las facultades específicas de disponer o contraer obligaciones, como sí hacía en el antiguo art. 295 CP, por lo tanto, el precepto finalmente aprobado parece mostrarnos la voluntad del legislador, traducida en abandonar la idea de configurar el art. 252 como únicamente un tipo de abuso, ya que sustituyendo las facultades para disponer que preveía el Anteproyecto de 2012 por las facultades para administrar que ya introdujo en el Proyecto de 2013, no cabe duda que el legislador pretendía ampliar el abanico punitivo del art. 252, ya que en el término facultades para administrar no se recogen única y exclusivamente aquellas dirigidas a la disposiciones de bienes o la contracción de obligaciones, sino que el ámbito de actuación es mucho más amplio, ya que en el mismo se incluyen todas las tomas de decisiones que realiza el administrador sobre el patrimonio administrado, entre las que se pueden incluir no solamente aquellas que podríamos considerar activas -como sería la disposición de bienes o la contracción de obligaciones-, sino también aquellas que podríamos considerar pasivas -no ejercitar acciones que generan un perjuicio al patrimonio administrado-.

b) Deber de diligencia

De igual forma que ocurre con el deber de diligencia, el deber de lealtad perfila la esfera del injusto punible en el delito de administración desleal.

Recogido en el art. 225 de la TRLSC, reza:

"1. Los administradores deberán desempeñar el cargo y cumplir los deberes impuestos por las leyes y los estatutos con la diligencia de un ordenado empresario, teniendo en cuenta la naturaleza del cargo y las funciones atribuidas a cada uno de ellos.

de la ley. Habla también de un límite inferior, donde sitúa el principio de buena fe como norma o conducta que exige actuar de una forma determinada y no de otra al administrador. Y de un límite superior, donde sitúa el deber general de diligencia, cuyo cumplimiento desdobla en dos deberes: el deber de diligencia y el deber de lealtad.

23 Pastor Muñoz, N., y Coca Vila, I: "El delito", cit., pp. 119 y ss.

2. Los administradores deberán tener la dedicación adecuada y adoptarán las medidas precisas para la buena dirección y el control de la sociedad.

3. En el desempeño de sus funciones, el administrador tiene el deber de exigir y el derecho de recabar de la sociedad la información adecuada y necesaria que le sirva para el cumplimiento de sus obligaciones."

El apartado primero define en esencia la diligencia que se espera del administrador de un patrimonio, que se puede trasladar del ámbito societario al ámbito de cualquier otro patrimonio, ya que como indicaba en líneas anteriores, cuando dichas facultades provengan de la autoridad o de cualquier otro negocio jurídico, deberemos distinguir entre los deberes jurídico-penales y los deberes jurídico-privados, ya que serán los primeros los que encontrarán punibilidad en el ámbito del delito del art. 252 CP. Y en este sentido, resulta muy interesante la reflexión de Segrelles[24], ya que, para el mismo, resulta necesaria una combinación de los números 2 y 3 del art. 225 de la TRTRLSC para establecer un criterio de imputación objetiva, al establecer el número 2 del art. 225 de la TRLSC la posición de garante que ocupa el administrador, y el art. 3 de la TRLSC el deber-derecho de información. Así, razona el autor que cuando el administrador toma una decisión, y actúa en consecuencia de la información necesaria con la que ha contado, nos encontraremos ante una conducta atípica, incluso habiéndose producido un perjuicio patrimonial.

En cuanto a los límites a las facultades para administrar, Vera Rivera[25] configura otra categoría, que en mi opinión podría interpretarse como una mezcla de las anteriores y que la misma denomina *deber de protección patrimonial.* Para Vera Rivera, el *deber de protección patrimonial* se articula como un deber positivo de ayuda y fomento del bien jurídico, cuyo origen radica en un deber de lealtad previsto en la normativa extrapenal. Este deber no solamente incluye el deber genérico de no causar daños sobre el patrimonio que se administra, sino que se debe actuar de modo que se ayude y fomente el bien jurídico encomendado, que en este caso es el patrimonio. Tal planteamiento se justifica porque en los delitos de infracción de deber, su fundamento reside en la protección de unas concretas instituciones, protección que se realiza mediante deberes positivos que la doctrina suele llamar de ayuda o fomento respecto del bien jurídico. Para la autora, en el delito de administración desleal, estos deberes positivos a los que se aludía se denominan deberes de protección patrimonial, y su fin es el de garantizar que las relaciones entre los titulares de los patrimonios y los administradores se realicen dentro de los límites normativos establecidos previamente.

24 Segrelles de Arenaza, I: "El delito", cit., p. 8.

25 Vera Rivera, M.C: "El delito", cit., pp. 235-239.

2. La discrecionalidad en la gestión del patrimonio como límite en la aplicación del art. 252 CP.

Otra categoría que aparece necesaria para la configuración típica del delito de administración desleal se refiere al grado de autonomía/discrecionalidad de la que dispone el administrador.

Configurado el delito de administración desleal como un delito mixto, resta abordar el margen de autonomía que dispone el administrador en su actuación regida por el deber de velar por el patrimonio administrado. De hecho, se trata de una cuestión que ya ha abordado la doctrina y la jurisprudencia alemana, las cuales han coincidido en restringir el círculo de sujetos activos idóneos sobre la base de la autonomía en la gestión, determinando que existe una facultad auténticamente autónoma cuando el sujeto encargado de velar por el patrimonio podía obrar de otro modo[26].

Recordemos que cuando anteriormente he abordado la definición del término *administrar* ofrecida por la RAE, este ha sido definido como "ordenar, disponer, organizar, en especial la hacienda o los bienes". Es decir, el término administrar, según su definición etimológica, requiere de un cierto margen de discrecionalidad en su gestión, de que el autor pueda encontrarse ante varias alternativas de decisión.

Sin embargo, lo que debemos determinar en este caso es el grado de discrecionalidad/autonomía del que debe gozar el administrador para considerar su conducta subsumible en el art. 252 CP, en otro tipo penal o, por el contrario, atípica.

En este sentido, coincido con la opinión de Pastor Muñoz y Coca Vila[27], quienes apuestan por un grado amplio de autonomía en la gestión del patrimonio, ya que en el delito de administración desleal, el titular del patrimonio desplaza al administrador su esfera patrimonial, desatendiéndose por tanto de dicho patrimonio, que deberá ser gestionado y controlado por el administrador, quien deberá hacerlo velando por los intereses del titular, es decir, se produce una cesión del poder de decisión a favor del administrador. Así, se específica que cuando el autor solamente dispone de una autonomía mínima consistente únicamente en poder actuar de otro modo, no se puede hablar de una cesión del poder de decisión a favor del administrador, puesto que el titular del patrimonio no se ha

26 Martínez-Buján Pérez, C: "El delito", cit., p. 88.

27 Pastor Muñoz, N., y Coca Vila, I: "El delito", cit., p. 115. En mayor profundidad puede leerse como los autores analizan las posiciones en la doctrina y la jurisprudencia alemana respecto el grado de autonomía del que debe disponer el administrador. En este sentido realizan una comparativa entre la figura de la autonomía "mínima" y la autonomía "amplia".

retirado, en todo o en parte, de su esfera patrimonial, por lo que tampoco se puede decir que el titular del patrimonio ha desplazado la gestión de su patrimonio al administrador.

Y es que, además, la tesis expuesta ut supra debe ponerse en relación con la nueva figura de la apropiación indebida del art. 253 CP.

En tal sentido, simplemente señalaré, para que se entienda el presente argumento, que considero el grado de autonomía en la gestión del patrimonio como uno de los elementos diferenciadores del delito de apropiación indebida del art. 253 CP con la administración desleal del art. 252 CP. Por ello, en aquellos casos en los que el administrador no disponga de un margen de autonomía amplio, sino que únicamente deba obedecer a un mandato determinado, existiendo una obligación concreta de darle un destino específicamente determinado al bien objeto administrado, y no lo haga, generándose un beneficio para él o para un tercero, nos encontraremos ante un delito de apropiación indebida, ya que precisamente ese margen de autonomía mínima del que hablábamos antes es el que nos permitirá, entre otros elementos, y no en todos los supuestos, incardinar la conducta en el art. 253 CP[28].

De hecho, Nieto Martín[29] encuentra la esencia del deber de salvaguarda propia de la administración desleal en "tener capacidad para disponer u obligar jurídicamente al patrimonio ajeno, pero siempre que además el autor tenga un margen de discrecionalidad relevante". Para el mismo, cuando no existe este margen de discrecionalidad, existirá un delito de apropiación indebida. Idéntica opinión defiende Martínez-Buján[30].

3. Interpretación del concepto jurídico-penal del exceso en el delito de administración desleal: ¿Exceso intensivo o extensivo?

Hasta aquí hemos podido comprobar como el ámbito punitivo del art. 252 CP pasa por la determinación de las facultades que los administradores han asumido. Sin embargo, debemos recordar que el art. 252 CP habla de *excederse* en las facultades de administración. El verbo típico usado por el legislador no resulta baladí, ya que en ese caso deberemos preguntarnos si en la conducta típica del art. 252 CP se castiga el "exceso intensivo", el "exceso extensivo" o incluso ambos.

28 Así lo define también Gili Pascual, A: "Administración desleal", cit., p. 766-768, cuando el autor afirma que la administración desleal se estructura sobre los deberes de velar por los intereses ajenos, ante varias posibilidades de actuación, mientras que la apropiación indebida, se estructura sobre la infracción de un concreto deber de entrega o devolución, sin alternativas de decisión.

29 Nieto Martín, A: "Administración desleal", cit., pp. 791 y 797.

30 Martínez-Buján Pérez, C: "El delito", cit., p. 88.

Recordemos brevemente que por "exceso intensivo" se considera la extralimitación que realiza de sus funciones el administrador, pero siempre dentro del marco de las funciones que el mismo tiene asumidas, mientras que por "exceso extensivo" se considera la extralimitación por parte del administrador actuando fuer de las funciones que el mismo tiene asumidas.

Señala Juan Sanjosé[31] que en un inicio, y amparándose en el texto de la EdM del Proyecto de 2013, el legislador optaba por castigar en la administración desleal el "exceso extensivo". Así, el texto decía de lo siguiente:

"Quien recibe de otro dinero o valores con facultades para administrarlo, y quebranta su deber de lealtad como administrador, o realiza actuaciones para las que no había sido autorizado, y perjudica de este modo al patrimonio administrado, comete un delito de administración desleal".

Sin embargo, y dada la definitiva redacción del texto del art. 252 CP, para el autor, parece ser que lo que castiga el legislador es el exceso intensivo, ya que la conducta típica exige un exceso en las facultades asumidas, no en la realización de otras facultades que no se le hayan otorgado al administrador.

No obstante lo anterior, resalta el mismo autor que jurisprudencialmente nuestro TS -ya con anterioridad a la introducción del art. 252 CP, y sobre la base de estudio del art. 295 CP- ya aceptó la inclusión en el extinto art. 295 CP de los comportamientos de exceso tanto intensivos como extensivos. Así, el TS optó en un principio por distinguir las figuras de administración desleal del art. 295 CP de la figura de la apropiación indebida por distracción del art. 252 CP sobre la base del tipo de exceso cometido en cada caso. De esta forma, en un inicio el Alto Tribunal entendió que cuando un administrador actuaba ilícitamente fuera del perímetro competencial de los poderes conferidos al mismo, estaríamos ante un exceso extensivo, por lo que la conducta debiera incardinarse en la apropiación indebida en su modalidad de distracción, mientras que si los actos ilícitos cometidos por el administrador se producían en el seno de las propias funciones atribuidas al mismo, este exceso era intensivo, por lo estaríamos ante una administración desleal del art. 295 CP.

Sin embargo, esta teoría fue superada, siendo que los últimos pronunciamientos del TS con anterioridad a la entrada en vigor de la nueva administración desleal del art. 252 CP -salvo en contadas ocasiones- optaron por establecer otro criterio diferenciador basado en la intensidad de la ilicitud del comportamiento del autor en contra del bien jurídico tutelado por la norma penal. Así, aquellas conductas

31 Juan Sanjosé, R.J: La nueva configuración del delito de administración desleal y su concurso con figuras afines, Wolters Kluwer, Barcelona, 2016, p. 137.

que comprendían actos dispositivos de carácter abusivo de los bienes sociales, pero sin un fin apropiativo o de incumplimiento definitivo de la obligación de entregar o devolver, eran consideradas conductas de administración desleal del art. 295 del Código Penal; mientras que los actos del art. 252 CP se caracterizaban por presentar un carácter de apropiación o de incumplimiento definitivo. Es decir, en el antiguo art. 252 CP existía *animus rem sibi habendi*, mientras que en el art. 295 no existía este elemento subjetivo[32][33].

Sin embargo, podemos comprobar como la jurisprudencia menor no es unánime sobre si el art. 252 CP recoge los excesos intensivos, extensivos, o ambos.

A favor de la tesis de recoger ambas modalidades se encuentra la SAP Madrid 27 mayo 2021[34], tendente a considerar que el art. 252 CP incluye no solamente los excesos intensivos, sino también los extensivos. Se pronuncia la Audiencia en el siguiente sentido:

"…2. Excederse en el ejercicio de esas facultades. El nuevo tipo es menos preciso que su antecedente, el delito societario del artículo 295 CP *hoy derogado, que utilizaba la locución «abuso de funciones, disponiendo de los bienes o contrayendo obligaciones fraudulentamente». Por ello, como apunta D*e Porres Ortiz de Urbina, la primera duda que se nos presenta es concretar si el exceso se refiere al indebido ejercicio de las facultades conferidas al administrador o si debe entenderse como la extralimitación de tales facultades, esto es, las acciones realizadas más allá o al margen de las facultades conferidas. uso de las funciones propias del cargo" y precisamente la referencia al cargo enfatizaba que el exceso o abuso debe producirse precisamente sobre estas funciones. Entendemos con este autor que la expresión más genérica e imprecisa utilizada por el nuevo tipo, permite considerar que la ilicitud del administrador no sólo se produce cuando se usan indebidamente las facultades sino cuando se ejercen facultades que no se tienen en perjuicio del patrimonio administrado, comprendiendo los excesos extensivos y los intensivos. Lo relevante es la infracción de sus deberes y que actúe de forma contraria a los intereses del patrimonio administrado".

Por el contrario, la SAP Burgos 15 noviembre 2019[35], entiende que el art. 252 CP recoge los excesos extensivos. Así, afirma el indicado pronunciamiento:

"Es decir, en la administración desleal, los administradores realizan una serie de conductas causantes de perjuicios, con abuso de las funciones propias de su

32 Véase al respecto la STS 17 junio 2013 (ECLI:ES:TS:2013:3433)

33 Esta continúa siendo la tesis asumida por el TS. Vid. STS 18 noviembre 2021 (ECLI:ES:TS:2021:4244)

34 SAP Madrid 27 mayo 2021 (ECLI: ES:APM:2021:10151). Idéntica opinión en SAP Las Palmas 13 noviembre 2019 (ECLI:ES:APGC:2019:2434)

35 SAP Burgos 15 noviembre 2019 (ECLI:ES:APBU:2019:1126)

cargo y lo hacen dentro de los límites que procedimentalmente se señalan a sus funciones, aunque al hacerlo de modo desleal en beneficio propio o de tercero, disponiendo fraudulentamente de los bienes sociales o contrayendo obligaciones a cargo de la sociedad, vengan a causar un perjuicio típico. Actúan con un «*exceso* intensivo", en el sentido de que su actuación se mantiene dentro de sus facultades, aunque indebidamente ejercidas".

En idéntico sentido, pero más extensamente, dispone el AAP Madrid 17 mayo 2017[36]:

"Los elementos que integran el citado tipo penal, siguiendo a la doctrina, son los siguientes: a) una acción consistente en la infracción, por exceso, de un deber especial de lealtad, b) realizada por un autor, que debe ocupar la posición de administrador, es decir, haber tenido facultades para administrar un patrimonio ajeno (proveniente de la ley, de una disposición de la autoridad o de un acto jurídico celebrado entre las partes), y c) que produce un daño patrimonial como resultado (Bacigalupo Zapater), siendo cuestión discutida si dentro del verbo "infringir" que utiliza el artículo 252.1 del Código Penal se incluyen sólo las conductas de "abuso" (Martínez Bujan) o también las de "infidelidad" (Molina Fernández), pareciendo limitar el nuevo artículo 252 CP el delito de administración desleal al "exceso extensivo" , con infracción de facultades (Castro Moreno). En cuanto al "exceso" (intensivo o extensivo), el nuevo artículo 252 parece limitar el delito de administración desleal al exceso "extensivo". Se trata de un delito de resultado en cuanto que exige la producción de un perjuicio patrimonial, siendo éste el que determine el momento consumativo del tipo (Molina Fernández), si bien se precisa que "no basta con una relación causa-efecto, entre la acción del sujeto activo y el perjuicio causado, sino que únicamente se procederá a la imputación del resultado al sujeto, cuando es éste el que ha creado el riesgo jurídicamente desaprobado o no permitido que se ha traducido en un resultado" (Feijoo Sánchez). En cuanto al aspecto subjetivo, se castiga sólo cuando se comete con dolo, no admitiendo la incriminación en la forma imprudente (Mestre Delgado). La jurisprudencia más reciente, confrontando el anterior delito de administración desleal societaria con el nuevo artículo 252 CP indica que "del examen de ambas redacciones resulta sin dificultad que las conductas que antes encontraban acomodo en el artículo 295, pueden subsumirse ahora en el artículo 252. Pues en éste no se estrechan los límites de la conducta típica, sino que, por el contrario, se suprime la exigencia de que el autor del hecho sea un administrador, de hecho o de derecho, de un sociedad, por lo que puede serlo todo el que tenga facultades para administrar un patrimonio ajeno con independencia de quien sea su titular; no se limita la conducta típica a la disposición fraudulenta de los bienes de la sociedad o a la contratación de obligaciones a cargo de ésta; e incluso desaparece la mención

36 AAP Madrid 17 mayo 2017 (ECLI:ES:APM:2017:1933)

a que el perjuicio sea evaluable. Con independencia del alcance que finalmente se atribuya a por vía de aplicación interpretativa, a cada uno de los requisitos exigidos en el artículo 252, lo cierto es que era subsumible en el artículo 295" (STS 1527/2015 de 15 marzo)".

Sin embargo, mi posición es la de considerar que el art. 252 CP recoge tanto los supuestos de excesos intensivos como los supuestos de excesos extensivos. De hecho, Molina Fernández[37] parte de idéntico planteamiento y propone una reflexión muy interesante al respecto. Para el autor, si consideramos que solo se incluye en el art. 252 CP un exceso intensivo, en el caso en el que el administrador celebra un negocio jurídico con un tercero dentro de sus facultades, se dará una doble consecuencia:

a) el negocio jurídico será válido y la eventual aparición de un delito de administración desleal no desplegará efectos respecto terceros; pero

b) precisamente por el resultado, podrá afirmarse que el administrador se excedió en el ejercicio de las facultades de administración conferidas y, por tanto, causó un perjuicio patrimonial derivado de aquella primera consecuencia: la validez del negocio jurídico celebrado.

El problema reside en que si consideramos que el art. 252 CP solamente recoge los excesos extensivos, aquellos excesos intensivos que no se castigaran ex. art. 253 CP, quedarían impunes, por no poder incluirlos en el art. 252 CP.

Remón Peñalver[38] también opta por la inclusión de ambos excesos en el art. 252 CP. Para este, no solo debieran penalizarse los comportamientos contrarios a las autorizaciones concedidas, sino que el tipo se extenderá también a las conductas de administración de patrimonio ajeno que resulten desleales y perjudiciales al administrado, aun cuando estas se produzcan al margen de las autorizaciones concedidas.

Mi planteamiento al respecto pasa por la inclusión tanto de los excesos intensivos como de los excesos extensivos en el delito del art. 252 CP. La conducta típica del art. 252 CP ya no se circunscribe exclusivamente a la disposición fraudulenta de bienes de la sociedad ni a la contracción de obligaciones a cargo de esta. De este modo, el alcance típico debe reinterpretarse para dar cabida en el mismo a otro tipo de conductas que supongan un exceso en las facultades de administración que generen un perjuicio al patrimonio administrado. En este sentido, dicho

37 Molina Fernández, F: *Memento práctico Francis Lefebvre: penal,* Francis Lefebvre, Madrid, 2015, Núm. 11288.

38 Remón Peñalver, E: "Administración desleal y apropiación indebida tras la reforma del Código Penal operada por la Ley1/2015 de 30 de marzo", *Ponencias Apropiación indebida, estafa y defraudaciones, regulación actual y perspectivas de futuro,* Ministerio Fiscal Formación Continua, 29 de septiembre de 2015.

exceso se producirá tanto si el administrador actúa deslealmente en el seno de las facultades que tiene asumidas como si lo hace fuera de las mismas. En definitiva, se trata más de una cuestión de naturaleza teórica que no práctica, puesto que el reproche penal es, a mi juicio, absolutamente idéntico, ya que la deslealtad del administrador para con el patrimonio administrado ostenta idéntica gravedad si se realiza mediante el exceso en las funciones asumidas como en el exceso mediante conductas fuera de las funciones asumidas[39].

De hecho, para justificar este planteamiento, podemos servirnos de otro argumento, consistente en realizar una comparativa con el precepto alemán. Así, a los efectos de determinar el alcance del término *excediéndose*, no podemos tomar como referencia el § 266 StGB alemán, puesto que de entender que nuestro precepto toma como referencia la modalidad de abuso, deberíamos entonces considerar que nuestro art. 252 CP es exclusivamente un delito de dominio, más el precepto español no diferencia -como si ha diferenciado a lo largo del tiempo la jurisprudencia alemana- entre estas dos modalidades típicas, sino que nuestra regulación refunda en un único artículo, sin diferenciar, ambas modalidades, esto es, la de abuso y la de infidelidad/deslealtad, por lo que siendo que el abuso no deja de ser un subcaso de la infidelidad, lo que significa que incluso este se comete vulnerando los deberes de lealtad y fidelidad, el exceso se traduce, a su vez, en una vulneración de los deberes de lealtad y fidelidad, ya sea disponiendo de los bienes, contrayendo obligaciones, o realizando cualquier otra conducta indebida del administrador con quebranto de sus deberes de lealtad y fidelidad.

Al respecto, señala Vera Rivera[40] que si bien la administración desleal supone un abuso sobre una posición de dominio sobre el bien jurídico que debe protegerse, lo cierto es que este abuso se produce porque previamente ha existido una transferencia de esa posición jurídica sobre el bien jurídico al autor, esto es, el administrador, pero este abuso está en función del deber que previamente se ha adquirido. Por ello, el tipo se realiza cuando el autor quebranta precisamente ese deber previamente adquirido.

Por tanto, el exceso que prevé el art. 252 CP está en la infracción de estos deberes, se produzca la infracción *ad-intra* o *ad extra*[41]. De hecho, así lo entiende también Barja de Quiroga[42], para quien el art. 252 CP recoge tanto el tipo de abuso

39 Esta posición es también defendida por Castro Moreno, A. y Gutiérrez Rodríguez, M: "Apropiación indebida y administración desleal de patrimonio público y privado", en AA.VV.: *Estudio crítico sobre el Anteproyecto de reforma penal de 2012* (dir. F. Álvarez García: coord. J. Dopico Gómez-Aller), Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p. 205; Gallego Soler, J.I. y Hortal Ibarra, J.C: "Actividad económica y delitos patrimoniales", en AA.VV.: *Manual de Derecho penal económico y de empresa, Parte General y Parte Especial (Adaptado a las LLOO 1/2015 y 2/2015 de Reforma del Código Penal)*, (dir. M. Corcoy Bidasolo, y V. Gómez Martín), Tirant lo Blanch, Valencia, Tomo II, 2016, p. 279.

40 Vera Rivera, M.C: "El delito", cit., pp. 324-325.

41 Gili Pascual, A: "Administración desleal", cit., p. 768.

42 López Barja de Quiroga, J: "La reforma", cit., pp. 184-185.

como el de infidelidad, siendo que en el tipo de abuso la infracción aparecerá cuando el autor haya traspasado los límites de su autorización obrando más allá de aquello para lo que se le autorizó, mientras que en el tipo de infidelidad la infracción también se presentará cuando autor quebrante el deber de velar por el patrimonio ajeno. Y es que, retomando nuevamente el argumento referido a las distinciones entre apropiación indebida-administración desleal, a diferencia de lo que ocurría con anterioridad a la entrada en vigor de la LO 1/2015, actualmente resultará incluso indiferente que el objeto de la acción punible recaiga sobre el dinero. Nos encontraremos ante un supuesto de apropiación indebida cuando exista un mandato concreto de actuación o una concreta obligación de entrega o devolución. Mientras que, si existe un margen de discrecionalidad en la actuación, existiendo diferentes alternativas, nos hallaremos ante un supuesto de administración desleal.

Al respecto, y de forma ilustrativa, tomo como referencia el ejemplo propuesto por Nieto Martín[43]. Afirma dicho autor: si A entrega 6.000€ a B para que compre al día siguiente acciones de la empresa X, y B decide pagar con ello una deuda incumpliendo su obligación, existirá apropiación indebida. Si dicha cantidad se le entrega para que la invierta en bolsa de la manera que estime conveniente, y A decide comprar acciones de una empresa en la que tiene intereses, que no es nada rentable, estará cometiendo administración desleal. Debemos complementar el ejemplo anterior añadiendo que en todo caso deberá verificarse el perjuicio ocasionado al patrimonio administrado.

Por tanto, vemos como incluso cuando el objeto de la acción recaiga sobre dinero, deberemos atender al margen de discrecionalidad del autor para incardinar una conducta en uno u otro tipo.

En definitiva, y por las razones expuestas, considero que en el actual art. 252 CP podrán incluirse aquellos comportamientos que supongan tanto un exceso intensivo como un exceso extensivo, verificando siempre que no nos hallemos ante una concreta y determinada obligación de actuación, sino que deberá existir cierto margen de discrecionalidad para poder incardinar así el comportamiento en el art. 252 CP y no en el art. 253 del Código Penal.

43 Nieto Martín, A: "Administración desleal", cit., p. 791.

BIBLIOGRAFÍA

Bacigalupo Zapater, E: "La reforma de la Ley de Sociedades de Capital y el nuevo delito de administración desleal", *Diario La Ley*, 2015, núm. 8637.

Castro Moreno, A. y Gutiérrez Rodríguez, M: "Apropiación indebida y administración desleal de patrimonio público y privado", en AA.VV.: *Estudio crítico sobre el Anteproyecto de reforma penal de 2012*, (dir. F. Álvarez García; coord. J. Dopico Gómez-Aller), Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.

Consejo de Estado: "Anteproyecto de ley orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal", *Dictamen del Consejo de Estado 358/2013*, Madrid, 27 de junio de 2013.

Fiscalía General del Estado, Informe del CF al Anteproyecto de ley orgánica por la que se modifica la Ley orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del código penal, Madrid, 8 de enero de 2013.

Gallego Soler, J.I. y Hortal Ibarra, J.C: "Actividad económica y delitos patrimoniales", en AA.VV.: *Manual de Derecho penal económico y de empresa, Parte General y Parte Especial (Adaptado a las LLOO 1/2015 y 2/2015 de Reforma del Código Penal)*, (dir. M. Corcoy Bidasolo, y V. Gómez Martín), Tirant lo Blanch, Valencia, Tomo II, 2016.

Gallego Soler, J.I: "SECCIÓN 2ª DE LA ADMINISTRACIÓN DESLEAL", en AA.VV.: *Comentarios a la reforma del Código Penal: reforma LO 1/2015 y LO 2/2015,* (dir. M. Corcoy Bidasolo y S. Mir Puig; coord. J.S Vera Sánchez), Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.

Gili Pascual, A: "Administración desleal genérica. Incidencia en la apropiación indebida y otras figuras delictivas (Arts. 252 y ss. CP)", en AA.VV.: *Comentarios a la reforma del Código Penal de 2015,* (dir. J.L González Cussac; coord. E. Górriz Arroyo y A. Matallín Evangelia), Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.

Juan Sanjosé, R.J: *La nueva configuración del delito de administración desleal y su concurso con figuras afines,* Wolters Kluwer, Barcelona, 2016.

López Barja de Quiroga, J: *La reforma de los delitos económicos. La administración desleal, la apropiación indebida y las insolvencias punibles,* Aranzadi, Navarra, 2015.

Martínez-Buján Pérez, C: *El delito de administración desleal de patrimonio ajeno,* Tirant lo Blanch, Valencia, 2016.

Martínez-Buján Pérez, C: *El delito societario de administración desleal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001.

Mayo Calderón, B: *La tutela de un bien jurídico colectivo por el delito societario de administración fraudulenta. Estudio del artículo 295 del Código Penal español y propuesta de lege ferenda*, Comares, Granada, 2005.

Molina Fernández, F: *Memento práctico Francis Lefebvre: penal,* Francis Lefebvre, Madrid, 2015, Núm. 11288.

Nieto Martín, A: "Administración desleal", en AA.VV.: *Estudio crítico sobre el Anteproyecto de reforma penal de 2012* (dir. F. Álvarez García, coord. J. Dopico Gómez-Aller), Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.

Pastor Muñoz, N., y Coca Vila, I: *El delito de administración desleal: claves para una interpretación del nuevo art. 252 del Código Penal,* Atelier, Barcelona, 2016.

Ramos Rubio, C: "El nuevo delito de administración desleal", AA.VV.: *Comentario a la reforma penal de 2015*, (dir. G. Quintero Olivares), Aranzadi, Pamplona, 2015.

Remón Peñalver, E: "Administración desleal y apropiación indebida tras la reforma del Código Penal operada por la Ley1/2015 de 30 de marzo", *Ponencias Apropiación indebida, estafa y defraudaciones, regulación actual y perspectivas de futuro,* Ministerio Fiscal Formación Continua, 29 de septiembre de 2015.

Segrelles de Arenaza, I: "El delito de administración desleal: viejos y nuevos problemas", *La Ley Penal,* 2016, núm. 121.

Vera Rivera, M.C: *El delito de administración desleal: criterios de política criminal, fundamentación del injusto y análisis de la tipicidad objetiva,* Aranzadi, Madrid, 2016.

CUESTIONES DE INTERÉS JURÍDICO

ANÁLISIS DE LA ADAPTACIÓN AL DERECHO CIVIL ESPAÑOL DEL ART. 12 DE LA CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD

ANALYSIS OF THE ADAPTATION TO THE SPANISH CIVIL LAW OF THE ART. 12 OF THE CONVENTION ON THE RIGHTS OF PERSONS WITH DISABILITIES

Rev. Boliv. de Derecho Nº 34, julio 2022, ISSN: 2070-8157, pp. 684-715

Margarita
SÁNCHEZ
GONZÁLEZ

ARTÍCULO RECIBIDO: 3 de junio de 2022
ARTÍCULO APROBADO: 15 de junio de 2022

RESUMEN: Este artículo pretende llevar a cabo un análisis de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, de la filosofía que la envuelve y de la interpretación que de la misma lleva a cabo el Comité de Naciones Unidas, con el objetivo de poner de manifiesto las dificultades a las que ha debido enfrentarse el legislador español en el proceso de adaptación del Código civil al citado texto internacional.

PALABRAS CLAVE: Convención de Nueva York; discapacidad; voluntad; deseos y preferencias; autonomía.

ABSTRACT: *The purpose of this article is to conduct an analisis of the Convention on the Rights of Persons with Disabilities, its philosophical framework and the interpretation carried out by the United Nations Comittee, with the objective of highlighting the difficulties that the Spanish legislator has had to face in the process of adapting the Civil Code to the aforementioned international text.*

KEY WORDS: *New Yok Convention; disability; will; desires and preferences; autonomy.*

SUMARIO.- I. INTRODUCCIÓN.- II. FILOSOFÍA DE LA CONVENCIÓN Y SU INTERPRETACIÓN POR EL COMITÉ.- 1. La capacidad jurídica a la luz de la Convención.- 2. La Observación General nº 1 del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y su controvertido valor normativo.- A) Igualdad y representación.- B) Dignidad, autonomía e interés superior de la persona con discapacidad.- C) El derecho a no recibir apoyos.- III. PANORÁMICA DE LA REFORMA.- 1. Antecedentes.- 2. La Ley 8/2021.- 3. Filosofía de la reforma.- IV. CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN.

La Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, aprobada en Nueva York el 13 de diciembre de 2006, ha supuesto un cambio de perspectiva desde la cual debe abordarse el tratamiento jurídico de la discapacidad. En particular, su art. 12, calificado por algunos autores como el *alma mater* de la Convención, constituye el máximo exponente del cambio de paradigma que consagra el texto internacional[1].

El citado artículo, que ha suscitado un intenso debate en la doctrina, supone una reconceptualización para el Derecho español de la capacidad jurídica. De ello se deriva la necesidad de adaptar las instituciones dirigidas a la protección de adultos, que pasan a ser entendidas como medidas de apoyo para el ejercicio de la capacidad jurídica. Es por ello que, tras la entrada en vigor de la Convención en nuestro país, se procedió a reformar numerosas normas[2]. Sin embargo, el ánimo reformador encontró importantes escollos en el ámbito civil, que quedó sin adaptar tanto en su vertiente sustantiva como procedimental.

Sólo recientemente, el pasado 3 de septiembre de 2021, entró en vigor la Ley 8/2021 de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica (en adelante, Ley 8/2021). Esta Ley pretende adecuar nuestro ordenamiento jurídico civil a los postulados que se derivan de la Convención y que, como veremos, parten de unos principios muy diferentes a los que tradicionalmente han guiado nuestra legislación en la materia.

De entre las normas afectadas, destaca la reforma del Código civil que lleva a cabo el art. 2 de la Ley 8/2021, que es la más extensa y de mayor alcance. Esta

1 Torres Costas, M. E.: *La capacidad jurídica a la luz del artículo 12 de la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad,* Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2020, pp. 25-26.

2 Pudiendo destacar, entre otras, la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad; la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público o la Ley Orgánica 5/1995, de 22 de mayo, del Tribunal del Jurado.

• Margarita Sánchez González
Doctoranda en Derecho Civil de la Universidad Autónoma de Madrid. Correo electrónico: margarita.sanchez@estudiante.uam.es.

pretende vehicular el profundo cambio en el tratamiento de la discapacidad que se desprende de la Convención y que entró en vigor en nuestro país hace más de una década[3]. En palabras de García Rubio, este "nuevo modelo constituye un auténtico «tsunami» que afecta a todo el ordenamiento jurídico, de suerte que prácticamente ninguna norma que implique el ejercicio de derechos por parte de sujetos privados va a quedar inmune a la necesidad de adaptación"[4].

Como tendremos oportunidad de abordar, la adecuación de la legislación española a los postulados de la Convención no ha sido una tarea sencilla. El texto internacional se asienta sobre unos principios que han generado un profundo debate en la doctrina, que, tras la entrada en vigor de la Ley 8/2021, aún continúa abierto. A ello debemos sumarle una Observación General del Comité de Naciones Unidas, relativa a la interpretación del art. 12, que ha dificultado aún más esta adaptación[5].

En este contexto, el presente artículo, pretende llevar a cabo un análisis de la filosofía de la Convención, analizando los principios que se desprenden de ella y el modo en el que el legislador español los ha integrado en la nueva regulación, tratando de otorgar relevancia a las cuestiones que, a nuestro juicio, han resultado más problemáticas.

II. FILOSOFÍA DE LA CONVENCIÓN Y SU INTERPRETACIÓN POR EL COMITÉ.

Como hemos adelantado, la Ley 8/2021 pretende adecuar el sistema español a los postulados de la Convención, por lo que bebe directamente de su filosofía. Así, para una mejor comprensión de los principios que han guiado la actuación del legislador, consideramos necesario llevar a cabo un pequeño análisis de las cuestiones más relevantes contenidas en el art. 12 CDPD, así como de la interpretación que de ella lleva a cabo el Comité de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

1. La capacidad jurídica a la luz de la Convención.

El estudio que se llevará a cabo en las próximas páginas tiene como punto de partida el art. 12 CDPD, que, por su importancia, pasamos a transcribir:

3 Firmada el 30 de marzo de 2007 y ratificada el 23 de noviembre del mismo año. Publicada en el BOE núm. 96, de 21 de abril de 2008.

4 García Rubio, M. P.: "Algunas propuestas de reforma del Código civil como consecuencia del nuevo modelo de discapacidad. En especial en materia de sucesiones, contratos y responsabilidad civil", *Revista de Derecho Civil,* vol. V, núm. 3, 2018,p. 174.

5 Observación General nº 1 de 19 de marzo de 2014 del Comité de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, disponible en: http://www.convenciondiscapacidad.es/wp-content/uploads/2019/01/Observaci%C3%B3n-1-Art%C3%ADculo-12-Capacidad-jur%C3%ADdica.pdf (fecha de consulta: 25/05/2022).

"1. Los Estados Parte reafirman que las personas con discapacidad tienen derecho en todas partes al reconocimiento de su personalidad jurídica.

2. Los Estados Parte reconocerán que las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida.

3. Los Estados Parte adoptarán las medidas pertinentes para proporcionar acceso a las personas con discapacidad al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica.

4. Los Estados Parte asegurarán que en todas las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica se proporcionen salvaguardias adecuadas y efectivas para impedir los abusos de conformidad con el derecho internacional en materia de derechos humanos. Esas salvaguardias asegurarán que las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica respeten los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona, que no haya conflicto de intereses ni influencia indebida, que sean proporcionales y adaptadas a las circunstancias de la persona, que se apliquen en el plazo más corto posible y que estén sujetas a exámenes periódicos por parte de una autoridad o un órgano judicial competente, independiente e imparcial. Las salvaguardias serán proporcionales al grado en que dichas medidas afecten a los derechos e intereses de las personas".

Si analizamos la Convención desde el punto de vista de los derechos que reconoce, cabría afirmar que el art. 12.1 no añade ninguna novedad, ya que no otorga ningún derecho que no estuviera previsto ya para todos los seres humanos, incluyendo, indudablemente, a las personas con discapacidad[6]. No obstante, la interpretación de los puntos segundo y tercero ha generado enormes dudas y una gran controversia en la doctrina española, que continúa sin ponerse de acuerdo sobre la respuesta a las siguientes preguntas: ¿distingue la Convención entre capacidad jurídica y capacidad de obrar? ¿Cabe el establecimiento de mecanismos de sustitución en la toma de decisiones de las personas con discapacidad?

Un primer sector doctrinal entiende que el concepto de capacidad jurídica utilizado por la Convención comprende tanto la titularidad de derechos como la facultad de ejercitarlos, eliminando la distinción de lo que en el lenguaje jurídico español se conoce como "capacidad de obrar"[7]. De acuerdo con ello, la situación

6 El reconocimiento de la personalidad jurídica ya había sido proclamado por el art. 6 de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 10 de diciembre de 1948 y por el art. 16 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 16 de diciembre de 1966.

7 Martínez-Pujalte, A.L.: "A propósito de la reforma de la legislación española en materia de capacidad jurídica: la voluntariedad como nota esencial del apoyo", *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho,* 2020, núm. 42, p. 245. En este mismo sentido, Cuenca Gómez, P.: "Reflexiones sobre el Anteproyecto de reforma de la legislación civil española en materia de capacidad jurídica de las personas con discapacidad", *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho,* 2018, núm. 38, p. 86.

de discapacidad de la persona no puede justificar ni la privación o restricción de la capacidad jurídica, ni la denegación de su aptitud para tomar sus propias decisiones. Para estos autores, la Convención prohíbe completamente la sustitución, en cuanto resulta contraria a las exigencias derivadas del art. 12.

Otro sector defiende que la Convención no elimina esta distinción, entendiendo que el art. 12 diferencia entre la titularidad de los derechos (obligando a su pleno reconocimiento en su apartado segundo) y el ejercicio de estos, para el que el apartado tercero exige adoptar las "medidas pertinentes"[8]. Según esta concepción, el mecanismo de la sustitución puede ser autorizado y ser incluso necesario en determinados casos y cumpliendo ciertas condiciones.

Posicionarse respecto de esta problemática es una tarea compleja. Sin embargo, a la luz de los trabajos preparatorios de la Convención, y en especial del séptimo periodo de sesiones[9], en el que se debatió el significado de este concepto, debemos afirmar que la Convención no establece distinción alguna entre la titularidad de los derechos y la facultad de ejercitarlos, quedando estas dos manifestaciones comprendidas dentro de un único concepto de "capacidad jurídica". Por consiguiente, del texto convencional se desprende que el hecho de sufrir una discapacidad no puede justificar, en ningún caso, la limitación de la capacidad de obrar, pues ello constituiría un supuesto de discriminación por discapacidad[10]. No obstante, como iremos desgranando a lo largo de este trabajo, consideramos que la Convención incurre en numerosas contradicciones e incongruencias a lo largo de todo su planteamiento y, lo que es peor, al reconocer una capacidad de ejercicio plena a sujetos que pueden tener afectada su competencia natural de entender y de querer, pone en riesgo los derechos de los que los mismos son titulares y que el propio texto declara proteger.

2. La Observación General nº 1 del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y su controvertido valor normativo.

A lo expuesto en el apartado anterior debe sumarse la interpretación que del art. 12 realiza el Comité de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas

8 Sánchez-Ventura Morer, I.: "Reflexión acerca de una posible compatibilidad entre los mecanismos sustitutivos de la capacidad de obrar y el artículo 12 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad", en AA.VV.: *La Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. De los derechos a los hechos* (coord. por E. Alicaín Martínez), Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, p. 595; Alemany, M.: "Igualdad y diferencia en relación con las personas con discapacidad. (Una crítica a la Observación General n.º 1 (2014) del Comité (UN) de los derechos de las personas con discapacidad", *Anales de la Cátedra Francisco Suárez,* núm. 52, 2018, pp. 201-222; y De Verda y Beamonte. J. R.: "Primeras resoluciones judiciales aplicando la Ley 8/2021, de 2 de junio en materia de discapacidad", *Diario La Ley,* núm. 10021, 2022, pp. 3-4.

9 Realiza un profundo estudio sobre el nacimiento del art. 12 de la CDPD y su significado Torres Costas, M.E.: *La capacidad,* cit. A este respecto, resultan especialmente interesantes las pp. 46-77.

10 Lopez Barba, E.: *Capacidad jurídica. El artículo 12 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y las medidas no discriminatorias de defensa del patrimonio,* Dykinson, Madrid, 2020, p. 16.

con Discapacidad, órgano que considera que existe un "malentendido general acerca del alcance exacto de las obligaciones de los Estados partes" y que no se ha comprendido "que el modelo de la discapacidad basado en los derechos humanos implica pasar del paradigma de la adopción de decisiones sustitutiva a otro que se base en el apoyo para tomarlas"[11]. Antes de entrar a analizar la interpretación del Comité, debemos preguntarnos no obstante si la Observación General es vinculante para cada uno de los Estados que ratifiquen la Convención, cuestión que ha generado una gran controversia y sobre la que no parece que haya una solución clara.

Al respecto, Martínez-Pujalte considera que las resoluciones de los órganos especializados de Naciones Unidas tienen valor jurídico en nuestro Derecho, y se remite en su argumentación a la doctrina del Tribunal Constitucional[12]. Concretamente, esta considera que "las normas relativas a los derechos fundamentales y libertades públicas contenidas en la Constitución deben interpretarse de conformidad con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificadas por España (art. 10.2 CE); interpretación que no puede prescindir de la que, a su vez, llevan a cabo los órganos de garantía establecidos por esos mismos tratados y acuerdos internacionales"[13].

En sentido contrario se manifiesta de Salas Murillo, quien afirma que existen argumentos para entender que no cabe hablar de obligación en términos jurídicos[14]. Apunta que el deber que se desprende para los Estados del art. 31 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 2 de mayo de 1972[15] implica la imposibilidad de ignorar los informes, recomendaciones y observaciones generales, pero ello no quiere decir que estos sean jurídicamente vinculantes. La autora cita el informe del *Essex Autonomy Project,* que manifiesta que, aunque el estatuto jurídico de las interpretaciones de los Comités no está del todo claro, no hay controversia acerca de que las citadas interpretaciones son *authoritativ*e, pero no jurídicamente vinculantes[16]. En palabras de la autora, ello quiere decir que "un Estado parte debe comprometerse con la interpretación y reconocerle el correspondiente valor, pero tiene el derecho a rechazar tales conclusiones si encuentra la base argumental necesaria" [17].

11 Punto 3 de la Observación General.

12 Martínez-Pujalte, A.L.: "A propósito", cit., pp. 249-250.

13 STC 116/2006, de 24 de abril (RTC 2006\116), fundamento jurídico 5º.

14 De Salas Murillo, S.: "¿Existe un derecho a no recibir apoyos en el ejercicio de la capacidad?", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario,* 2020, núm. 780, p. 4.

15 "Un Tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del Tratado en el contexto de éstos teniendo en cuenta su objeto y fin".

16 Martin, W., Michalowski, S., Stavert, J., Ward, A., Ruck Keene, A., Hempsey, A., Caughey, C., McGregor, R.: "The Essex Autonomy Project Three Jurisdictions Report: Towards Compliance with CRPD Art. 12 in Capacity/Incapacity Legislation across the UK", 2016, pp. 55-57, disponible en https://autonomy.essex.ac.uk/resources/eap-three-jurisdictions-report/. (fecha de consulta 24/05/22)

17 De Salas Murillo, S.: "¿Existe un derecho", cit., p. 4.

Una vez expuesto el debate sobre su vinculatoriedad, pasemos a analizar el contenido sustantivo de la citada Observación General (en adelante, Observación). El Comité parte de una interpretación del art. 12 que se fundamenta, entre otros, en el respeto a la dignidad inherente a todo ser humano, la autonomía e independencia individuales (dentro de las que debe incluirse la libertad de tomar decisiones propias), la no discriminación y la participación e inclusión plenas en la sociedad. Sobre esta base, la Observación General asume completamente el modelo social de discapacidad[18].

En su párrafo 8, el Comité destaca que la capacidad jurídica ha sido denegada de forma discriminatoria a diversos colectivos y en el párrafo siguiente destaca que actualmente esta exclusión afecta de forma desproporcionada a las personas con discapacidad, reafirmando que el hecho de que una persona padezca una discapacidad "no debe ser nunca motivo para negarle la capacidad jurídica ni ninguno de los derechos establecidos en el artículo 12". De este modo, concibe la capacidad jurídica como un "atributo universal" inherente a la propia condición humana e indisolublemente ligado a su dignidad.

En desarrollo de esta afirmación, el Comité defiende en el párrafo 12 de la Observación que, cuando en el art. 12.2 CDPD se reconoce que las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás, esta incluye tanto la titularidad de los derechos como la facultad de actuar en derecho. De este modo, se reconoce a la persona con discapacidad como "actor facultado para realizar transacciones y para crear relaciones jurídicas, modificarlas y ponerles fin". Se concluye que ambas facetas de la capacidad jurídica son inseparables y que, además, esta última es la clave para acceder a una participación verdadera en la sociedad. A juicio del Comité, todas aquellas instituciones de carácter representativo son, por su propia esencia, discriminatorias, infringiendo el art. 12 CDPD.

Asimismo, el Comité rechaza los tres modelos tradicionales de atribución de incapacidad manejados en las legislaciones nacionales[19]; estos son, el criterio basado en la condición (en el que la privación de la capacidad de obrar deriva

18 Un interesante estudio sobre los modelos médico y social de la discapacidad puede consultarse en Palacios, A.: *El modelo social de discapacidad: orígenes, caracterización y plasmación en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad,* CERMI, Madrid, 2008. Mostrándose muy crítico con este modelo, Alemany sostiene que "en el surgimiento y desarrollo del denominado "modelo social de la discapacidad", que ha hecho suyo el Comité es fundamental el "movimiento de vida independiente", cuya matriz ideológica es la cultura dominante estadounidense, en la que (…) privar a los ciudadanos del derecho a llevar armas también es visto por muchos como un atentado a la dignidad". Así, el autor pone de manifiesto que la "recepción acrítica" de este tipo de ideas nos lleva a olvidar que las realidades sociales estadounidenses no son siempre perfectamente extrapolables a las nuestras. (Alemany, M.: "Una crítica a los principios de la reforma del régimen jurídico de la discapacidad", en AA.VV., *Principios y preceptos de la reforma legal de la discapacidad. El derecho en el umbral de la política* (dir. por P.A. Munar Bernat), Marcial Pons, Madrid, 2021, p. 25).

19 Cuenca Gómez, P.: "Reflexiones sobre", cit., p. 87.

del diagnóstico de una deficiencia), el criterio basado en los resultados (que se fundamenta en la consideración de que la decisión tomada es perjudicial para la propia persona) y, el criterio funcional (que relaciona la limitación con la aptitud deficiente de la persona para tomar decisiones). Así, considera que la negación de la capacidad jurídica sobre la base de cualquiera de estos criterios constituye una discriminación por motivos de discapacidad, añadiendo que lo que deben hacer los Estados parte es proporcionar a estas personas el acceso al apoyo que necesiten para tomar sus propias decisiones. Este apoyo nunca deberá consistir en decidir "por" las personas, sino en ayudarlas en su propio proceso de toma de decisiones. El Comité maneja un concepto amplio de apoyos, señalando que estos deben ser diversos en cuanto a su tipo e intensidad y que deben estar disponibles para todas las personas que los necesiten, reiterando que su existencia nunca puede justificar la restricción de derechos fundamentales.

Por otro lado, en el párrafo 21, se establece que cuando, pese a haberse hecho un esfuerzo considerable, no sea posible determinar la voluntad de la persona con discapacidad, la determinación del "interés superior" debe ser sustituida por la "mejor interpretación posible de la voluntad y las preferencias". De este modo, se elimina cualquier interpretación basada en el mejor interés, que, a juicio del Comité, no es una salvaguardia que cumpla con lo proyectado en el art. 12 en relación a los adultos.

Por último, en la Observación se destaca que se deben establecer mecanismos que impidan que las personas con discapacidad puedan ser objeto de influencia indebida, pero se recuerda que esta protección debe respetar la voluntad de la persona, "incluido el derecho a asumir riesgos y cometer errores". Así, incluso "en situaciones de crisis, deben respetarse la autonomía individual y la capacidad de las personas con discapacidad de adoptar decisiones", hasta el punto de que estas deben tener derecho a rechazar el apoyo, a ponerle fin o a modificarlo en cualquier momento.

Como hemos podido observar, el Comité lleva a cabo una interpretación radical del art. 12 CDPD, proscribiendo los sistemas de representación legal basados tanto en la sustitución como en el mejor interés. A nuestro juicio, de ello derivan las cuestiones que, a continuación, analizaremos y que podrían resultar problemáticas.

A) Igualdad y representación.

En primer lugar, se formula el principio de la plena igualdad de todo ser humano, que, como ya hemos adelantado, proscribe los regímenes basados en la

representación en la toma de decisiones de las personas con discapacidad[20]. No obstante, muchos son los autores que consideran que se trata de una igualdad mal entendida, ya que obvia las diferencias de aptitud natural existentes en el amplio abanico de la discapacidad. Las personas con discapacidad no son un grupo uniforme del que se pueda predicar una homogeneidad siquiera superficial, y esta afirmación tan categórica, a nuestro juicio, colisiona con otro de los principios de la propia Convención, el de proporcionalidad, siendo las personas afectadas con deficiencias más graves las grandes perjudicadas[21].

Como defiende Serrano García, proclamar la igualdad de derechos no equivale a sostener que todas las personas gozan de la misma capacidad y, en el caso de personas con afecciones (intelectuales o cognitivas) severas que les impidan tomar sus propias decisiones aun contando con apoyos, la verdadera igualdad solo podrá lograrse mediante un sistema que permita su representación en el ejercicio de los derechos que como ser humano les pertenecen[22]. Suscribimos en este punto la opinión de Alemany de que "la verdadera discriminación se produciría cuando, en una situación determinada, se trata por igual a dos personas adultas, cuando ambas deben tomar decisiones para las que solo una de ellas muestra serios déficits de capacidad"[23]. En este sentido, consideramos acertada la propuesta de Atienza de que el art. 12 debería ser reinterpretado del siguiente modo: "Los Estados Parte reconocen que las personas con discapacidad tienen, «en la mayor medida posible», capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida"[24] (las comillas son del autor).

20 Así lo establece la Observación general en su punto 7, cuando considera que las prácticas de naturaleza representativa "deben ser abolidas, a fin de que las personas con discapacidad recobren la plena capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás".

21 Al respecto, hay autores que entienden que los redactores de la Convención lo hicieron pensando en personas con discapacidad física, situación que no se puede extender a sujetos con discapacidades mentales o cognitivas. Así, Alemany lleva a cabo dos interesantes afirmaciones: en primer lugar, señala "la paradoja de la representación en la que incurre el Comité constituido en su mayoría por personas discapacitadas, todas ellas físicas o sensoriales, que hablan en nombre de los discapacitados mentales quienes, a su juicio, deberían hablar en nombre propio" (Alemany, M.: "Igualdad y diferencia", cit., p. 214). En segundo lugar, afirma que "el movimiento de vida independiente, el modelo social libertario, la Convención, el Comité etc., están promovidos y protagonizados por discapacitados capaces, personas con deficiencias físicas y sensoriales, que han extendido sus conclusiones a los discapacitados incapaces, personas con deficiencias graves mentales, desconsiderando la especificidad de estos últimos y, a mi juicio, promoviendo un marco jurídico en el que el respeto por su dignidad e igualdad están menos asegurados" (Alemany, M.: "Igualdad y diferencia", cit., p. 219).
En contra de esta opinión se manifiesta Torres Costas, que considera que el nuevo paradigma "es fruto de una reivindicación unánime y contundente de todo el diverso colectivo de la discapacidad" y que la Convención responde a las negociaciones "en las que llegaron a participar más de setenta asociaciones pertenecientes a la sociedad civil en defensa y representación de los derechos e intereses de las personas con todo tipo de discapacidad" (Torres Costas, M. E.: *La capacidad,* cit., pp. 233-234).

22 Serrano García, I.: "¿Tutela? ¿Apoyo para la toma de decisiones? Bettencout, Sordi, di Stéfano", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario,* núm. 751, 2015, p. 2590.

23 Alemany, M.: "Una crítica", cit., p. 35.

24 Atienza, M.: "Dignidad humana y derechos de las personas con discapacidad", *Revista Ius et Veritas,* núm. 53, 2016, pp. 265-266.

No debemos olvidar que el art. 12.4 CDPD impone a los Estados la obligación de configurar medidas idóneas que permitan a todas las personas ejercer su capacidad jurídica plenamente, lo que a nuestro juicio implica la admisión, aunque sea velada, de que no todas las personas gozan de la misma capacidad de ejercicio, pues solo algunas necesitan de un apoyo para su desenvolvimiento pleno. Así, el Comité cae en una contradicción, como acertadamente pone de manifiesto Cuadrado Pérez, al proclamar como valor absoluto la igualdad entre personas con y sin discapacidad y, al mismo tiempo, conminar a los Estados a que desarrollen un sistema de apoyos en la toma de decisiones de las primeras, evidenciando la incongruencia que para su planteamiento supone admitir que ciertas personas necesitan apoyo en el ejercicio de sus derechos[25].

Asimismo, esta concepción de la igualdad pone en jaque otro de los principios que consagra la Convención y al que anteriormente hemos hecho referencia: el criterio de proporcionalidad. El art. 12.4 CDPD establece que las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica deben ser "proporcionales y adaptadas a las circunstancias de la persona". A nuestro juicio, ello implica que los apoyos deben configurarse de tal forma que se adecuen a las necesidades de asistencia de quien requiere de ellos, cualquiera que sea su magnitud. Es por ello por lo que se pretende configurar las instituciones de apoyo como figuras flexibles y hasta cierto punto indeterminadas, para que se amolden a la persona y constituyan el famoso "traje a medida" del que viene hablando nuestra jurisprudencia y al que posteriormente nos referiremos[26]. De acuerdo con ello, la autoridad judicial debe tratar de establecer el apoyo solo en aquellos ámbitos en los que resulte imprescindible. Así, como de nuevo apunta Cuadrado Pérez, cada persona con discapacidad deberá recibir el trato "adecuado a su realidad" y si, en los casos más graves, la respuesta que mejor se adapta a sus circunstancias es la representación o sustitución, esta debe permitirse, en tanto en cuanto se manifiesta como la medida más proporcionada[27].

B) Dignidad, autonomía e interés superior de la persona con discapacidad.

En segundo lugar, se consagra la voluntad, deseos y preferencias de la persona con discapacidad como el eje central sobre el que debe pivotar, no solo la actuación de los apoyos, sino todo el sistema en su conjunto. De hecho, en la Convención no existe referencia alguna al "mejor interés", que, tal y como establece el Comité, no es un criterio que cumpla con lo preceptuado en el art. 12 con relación a los adultos[28]. De este modo, se rechaza cualquier tipo de paternalismo en lo que respecta a las

25 Cuadrado Pérez, C.: "Modernas perspectivas en torno a la discapacidad", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario,* núm. 777, 2020, p. 36.

26 *Vid infra* apartado III.1.

27 Cuadrado Pérez, C.: "Modernas perspectivas", cit., p. 39.

28 Sí se hace referencia en la Convención al interés superior del niño con discapacidad (arts. 7.2, 23.2 y 23.4).

personas con discapacidad. Sin embargo, como veremos más adelante, en este punto defenderemos que la completa superación del paternalismo jurídico no es ni posible ni deseable y que el Comité ha forzado una interpretación que dista mucho de ser razonable[29].

El cambio de paradigma que propugna la Observación General entronca con el respeto a la dignidad de todo ser humano, afirmando así que los procedimientos de incapacitación, figuras representativas como la tutela, el internamiento forzoso o las limitaciones generales a la libertad de decidir, son todas ellas atentados a la dignidad de la persona en la medida en que entorpecen su autonomía individual[30].

El concepto de dignidad aquí utilizado, que se solapa con el de autonomía, tiene su raíz en la ideología libertaria, que se sitúa radicalmente en contra de cualquier tipo de paternalismo[31]. John S. Mill, en su célebre ensayo "Sobre la libertad", analiza los límites del poder que puede ejercer legítimamente la sociedad sobre los individuos, afirmando que "la única finalidad por la cual el poder puede, con pleno derecho, ser ejercido sobre un miembro de una comunidad civilizada contra su voluntad, es evitar que perjudique a los demás. Su propio bien, físico o moral, no es justificación suficiente (…) Sobre sí mismo, sobre su propio cuerpo y su propia mente, el individuo es soberano"[32]. Así, Mill delimita la esfera de soberanía individual sobre la cual los ciudadanos no deberían sufrir injerencias de la sociedad, realizando una distinción entre los actos que repercuten sobre terceros y los que únicamente conciernen a uno mismo. A su juicio, el poder está legitimado para intervenir sobre los primeros con la finalidad de impedir daños a terceros, pero no podrá interferir sobre aquellos actos que solo conllevan consecuencias para el propio individuo[33].

Desde esta visión de la libertad, construida desde el principio de la no injerencia de los demás en nuestra esfera personal, no habría cabida para ningún tipo de paternalismo, pues este supondría una violación de la libertad individual y, por tanto,

29 En palabras de Garzón Valdés, "el paternalismo jurídico sostiene que siempre hay una buena razón en favor de una prohibición o de un mandato jurídico, impuesto también en contra de la voluntad del destinatario de esta prohibición o mandato, cuando ello es necesario para evitar un daño (físico, psíquico o económico) de la persona a quien se impone esta medida". A modo de ejemplo, el autor hace referencia, entre otras, a la obligación de usar casco en las motos o a la prohibición de vender ciertos medicamentos sin receta. (Garzón Valdés, E.: ¿Es éticamente justificable el paternalismo jurídico?, *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho,* núm. 5, 1988, p. 156).

30 Punto 7 de la Observación General.

31 Alemany, M.: "Una crítica", cit., p. 25.

32 Mill, J.S.: *Sobre la libertad*, Ediciones Akal, Madrid, 2017, p.45. En esta misma línea, Nozick considera que "que se nos trate con respeto, respetando nuestros derechos, nos permite, individualmente o con quien nosotros escojamos decidir nuestra vida y alcanzar nuestros fines y nuestra concepción de nosotros mismos, tanto como podamos, ayudados por la cooperación voluntaria de otros que posean la misma dignidad" (Nozick, R.: *Anarquía, Estado y utopía,* INNISFREE, 1º ed. 1974, 2014, p. 284).

33 Alemany, M.: *El paternalismo jurídico,* Iustel, Madrid, 2006, pp. 97-98.

de la dignidad humana[34]. Esta es la idea que parece subyacer en la Observación General, que se aparta del tradicional paternalismo jurídico para basar su filosofía en un principio de autonomía absoluto que obliga a respetar las voluntades, deseos y preferencias sin tener en cuenta la capacidad natural de entender y de querer o el modo en el que se ha formado esa voluntad, consagrando el derecho de la persona a asumir riesgos y cometer errores[35]. Sin embargo, no compartimos esta concepción y, como posteriormente abordaremos, parece que nuestro Derecho tampoco. Nosotros entendemos la libertad desde su vertiente positiva, esto es, desde la creación de las condiciones necesarias para que las personas tomen sus decisiones libremente, de acuerdo con su plan de vida y permitiendo el libre desarrollo de su personalidad. En palabras de Pereña Vicente, "la libertad individual es el derecho fundamental que está en juego cuando hablamos del respeto de la voluntad y, por ello, es esencial construir un sistema que, además de consagrar el derecho, lo garantice"[36].

Autores como Gerald Dworkin han cuestionado la filosofía anti-paternalista y se han mostrado partidarios de aceptar casos de paternalismo jurídico justificado. Este autor afirma que: 1) Es razonable suponer la existencia de determinados bienes (como la salud) que cualquier persona querría proteger para perseguir su propio bien; y 2) La consecución de esos bienes debe ser promovida incluso cuando no estén reconocidos como tales, en ese momento, por los sujetos implicados[37]. Dworkin sostiene la legitimidad de una intervención paternalista (en contra de la voluntad de los individuos) cuando, dado el carácter competitivo de los bienes entre sí, se ha atribuido a alguno de ellos un peso irracional[38]. Asimismo, considera que el concepto de autonomía es más amplio que el de libertad, siendo esta última la capacidad de una persona para convertir sus decisiones en acciones[39]. En definitiva, Dworkin sostiene que no todas las interferencias en la libertad son interferencias en la autonomía y viceversa. "No se interfiere con la libertad de una persona, pero sí con su autonomía, cuando, por ejemplo, se le engaña o se

34 Podemos decir que, según la concepción neoliberal, "un estado paternalista expande sus atribuciones de manera ilegítima ya que trata a los individuos como si no supieran lo que quieren" (Dieterlen, P.: "La filosofía política de Robert Nozick", *Revista mexicana de ciencias políticas y sociales,* vol. 37, núm. 150, 1992, p. 134).

35 Alemany, M.: "Una crítica", cit., p. 25.

36 Pereña Vicente, M.: "El régimen de los poderes preventivos en la Reforma del Código Civil", en AA.VV., *Principios y preceptos de la reforma legal de la discapacidad. El derecho en el umbral de la política* (dir. por P.A. Munar Bernat) Marcial Pons, Madrid, 2021, p. 199.

37 Dworkin, G.: "Paternalism", *The Monist,* vol. 56, issue 1, 1972, p. 78.

38 Dworkin, G.: "Paternalism", cit., p. 79. Alemany ejemplifica los dos tipos de situaciones a las que hace alusión Dworking cuando se evalúan de forma irracional los bienes en competencia: "1. Errores valorativos: Cuando la gente asigna incorrectamente peso a uno de sus valores (por ejemplo: los que – aparentemente – valoran la molestia de ponerse el cinturón de seguridad por encima de su salud, o de su propia vida incluso), y 2. La debilidad de la voluntad: Se trata de casos en los que la gente no actúa conforme a sus propias preferencias y deseos (por ejemplo, los que reconocen su interés en llevar el cinturón de seguridad, pero en la práctica lo ignoran)". (Alemany, M.: *El paternalismo jurídico*, cit., pp. 137-138).

39 Dworkin, G.: *The Theory and Practice of Autonomy,* Cambridge University Press, Cambridge, 1988, p. 105.

le oculta información. No se interfiere con la autonomía, pero sí con la libertad, cuando, como en el caso de Ulises y las Sirenas, al mantenerlo atado al mástil de su barco, a la vez que interferimos con su deseo de desatarse estamos promoviendo su autonomía, estamos apoyando sus esfuerzos por dirigir su vida'"[40].

Desde esta perspectiva, sí tiene cabida el paternalismo, aunque suponga una cierta restricción a la autonomía, siempre y cuando esté justificado. En contra de lo que defendería el pensamiento libertario, como hemos expuesto anteriormente, el principio de paternalismo justificado, según la definición dada por Alemany, "legitima el ejercicio del poder sobre un sujeto con el fin de evitarle daños (o el aumento de riesgo de daños) de tipo físico, psíquico y/o económico, cuando la tendencia a que dichos daños (o aumento de riesgo de daños) se produzcan está causada, directa o indirectamente por acciones del sujeto'"[41]. Nosotros añadiríamos que este paternalismo se encuentra justificado cuando además, siempre que sea posible, se atienda a las voluntades de la persona sobre quien se ejerce, velando, entre otros intereses, también por la autodeterminación del sujeto.

No obstante, merece la pena subrayar que, para justificar el paternalismo, no tenemos que referirnos (o no únicamente) a la idea de libertad o autonomía, ya que habrá casos en los que no solo no podremos conocer la voluntad actual del sujeto, sino en los que ni siquiera seremos capaces de reconstruirla atendiendo a su trayectoria vital (como puede suceder en los supuestos en los que la persona se encuentra aquejada de una grave discapacidad desde su infancia). Al respecto, Cuenca Gómez defiende que un juicio de proporcionalidad correcto permitiría no solo dejar de lado la voluntad del sujeto, sino actuar en su contra, ante la existencia de situaciones en las que se ponga en riesgo otros derechos humanos igualmente importantes (habiendo descartado previamente otras medidas menos gravosas, como ofrecer mayor apoyo)[42]. No obstante, parece que ni la Convención ni la Observación General contemplan mecanismos que permitan atender a las necesidades de las personas con discapacidades más extremas, generándose una suerte de vacío normativo que deja desprotegidos otros derechos, cuestión que analizaremos con mayor profundidad cuando abordemos la filosofía de la reforma.

40 Alemany, M.: *El paternalismo jurídico*, cit., p. 150, citando a Dworkin en su obra *The Theory,* cit., p. 106. Esta misma idea es la que subyace en la famosa cita de John Locke: "No merece el calificativo de restricción lo que no hace otra cosa que servir de protección contra los tremedales y los precipicios. Por eso afirmo, cualesquiera que sean los errores que se cometan sobre este punto, que la finalidad de la ley no es suprimir o restringir la libertad, sino lo contrario: protegerla y ampliarla" (Locke, J.: *Segundo tratado sobre el gobierno. Un ensayo sobre el verdadero origen, alcance y fin del gobierno civil,* (trad. por P. López Álvarez), Biblioteca Nueva, Madrid, 1999, 1º ed. 1689, p. 79.

41 Alemany, M.: "Una crítica", cit., p. 29.

42 Cuenca Gómez, P.: "De objetos a sujetos de derechos. Reflexiones filosóficas sobre el Art. 12 de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, en AA.VV.: *Principios y preceptos de la reforma legal de la discapacidad. El derecho en el umbral de la política* (dir. por P.A. Munar Bernat), Marcial Pons, Madrid, 2021, p.62.

En aplicación de la concepción que hemos defendido (libertad en su vertiente positiva), las medidas paternalistas dirigidas a la protección de otros intereses distintos de la autonomía no supondrían un atentado contra la dignidad[43]. A nuestro juicio, poner tanto énfasis en la autonomía de las personas con discapacidad no es intrínsecamente negativo, sino que el error subyace en la desatención a otros valores. Son estos los que deberían jugar un papel más importante que el que les otorga la Convención, si se quiere proteger a las personas que podríamos considerar más vulnerables, que son precisamente quienes no pueden construir ni expresar de ningún modo su voluntad, cayendo en la homogeneización antes mencionada de las personas con discapacidad.

C) El derecho a no recibir apoyos.

Uno de los grandes problemas que se derivan de esta primacía de la voluntad sobre cualquier otro valor reside en la posibilidad de que la persona necesitada de apoyos, en ejercicio de su autonomía, rechace esta asistencia. Partiendo del texto de la Convención, la relevancia que su art. 3 otorga a la autonomía individual y la libertad de tomar las propias decisiones nos podría llevar a considerar la existencia de este derecho, a pesar de que no lo proclame expresamente. En este mismo sentido, la Observación General, en su ya comentada interpretación radical de la Convención, da un paso más, estableciendo que "en todo momento, incluso en situaciones de crisis, deben respetarse la autonomía individual y la capacidad de las personas con discapacidad a adoptar decisiones", explicitando en su punto 19 que "algunas personas con discapacidad (…) pueden no desear ejercer su derecho a recibir el apoyo previsto en el artículo 13, párrafo 3".

Con todo, el concepto de dignidad que maneja la Convención (y que parece ser el mismo que, *a priori*, emplea la reforma), puede justificar esta posibilidad, atendiendo a la primacía de la voluntad de la persona con discapacidad. Esta, llevada al extremo, supone que cualquier medida contraria a la misma constituya un atentado contra la dignidad humana, lo que se traduciría en que la persona pueda rechazar el apoyo. No obstante, esta conclusión plantea los mismos problemas que ya comentábamos en el apartado anterior y que se derivan de la reducción de la noción de dignidad al ejercicio efectivo de la autonomía individual. A nuestro juicio, el Comité desatiende otros valores que se encuentran íntimamente relacionados con la dignidad y que la Convención consagra, como pueden ser el derecho a la vida (art.10 CDPD) o a la integridad física y moral (art. 17 CDPD).

43 Consideramos que, en aplicación de este concepto de dignidad, podríamos llegar a conclusiones tan indeseables como considerar que una persona que no goza de la autonomía necesaria para guiar su proyecto vital no puede llevar una vida digna.

III. PANORÁMICA DE LA REFORMA.

Una vez expuestos los principios que se desprenden del art. 12 de la Convención y la interpretación que de los mismos realiza el Comité de Naciones Unidas, corresponde ahora analizar cómo y en qué medida el legislador español los ha introducido en la reforma.

1. Antecedentes.

La Convención fue ratificada por España el 23 de noviembre de 2007 y entró en vigor el 3 de mayo de ese mismo año. Desde ese momento, el Tribunal Supremo llevó a cabo una importante labor interpretativa, dictando el 29 de abril de 2009 la Sentencia que fijaría los criterios que permitirían ajustar nuestra legislación interna a los postulados de la Convención[44]. Así, el Tribunal consideraba que el sistema de protección contenido en el Código civil era compatible con el citado texto internacional, recordando que "la incapacitación total sólo deberá adoptarse cuando sea necesario para asegurar la adecuada protección de la persona del enfermo mental permanente, pero deberá determinar la extensión y límites de la medida y deberá ser siempre revisable". Asimismo, consideraba que la incapacitación era solo una forma de protección de la persona con discapacidad y que no se trataba de una medida discriminatoria, pues debía atender a las características específicas de cada caso.

En lo concerniente a las concretas medidas de protección, el Ministerio Fiscal apuntaba que la curatela ofrecía un marco graduable y flexible que le permitía adaptarse a las concretas necesidades de la persona que la requiriera. En este sentido "ya no se trata de hacer un traje a medida de la persona con discapacidad, sino de hacer los trajes a medida que hagan falta". Con base en esta argumentación, el Tribunal estableció que las personas incapacitadas debían estar sujetas a tutela, mientras que las sometidas a curatela eran aquellas que simplemente requerían un complemento de capacidad. A partir de la mencionada resolución, las menciones a este supuesto "traje a medida" se multiplicaron en la jurisprudencia del Tribunal[45].

La interpretación plasmada en esta Sentencia se manifiesta, entre otras, en las sentencias de 24 de junio de 2013[46] y de 20 de octubre de 2015[47]. En la primera, el Tribunal entendió que existía una necesidad de supervisión tanto en los aspectos patrimoniales como en los personales, pero no una plena incapacidad. Así, consideró procedente la aplicación de la curatela reinterpretada a la luz de la

44 STS 282/2009 de 29 de abril (RJ 2009, 2901).

45 Podemos citar, entre otras, las SSTS 341/2014, de 1 de julio (RJ 2014, 4518) y 244/2015 de 13 de mayo (RJ 2015, 2023).

46 STS 421/2013 de 24 de junio (RJ 2013, 3948).

47 STS 557/2015 de 20 de octubre (RJ 2015, 4900).

Convención, "desde un modelo de apoyo y de asistencia y el principio del superior interés de la persona con discapacidad, que, manteniendo la personalidad, requiere un complemento de su capacidad".

Por su parte, en la segunda de las sentencias citadas, el Tribunal Supremo estableció una curatela para una persona que previamente había sido declarada incapaz. Aunque entendió que no existía motivo para modificar la capacidad, consideró que el sujeto sí precisaba de supervisión tanto en los aspectos patrimoniales como en los relativos a su persona.

Desde entonces, la Sala Primera reiteró que el sistema de apoyos que se deriva de la Convención estaba integrado en nuestro Derecho por la tutela, la curatela, la guarda de hecho y el defensor judicial, medidas que consideraba eficaces para cubrir las diversas necesidades que pudieran presentarse. Asimismo, recordaba que todas ellas debían interpretarse conforme a los principios de la Convención[48].

Posteriormente, la Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de mayo de 2017 llevó a cabo una síntesis de la jurisprudencia dictada hasta el momento, destacando que "la extensión y los límites a la capacidad y el consiguiente régimen de tutela o guarda que se constituye (art. 760.1 LEC) deben fijarse atendiendo en exclusiva a lo que sea adecuado y necesario para el ejercicio de los derechos de la persona, atendiendo a sus concretas y particulares circunstancias"[49].

Como podemos observar, existe un esfuerzo por parte del Tribunal Supremo de no mecanizar los expedientes de incapacitación, tratando de evitar que en cualquier procedimiento se declarara la plena incapacitación de la persona sin atender a sus concretas circunstancias[50]. Así, tal y como apunta la sentencia de 11 de octubre de 2017, "el juicio sobre la modificación de la capacidad no es algo rígido, sino flexible, en tanto que debe adaptarse a la concreta necesidad de protección de la persona afectada por la discapacidad, lo que se plasma en su graduación"[51].

Sin embargo, para algunos autores, la Observación General del Comité ponía de manifiesto la necesidad de reformar el sistema jurídico vigente, no siendo suficiente su mera adaptación. Así, en septiembre de 2018 se aprueba el Anteproyecto de Ley por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia

48 Un mayor análisis de esta jurisprudencia se encuentra en Parra Lucán, M. Á.: "Hacia una reforma del régimen de la discapacidad: la doctrina del Tribunal Supremo y la Convención de Nueva York", en AA.VV., *Jornadas sobre el nuevo modelo de discapacidad* (coord. por M.C. Gete-Alonso y Calera) Marcial Pons, Barcelona, 2020, p. 122.

49 STS 298/2017, de 16 de mayo (RJ 2017, 2207).

50 De la Iglesia Monje, M. I.: "Naturaleza actual de la curatela: asistencial, patrimonial e incluso representativa", en AA.VV., *Contribuciones para una reforma de la discapacidad,* (dir. por E. Muñiz Espada), Wolters Kluwer, Madrid, 2020, p. 148.

51 STS 522/2017, de 11 de octubre (RJ 2017, 4870).

de discapacidad, que parte de la propuesta de las Secciones Primera y Quinta de la Comisión General de Codificación[52]. En diciembre del mismo año el nombre del Anteproyecto se sustituye (pasando a denominarse Anteproyecto de Ley por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de apoyo al ejercicio de la capacidad urídica)[53] y el Consejo de Estado emite en enero de 2019 un dictamen en general favorable sobre el mismo, con algunas sugerencias. Debido a los avatares políticos, la tramitación se retrasa y el Consejo de Ministros no lo aprueba hasta el 3 de julio de 2020.

Posteriormente, el 17 de julio de 2020 se publica en el BOCG con la denominación de "Proyecto de Ley por el que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica"[54].

La nueva Ley se aprobó definitivamente en mayo de 2021 y fue publicada en el BOE el 3 de junio del mismo año, tras un complicado proceso parlamentario en el que se presentaron cerca de seiscientas enmiendas en el Congreso de los Diputados y casi trescientas en el Senado[55]. Su Disposición Final Tercera contempla su entrada en vigor a los tres meses de su publicación, esto es, el 3 de septiembre de 2021.

2. La Ley 8/2021.

En virtud de la propia Exposición de Motivos, esta ley pretende "dar un paso decisivo en la adecuación de nuestro ordenamiento jurídico a la Convención (…), que en su artículo 12 proclama que las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida, y obliga a los Estados Parte a adoptar las medidas pertinentes para proporcionar acceso a las personas con discapacidad al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica". Así, a pesar de su larga trayectoria en nuestro sistema jurídico, la reforma, en consonancia con el art. 12 de la Convención, rompe con la tradicional dicotomía capacidad jurídica/capacidad de obrar, pasando a entender que el concepto es unívoco y queda englobado dentro de la terminología de "capacidad jurídica", que incluye ambas manifestaciones. Se proscribe así la

52 Rodríguez Guitián, A. M.: "La responsabilidad civil de las personas mayores", en AA.VV, *El derecho de las sociedades envejecidas* (dir. por B. Gregoraci Fernández y F. Velasco Caballero) AFDUAM, núm. 25, UAM-BOE, 2021, p. 34. Asimismo, cabe destacar la existencia de dos propuestas más: la del Real Patronato sobre Discapacidad (disponible en: https://biblioteca.fundacononce.es/publicaciones/ colecciones-propias/fuera-de-coleccion/propuesta-articulada-de-reforma-del-codigo) y la de la Asociación de Profesores de Derecho Civil (Asociación de Profesores de Derecho Civil, *Propuesta de Código Civil,* Tecnos, Madrid, 2018.)

53 Torres Costas, M. E.: *La capacidad,* cit., p. 227 (nota al pie 494).

54 Disponible en: https://www.congreso.es/public_oficiales/L14/CONG/BOCG/A/BOCG-14-A-27-1.PDF (fecha de consulta 24/05/2022).

55 García Rubio, M.P.: "Contenido y significado general de la reforma civil y procesal en materia de discapacidad", Editorial Jurídica Sepin, SP/DOCT/114070, 2021, p. 2.

incapacitación y la modificación de la capacidad, que de por sí es plena y no puede verse impedida por la mera existencia de una discapacidad[56].

Nos encontramos ante lo que pretende ser, en palabras de muchos autores, un cambio de paradigma, mediante el que se sustituye el tradicional modelo médico por el modelo social de discapacidad, huyendo de visiones tuitivas paternalistas que "hoy resultan periclitadas"[57]. Así, se parte de una concepción según la cual la discapacidad es un concepto que evoluciona y que resulta de la interacción entre las personas con deficiencias y las diversas barreras provocadas por el entorno social, acogiendo plenamente la interpretación del Comité. Como consecuencia, la discapacidad ha dejado de ser un estado civil[58].

De la mencionada Exposición de Motivos se desprende la necesidad de llevar a cabo un cambio en nuestro sistema, caracterizado por el predominio de la sustitución en la toma de decisiones hacia un modelo que ponga en el centro la voluntad de la persona con discapacidad[59]. De este modo, siguiendo el espíritu de la Convención, pueden propugnarse como valores inspiradores de la reforma la dignidad del sujeto, el respeto a su autonomía y libertad, la tutela de sus derechos fundamentales y los principios de proporcionalidad, necesidad y subsidiariedad en relación con las medidas de apoyo que se establezcan.

Esta primacía de la voluntad se pone de relieve desde una doble perspectiva: por un lado, mediante el establecimiento de las medidas de apoyo de carácter voluntario como absolutamente prioritarias, ostentando las medidas acordadas judicialmente carácter subsidiario; por otro lado, al establecer la necesidad de que quien actúe como prestador de apoyo lo haga atendiendo a la voluntad, deseos y preferencias de la persona a quien asiste.

Siguiendo a la Convención, la nueva legislación se separa de la concepción típica de los Códigos civiles decimonónicos, que abordaban la discapacidad desde un prisma fundamentalmente patrimonial, con el objetivo de atender en la misma

56 Es interesante destacar que la Propuesta de Código Civil de la Asociación de Profesores de Derecho Civil mantiene la modificación de la capacidad, estableciendo en su Exposición de Motivos que "la persona que no pueda actuar por sí solo necesita un apoyo específico. La modificación de la capacidad se produce, pues, a través de la provisión de apoyos estables".

57 Entre otros, Fernández de Buján, A.: "Convención de 2006 sobre los derechos de las personas con discapacidad y proceso de incapacitación", *Revista cuatrimestral de las Facultades de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales,* núm. 83-84, 2011, p. 120.

58 Pau, A.: "De la incapacitación al apoyo: el nuevo régimen de la discapacidad intelectual en el Código Civil", *Revista de Derecho Civil,* vol. V, núm. 3, 2018, p. 10.

59 Con el sistema anterior, un 95% de las sentencias declaraban la incapacitación total con designación de tutor, sin establecer graduación alguna para adecuarse a las características concretas de la persona (Comité de Ética y Legislación, Asociación Española de Neuropsiquiatría (AEN): "Sobre la reforma de la legislación civil en materia de protección de personas con discapacidad", 2016, disponible en: https://amsmblog.files.wordpress.com/2016/06/03-aen-reforma-legislaciocc81n.pdf) (fecha de consulta: 24/05/2022).

medida los aspectos personales de los sujetos (cuestiones sobre su salud, dónde o en compañía de quién desean vivir e, incluso, sobre sus voluntades digitales)[60].

La reforma implica la abolición de los procedimientos de incapacitación para pasar a hablar ahora de sistemas de provisión de apoyos, destinados a proporcionar asistencia a las personas con discapacidad que los necesiten. Como apunta García Rubio, la reforma no da una definición del concepto de discapacidad, pero se asume que sus normas están dirigidas a "personas con dificultades cognitivas, intelectuales o psicosociales, que son las que van a estar, en su caso, necesitadas de apoyo en el ejercicio de su capacidad jurídica"[61]. Sin embargo, consideramos que determinar esta necesidad puede ser difícil si no contamos con un elenco de causas que puedan desencadenar el procedimiento de provisión de apoyos, similar a lo que establecía el Código en su redacción anterior del art. 200. Al respecto, Pereña Vicente considera que "resulta complicado construir un sistema coherente si se parte de la negación del supuesto de hecho que desencadena la aplicación de la consecuencia jurídica que la propia norma prevé"[62]. Nos sumamos a esta opinión, pues es ciertamente complicado justificar la puesta en marcha de unas medidas de apoyo bajo el planteamiento de que todas las personas son plenamente capaces en todos los aspectos de la vida.

Las medidas de apoyo de las que venimos hablando pueden ser divididas en dos grandes grupos: en primer lugar, las medidas voluntarias, dentro de las que destacan los poderes y mandatos preventivos y la autocuratela; en segundo lugar, las medidas legales, en las que se incluyen la guarda de hecho, el defensor judicial y la curatela, siendo esta última la figura que cuenta con una regulación más extensa y detallada, especialmente dirigida a las personas que requieran un apoyo continuado[63]. Como consecuencia, se han eliminado dos de los tradicionales mecanismos de protección de las personas con discapacidad: la tutela y la patria potestad prorrogada y rehabilitada.

En lo que respecta a la primera de ellas, según el actual art. 199 CC, queda limitada su función a los menores en situación de desamparo o que no se encuentran sujetos a la patria potestad. Con ello, se cumple plenamente la obligación derivada de la Observación General de reemplazar para las personas con discapacidad los regímenes basados en la sustitución por otros que se basen en el apoyo en la adopción de decisiones. Así, el legislador español ha tratado de desvincular el

60 Cuadrado Pérez, C.: "Modernas perspectivas", cit., p. 26.

61 García Rubio, M.P.: "Contenido y significado", cit., p. 4.

62 Pereña Vicente, M.: "El régimen", cit., p. 207.

63 Al respecto, la Propuesta de Código Civil de la Asociación de Profesores de Derecho Civil regula asimismo la "asistencia". Se trata de una medida adoptada en expediente de jurisdicción voluntaria y solicitada por la propia persona afectada de una "disminución de facultades físicas o psíquicas o por hallarse en situaciones intermitentes de falta de capacidad" (art. 177-1), sin que en estos casos se produzca una modificación de la capacidad.

apoyo que pueda prestarse a las personas con discapacidad de las connotaciones representativas que indudablemente tenía la tutela, institución que en la actualidad se considera demasiado rígida como para adaptarse adecuadamente a las necesidades de las personas a las que sirva[64].

No obstante, algunos autores se han manifestado en contra de esta decisión, sobre la base de que existen personas afectadas por deficiencias muy severas que no les permiten la expresión de su voluntad y que precisan de una institución que contemple la sustitución en la toma de decisiones, proponiendo el mantenimiento de la tutela para estos casos límite[65]. Sin embargo, si prestamos atención al proceso de creación de la Convención, resulta más sencillo entender que se haya optado por la eliminación total de la tutela. Concretamente, durante el séptimo periodo de sesiones, el *Caucus*[66] defendía que la diferencia entre un sistema que promueve la toma de decisiones con apoyo y uno basado en la sustitución es que, en el primero, la persona con discapacidad está en el centro, así "la premisa de la toma de decisiones con soporte es que este varía de cero a cien y es un concepto dinámico", elasticidad que no permite la tutela[67].

Por todo ello, la institución escogida por el legislador para los casos en los que una persona necesite un apoyo de carácter continuado ha sido la curatela. Nos encontramos ante una medida con un largo recorrido en nuestro ordenamiento jurídico, si bien la reforma introduce cambios en su contenido. Anteriormente, la curatela se configuraba como una situación de guarda estable, que debía ejercerse en beneficio de la persona con discapacidad. Esta ostentaba una función asistencial (por lo que no se preveía ningún tipo de facultades representativas) y, a pesar de su estabilidad, estaba prevista para operar solo con respecto a actos concretos y determinados[68].Con la entrada en vigor de la reforma, la curatela

64 En este sentido, debemos destacar que la elección de la curatela no es únicamente material, sino también terminológica, pues, como recoge la propia Exposición de Motivos, "el propio significado de la palabra curatela -cuidado- revela la finalidad de la institución: asistencia, apoyo, ayuda". Ello ha llevado al legislador a preferir el término "curatela", incluso cuando se le asignan facultades representativas.

65 Esta es la opción contemplada por la Propuesta de Código civil de la Asociación de Profesores de Derecho Civil, cuya Exposición de Motivos establece que, "si bien se contempla la tutela como una medida subsidiaria de la curatela, se ha considerado preferible conservar esa denominación para los supuestos en los que sea necesario representar a la persona de manera estable". En esta misma línea, autores como Arnau Moya consideran que debería haberse mantenido la figura de la tutela para aquellos casos extremos en los que no exista voluntad alguna que complementar y en los que la necesidad de representación de la persona se extienda a la práctica totalidad de sus actos (Arnau Moya, F.: "Aspectos polémicos de la Ley 8/2021, de medidas de apoyo a las personas con discapacidad", *Revista Boliviana de Derecho*, núm. 33, 2022, p. 565).

66 *International Disability Caucus*. Hace un análisis sobre su composición y función en la Convención Torres Costas, M. E.: *La capacidad,* cit., p. 36.

67 Torres Costas, M. E.: *La capacidad,* cit., p. 68. Al respecto, consideramos que la tutela sí permitía una cierta flexibilidad. Sin embargo, como hemos tenido oportunidad de comentar (vid. supra nota 60), existía un problema en su aplicación, pues en la inmensa mayoría de casos se declaraba la incapacitación total con designación de un tutor. A nuestro juicio, la eliminación de la tutela de nuestro sistema está más relacionada con la intención de desvincular el apoyo de las nociones representativas que indudablemente ostenta.

68 Álvarez Lata, N.: "Comentario a los artículos 286-306", en AA.VV., *Comentarios al Código Civil,* (dir. por R. Bercovitz Rodriguez Cano), 4ª ed. Aranzadi, Navarra, 2013, p. 449.

seguirá prestando un apoyo asistencial, si bien se contempla la posibilidad de atribuir al curador funciones representativas, siempre con carácter excepcional y estableciendo expresamente los actos a los que se aplica (art. 269 CC). Se tratará, asimismo, de evitar que la representación tenga carácter general. No obstante, hay que recordar que lo que antes se perfilaba como una actuación sustitutiva, en nombre de la persona con discapacidad y atendiendo a su mejor interés, en la actualidad debe configurarse como un mecanismo que atienda a las voluntades, deseos y preferencias del asistido. Así, el curador deberá tomar la decisión que previsiblemente habría tomado la persona con discapacidad, reconstruyendo su voluntad a través de su trayectoria vital y experiencias pasadas. Sin embargo, como veremos, hay autores que ven en la curatela representativa la pervivencia de la institución de la tutela, hasta el punto de afirmar que esta no ha desaparecido, sino que se ha transformado[69].

En segundo lugar, destaca como decíamos la desaparición de la patria potestad prorrogada y la patria potestad rehabilitada, medidas que hasta ahora habían servido para atender a aquellos menores de edad con discapacidad que alcanzaban la mayoría de edad o para los adultos que aun convivieran en el hogar familiar y que sufrieran de alguna alteración que obligara a la prestación de medidas de apoyo[70]. A nuestro juicio, es una decisión acertada, pues este tipo de instituciones contribuyen a la infantilización de las personas con discapacidad y dificultan su desarrollo en igualdad de condiciones, manifestándose como figuras poco adaptadas al sistema de promoción de la autonomía que se trata de imponer. Al respecto, el legislador apunta en la Exposición de Motivos que "las nuevas concepciones sobre la autonomía de las personas con discapacidad ponen en duda que los padres sean siempre las personas más adecuadas para favorecer que el hijo adulto con discapacidad logre adquirir el mayor grado de independencia posible y que se prepare para vivir en el futuro sin la presencia de sus padres que, en la mayor parte de los casos, morirán antes que él; a lo que se añade que cuando los padres se hacen mayores, a veces esa patria potestad prorrogada o rehabilitada puede convertirse en una carga demasiado gravosa".

3. Filosofía de la reforma.

Por último, resulta de interés analizar cómo ha adaptado nuestra legislación las cuestiones controvertidas que se derivan de la Convención y de la Observación General. En este sentido, parece que la interpretación del Comité ha calado en el legislador español, que mayoritariamente la acoge en la reforma. No obstante, a pesar de que la Exposición de Motivos realiza constantes referencias a lo dispuesto

69 Pereña Vicente, M.: "La transformación de la guarda de hecho en el Anteproyecto de Ley", *Revista de Derecho Civil,* vol. V, núm. 3, 2018, p. 63.

70 Munar Bernat, P. A.: "La curatela: principal medida de apoyo de origen judicial para las personas con discapacidad", *Revista de Derecho Civil,* vol. V, núm. 3, 2018, pp. 121-152, p. 131.

por la citada Observación, parece que el articulado de la Ley 8/2021 no lleva estas consideraciones hasta sus últimas consecuencias. Veamos.

En primer lugar, la Observación General proscribía los regímenes basados en la representación, consagrando la plena igualdad de todo ser humano. Sin embargo, como hemos tenido oportunidad de apuntar, nuestra legislación sí contempla la representación, aunque remarcando su absoluta excepcionalidad. Así, se prevé la posibilidad de que la autoridad judicial determine aquellos actos en los que el curador y el guardador de hecho deberán asumir funciones representativas, siempre y cuando resulte imprescindible por las circunstancias de la persona con discapacidad (arts. 264 y 269 CC[71]). Esta solución nos parece adecuada, pues consideramos que cumple con el mandato de proporcionalidad que se deriva de la Convención, otorgando a las personas el apoyo que se adecue a sus necesidades, sean estas más o menos intensas.

En segundo lugar, hemos tenido ocasión de analizar el papel central que la Convención otorga a la voluntad, deseos y preferencias de las personas con discapacidad, asegurando que su prevalencia se encuentra íntimamente relacionada con el respeto a la dignidad humana. Como ya hemos argumentado, consideramos que la concepción de dignidad que maneja el Comité impide el recurso al criterio del mejor interés y deja desprotegidos otros intereses relevantes. Al respecto, sin embargo, el primer problema que se presenta consiste en determinar el régimen de actuación para los casos en los que desconozcamos la voluntad de la persona con discapacidad. Para estos supuestos, nuestra legislación prevé, en la nueva redacción del art. 249 CC, que cuando la persona tenga gravemente afectadas sus capacidades, hasta el punto de requerir la asistencia de un curador representativo, este deberá tener en cuenta la trayectoria vital, los valores y las creencias de la persona a la que preste apoyo y tratará de determinar la decisión que hubiera tomado aquella en caso de no requerir representación, teniendo en cuenta los factores que habría tenido en consideración. Sin embargo, aún podemos encontrarnos con casos más extremos. Pensemos, por ejemplo, en un sujeto afectado por una grave discapacidad desde su nacimiento, que no pueda expresar su voluntad ni siquiera a través del apoyo más intenso. En estos casos, no podremos acudir a la voluntad de la persona para prestar el apoyo y tampoco podremos reconstruirla, por lo que tendremos que atender a otros valores. Es en estos momentos en los que, tal y como apunta Pau, entraría en juego el criterio del mejor interés[72]. Ahora bien, como ya hemos adelantado, la Convención no

71 Del segundo de los artículos se desprende que la autoridad judicial deberá fijar, por un lado, los actos en los que el curador tendrá funciones asistenciales y, por otro lado, aquellos en los que puede actuar en representación de la persona con discapacidad. A nuestro juicio, el legislador español trata de restringir al máximo posible el mecanismo representativo, quizá más de lo que podríamos considerar idóneo.

72 Pau, A.: "De la incapacitación", cit., p. 9. Asimismo, Sánchez Hernández sostiene que la voluntad, deseos y preferencias de la persona con discapacidad conforman un "criterio preferente", pero que en los casos en los que la voluntad nunca ha podido ser manifestada, la persona que preste el apoyo deberá actuar

permite la aplicación de este criterio y parece que la reforma tampoco, pues en su Exposición de Motivos sitúa la inspiración de la nueva regulación en el art. 10 CE, obviando cualquier mención al mandato que para los poderes públicos se desprende del art. 49 del mismo texto[73].

Se confirma de este modo la equiparación del concepto de dignidad con el de autonomía, ignorando otros valores que, por nuestra parte, consideramos que también deben incluirse en la noción de dignidad o están íntimamente relacionados con ella (como pueden ser la vida, la seguridad o la integridad física y moral), que son derechos fundamentales por los que parece velar precisamente el artículo omitido. De todo lo expuesto se desprende, por tanto, que el legislador español consagra la atención a la voluntad del interesado como único criterio de actuación, proscribiendo cualquier tipo de paternalismo y permitiendo que las personas con discapacidad puedan cometer sus propios errores.

Sin embargo, si no se establecen instrumentos que verdaderamente garanticen que el sujeto que desempeña las medidas de apoyo dirigirá su actuación conforme a este, la reforma se quedará en una mera declaración de intenciones. No somos capaces de ver en el articulado un solo mecanismo que permita asegurar que el desempeño de las medidas de apoyo se haga atendiendo a la voluntad, y ello es así porque en realidad no lo hay. Lo único que podemos hacer en este punto es confiar en la buena voluntad de las personas llamadas a ejercer las instituciones de apoyo y esperar a que llegue un cambio de mentalidad, que, a nuestro juicio, aún no se ha producido. Desde nuestra perspectiva, resulta difícilmente imaginable que un hijo que desempeña cualquiera de las medidas que contempla la ley permita que su padre, aquejado de un grave Alzhéimer, decida, por ejemplo, seguir viviendo solo y sin ningún tipo de cuidado, por mucho que esta sea su voluntad y por más que se haya consagrado legalmente su derecho a equivocarse. Y en la medida en que no hay norma de control de esta actuación de apoyo por su parte, en la práctica, se verá contradicho el espíritu de la reforma.

El segundo de los problemas derivados de la primacía de la voluntad, deseos y preferencias es el derecho a rechazar el apoyo. Esta posibilidad queda recogida en el punto 19 de la Observación General y, a pesar de que la Exposición de Motivos no

orientada por el interés de la persona con discapacidad (Sánchez Hernández, A.: "Aspectos generales de la reforma del Código civil relativa a las personas con discapacidad intelectual en el ejercicio de su capacidad jurídica", *Revista Boliviana de Derecho,* núm. 33, 2022, p. 41). Por su parte, De Verda y Beamonte propone la aplicación de un parámetro objetivo que, a nuestro juicio, puede tener un mejor encaje en la filosofía de la Convención: "el principio constitucional, de alcance general, de la dignidad de la persona (art. 10.1 CE) (de toda persona), que trasciende a su pura voluntad" (De Verda y Beamonte. J. R.: "Primeras resoluciones", cit., p. 16).

73 De Salas Murillo, S.: "¿Existe un derecho", cit., p. 8. Al respecto, García Rubio reconoce que, en estos casos extremos, cuando no sea posible reconstruir la voluntad del sujeto, la representación heterónoma o sustitutiva de la voluntad, es "la única solución viable para que estas personas no resulten totalmente expulsadas del ordenamiento jurídico" (García Rubio, M. P.: "Contenido y significado", cit., p. 7).

la consagra expresamente, puede derivarse del concepto de dignidad que maneja y que tanta controversia ha suscitado. De hecho, en lo que a nuestra legislación respecta, García Rubio considera que existen argumentos a favor de la facultad de la persona con discapacidad para rechazar los apoyos[74]. Alude a la posibilidad que tiene esta de contratar prescindiendo del apoyo que tiene asignado. En estos casos, la persona que presta asistencia solo podrá instar la anulabilidad del contrato, *ex* art. 1302 CC, cuando el tercero conociera la existencia (y, por tanto, la ausencia en el contrato) de la medida de apoyo o hubiera obrado de mala fe, aprovechándose de la situación de discapacidad, lo que podría indicar que el fundamento de la anulación no se encuentra en el hecho de que se haya prescindido del apoyo. No obstante, a nuestro juicio, esta posibilidad no debería ser usada como argumento a favor de este pretendido derecho, sino que simplemente supone una forma de proteger la seguridad del tráfico jurídico[75].

Por otro lado, en nuestra legislación podemos encontrar algunos argumentos en contra, que, sin ánimo de exhaustividad, trataremos de reflejar a continuación. En primer lugar, como expone de Salas Murillo, el hecho de que el sistema de la reforma contemple la posibilidad de que la autoridad judicial adopte las denominadas "instituciones legales de apoyo" en defecto o insuficiencia de medidas voluntarias (art. 255 CC *in fine*) nos lleva a pensar que la persona con discapacidad no puede rechazar ser asistida[76].

Otro de los argumentos lo plantea la misma García Rubio cuando reconoce que el procedimiento de provisión de apoyos llevado a cabo mediante un expediente de jurisdicción voluntaria contempla que se presente oposición, en cuyo caso pasará a ser un procedimiento contencioso[77]. Nada parece impedir que sea el propio interesado el que se oponga y que, aun así, se acaben estableciendo judicialmente las medidas de apoyo necesarias. De este modo, se establece la posibilidad de imponer a la persona con discapacidad el establecimiento de un apoyo al que expresamente se ha opuesto.

74 García Rubio, M. P.: "Contenido y significado", cit., p. 5.

75 Al respecto, Gómez Calle realiza un interesante análisis de las numerosas cuestiones que plantea la nueva regulación de la anulabilidad de los contratos celebrados por personas con discapacidad. Defiende que los dos supuestos contemplados en el art. 1302 CC poseen una entidad propia (por un lado, que el cocontratante conozca la existencia de una figura de apoyo de la que se está prescindiendo a la hora de celebrar el contrato y; por otro lado, que el cocontratante se aproveche de la situación de discapacidad para obtener una ventaja injusta), lo que implica que uno de los objetivos de este artículo es precisamente evitar que quien vaya a contratar con personas con discapacidad que cuentan con medidas de apoyo, "no actúe como si estas medidas no existieran y trate al menos de que ese apoyo se preste". Gómez Calle, E.: "En torno a la anulabilidad de los contratos de las personas con discapacidad", entrada de blog de 3 de diciembre de 2021 en *Almacén de Derecho,* disponible en: https://almacendederecho.org/en-torno-a-la-anulabilidad-de-los-contratos-de-las-personas-con-discapacidad (fecha de consulta: 25/05/2022).

76 De Salas Murillo, S.: "¿Existe un derecho", cit., p. 13.

77 García Rubio, M. P.: "Contenido y significado", cit., p. 5.

Por último, consideramos que el art. 253 CC nos brinda otro argumento en contra del supuesto derecho a rechazar la asistencia, al establecer que, cuando una persona se encuentre en una situación que exija apoyo y carezca de este (nada se dice sobre la posibilidad de que no cuente con él, precisamente porque no lo ha querido), la entidad pública que en el respectivo territorio tenga encomendada esta función será la encargada de asistirlo. Ello demuestra que, ante la existencia de una situación de necesidad de apoyo, es imperativo que la persona con discapacidad cuente con él y que, en caso contrario, la ley le impone una asistencia temporal que llevará a cabo la entidad pública correspondiente.

En definitiva, consideramos que del articulado de la reforma se desprenden más argumentos en contra que a favor de la posibilidad de rechazar el apoyo, aunque esta conclusión pueda entrar en contradicción con la máxima relevancia que se otorga a la voluntad, deseos y preferencias de la persona en la Exposición de Motivos[78].

78 En esta misma línea se ha manifestado el Tribunal Supremo en su STS 589/2021, de 8 de septiembre de 2021 (RJ 2021\4002). En ella, nos encontramos con un sujeto que sufre Síndrome de Diógenes, un trastorno del comportamiento que se caracteriza por el total abandono personal y social, así como por la acumulación en el hogar de grandes cantidades de basura. En los antecedentes de esta resolución podemos ver cómo, tras la exploración forense, se determinó que esta persona se mostraba precisa y coherente en su razonamiento, que el trastorno padecido no había generado situaciones de urgencia que hubieran supuesto riesgos efectivos e inmediatos para el propio demandado o para terceros y que se negaba a recibir ningún tipo de asistencia. Con todo, el Tribunal Supremo considera necesario el establecimiento de un curador que autorice, con la periodicidad que considere necesaria, la limpieza del domicilio, entendiendo que "no intervenir en estos casos, bajo la excusa del respeto a la voluntad manifestada en contra de la persona afectada, sería una crueldad social, abandonar a su desgracia a quien por efecto directo de un trastorno (mental) no es consciente del proceso de degradación que sufre. En el fondo, la provisión del apoyo en estos casos encierra un juicio o valoración de que, si esta persona no estuviera afectada por este trastorno patológico, estaría de acuerdo en evitar o paliar esa degradación personal".
Al respecto, Bercovitz Rodríguez-Cano apoya la interpretación que realiza el Tribunal Supremo, considerando que "en muchas ocasiones la medida de protección tendrá que adoptarse contra la voluntad de la persona discapacitada a la que se quiera proteger, o incluso prescindiendo totalmente de ella por no ser posible conocerla o conocerla con certeza, o en las condiciones adecuadas, anteponiendo siempre a todo lo demás el propósito de protección que se pretende" (Bercovitz Rodríguez-Cano, R.: "Comentario a la STS 589/2021 de 8 de septiembre. Medidas de apoyo a discapacitado de acuerdo con la nueva regulación introducida por la Ley 8/2021, *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil, núm. 118, 2022, p. 326*.
En contra de los argumentos esgrimidos por esta resolución, se han manifestado García Rubio y Torres Costas, que consideran que la sentencia priva a la persona con discapacidad de su derecho a rechazar el apoyo. Entre otras interesantes consideraciones, las autoras defienden que la sentencia da por supuesto que el síndrome padecido es el que ha llevado a este sujeto a su degradación personal, "sin hacer siquiera el mínimo esfuerzo en averiguar si pudiera existir en cada caso otra causa o si, en realidad, la degradación de la persona ya existía antes de que el trastorno psíquico hubiese aparecido y simplemente se corresponde con su forma de vida (García Rubio, M. P. y Torres Costas M. E.: "Primeros pronunciamientos del Tribunal Supremo en aplicación de la Ley 8/2021, de 2 de junio por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica", *Anuario de Derecho Civil,* 2022, fascículo I, pp. 313-314). En opinión de estas autoras, el Tribunal Supremo no solo no ha llevado los postulados de la nueva regulación hasta sus últimas consecuencias, sino que incluso en algunos puntos se aparta tanto de los principios que se desprenden de la reforma "como de las reglas que actúan como paradigma de tales principios" (García Rubio, M. P. y Torres Costas M. E.: "Primeros pronunciamientos", cit., p. 330).
A nuestro juicio, a pesar de que el pronunciamiento pueda parecernos conveniente (en el sentido de que protege adecuadamente a la persona con discapacidad y evita que se siga produciendo esa degradación personal a la que anteriormente se ha hecho referencia), no parece que se adecúe a los principios que se desprenden de la reforma, en la que la voluntad del interesado es el criterio más importante a tener en cuenta (por encima del mejor interés o la protección de la persona, aspectos que consideramos que han tenido mayor relevancia en esta sentencia).

IV. CONCLUSIONES.

La Ley 8/2021 da un importante paso hacia el respeto de los derechos de las personas con discapacidad, otorgando valor a su voluntad, deseos y preferencias. No obstante, la relevancia que se concede a este criterio, por encima de cualesquiera otras consideraciones, puede llevarnos a desproteger uno de los colectivos más vulnerables de nuestra sociedad.

Siguiendo a la Convención, la reforma consagra la univocidad del concepto "capacidad jurídica", que incluye tanto la titularidad de los derechos como la facultad de ejercitarlos, afirmando que todas las personas tienen igual capacidad jurídica en todas las situaciones de la vida. Sin embargo, observamos ciertas incongruencias en este planteamiento, pues, si se sostiene que la capacidad jurídica es igual, inamovible e ilimitable para todos los sujetos, no habría justificación para el establecimiento de unas medidas de apoyo cuyo objetivo es, precisamente, asistir a las personas que lo necesiten en el ejercicio de su capacidad jurídica. A nuestro juicio, ello muestra que, si existen sujetos que requieren de estos apoyos, es porque existe algún obstáculo en su capacidad natural por más que la Convención o la reforma traten de negarlo.

En este mismo sentido, consideramos que la eliminación de todo tipo de paternalismo no es ni posible ni aconsejable, y una muestra de ello es que la reforma no ha conseguido evitar el establecimiento de normas que ostenten este carácter[79]. Todas estas normas no solo tienen un marcado carácter paternalista, sino que, en el fondo, apelan al proscrito "mejor interés" de la persona con discapacidad, pues limitan su voluntad en pos de evitar situaciones que puedan considerarse desfavorables para ella. Al respecto, quizá habría sido más coherente entender, como hace algún autor, que la Convención no prohíbe la discriminación positiva, lo que posibilitaría la implantación de medidas que fomentaran la protección de las personas con discapacidad. Ello permitiría salvar algunas de las incongruencias presentes en el texto de la reforma[80].

79 Entre otras, podemos destacar las reglas imperativas para el nombramiento del curador, la imposibilidad de que las medidas de apoyo sean ejercitadas por personas que tengan una relación contractual con el sujeto necesitado de ellas, o las relativas a la asistencia temporal por una entidad pública cuando se carezca de apoyo.

80 Pantaleón Prieto, F.: "¿Otra vez la consumación? *Perseverare diabolicum* (I)", entrada de blog de 7 de abril de 2021 en *Almacén de Derecho,* disponible en: https://almacendederecho.org/otra-vez-la-consumacion-perseverare-diabolicum-i (fecha de consulta: 25/05/2022).

BIBLIOGRAFÍA

ALEMANY, M.:

- *El paternalismo jurídico,* Iustel, Madrid, 2006.

- "Igualdad y diferencia en relación con las personas con discapacidad. (Una crítica a la Observación General n.º 1 (2014) del Comité (UN) de los derechos de las personas con discapacidad", *Anales de la Cátedra Francisco Suárez,* núm. 52, 2018.

- "Una crítica a los principios de la reforma del régimen jurídico de la discapacidad", en AA.VV., *Principios y preceptos de la reforma legal de la discapacidad. El derecho en el umbral de la política* (dir. por P. A. MUNAR BERNAT), Marcial Pons, Madrid, 2021.

ÁLVAREZ LATA, N.: "Comentario a los artículos 286-306", en AA.VV., *Comentarios al Código Civil,* (dir. por R. BERCOVITZ RODRIGUEZ CANO), 4ª ed. Aranzadi, Navarra, 2013.

ARNAU MOYA, F.: "Aspectos polémicos de la Ley 8/2021de medidas de apoyo a las personas con discapacidad", *Revista Boliviana de Derecho*, núm. 33, 2022.

ATIENZA, M.: "Dignidad humana y derechos de las personas con discapacidad", *Revista Ius et Veritas,* núm. 53, 2016.

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R.: "Comentario a la STS 589/2021 de 8 de septiembre. Medidas de apoyo a discapacitado de acuerdo con la nueva regulación introducida por la Ley 8/2021, *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil,* núm. 118, 2022.

CUADRADO PÉREZ, C.: "Modernas perspectivas en torno a la discapacidad", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario,* núm. 777, 2020.

CUENCA GÓMEZ, P.: "Reflexiones sobre el Anteproyecto de reforma de la legislación civil española en materia de capacidad jurídica de las personas con discapacidad", *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho,* núm. 38, 2018.

DE LA IGLESIA MONJE, M. I.: "Naturaleza actual de la curatela: asistencial, patrimonial e incluso representativa", en AA.VV.: *Contribuciones para una reforma de la discapacidad,* (dir. por E. MUÑIZ ESPADA), Wolters Kluwer, Madrid, 2020.

DE SALAS MURILLO, S.: "¿Existe un derecho a no recibir apoyos en el ejercicio de la capacidad?»", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario,* núm. 780, 2020.

De Verda y Beamonte. J.R.: "Primeras resoluciones judiciales aplicando la Ley 8/2021, de 2 de junio en materia de discapacidad", *Diario La Ley,* núm. 10021, 2022.

Dieterlen, P.: "La filosofía política de Robert Nozick", *Revista mexicana de ciencias políticas y sociales,* vol. 37, núm. 150, 1992.

Dworkin, G.: "Paternalism", *The Monist,* vol. 56, issue 1, 1972.

Dworkin, G.: *The Theory and Practice of Autonomy,* Cambridge University Press, Cambridge, 1988.

Fernández de Buján, A.: "Convención de 2006 sobre los derechos de las personas con discapacidad y proceso de incapacitación", *Revista cuatrimestral de las Facultades de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales,* núm. 83-84, 2011.

García Rubio, M. P.:

- "Algunas propuestas de reforma del Código civil como consecuencia del nuevo modelo de discapacidad. En especial en materia de sucesiones, contratos y responsabilidad civil", *Revista de Derecho Civil,* vol. V, núm. 3, 2018.

- "Contenido y significado general de la reforma civil y procesal en materia de discapacidad", Editorial Jurídica Sepin, SP/DOCT/114070, 2021.

García Rubio, M. P. y Torres Costas M. E.: "Primeros pronunciamientos del Tribunal Supremo en aplicación de la Ley 8/2021, de 2 de junio por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica", *Anuario de Derecho Civil,* fascículo I, 2022.

Garzón Valdés, E.: ¿Es éticamente justificable el paternalismo jurídico?, *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho,* núm. 5, 1988.

Gómez Calle, E.: "En torno a la anulabilidad de los contratos de las personas con discapacidad", entrada de blog de 3 de diciembre de 2021 en *Almacén de Derecho,* disponible en: https://almacendederecho.org/en-torno-a-la-anulabilidad-de-los-contratos-de-las-personas-con-discapacidad.

Locke, J.: *Segundo tratado sobre el gobierno. Un ensayo sobre el verdadero origen, alcance y fin del gobierno civil,* (trad. por P. López Álvarez), Biblioteca Nueva, Madrid, 1999 (1º ed. 1689).

Lopez Barba, E.: *Capacidad jurídica. El artículo 12 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y las medidas no discriminatorias de defensa del patrimonio,* Dykinson, Madrid, 2020.

Martin, W., Michalowski, S., Stavert, J., Ward, A., Ruck Keene, A., Hempsey, A., Caughey, C., McGregor, R.: "The Essex Autonomy Project Three Jurisdictions Report: Towards Compliance with CRPD Art. 12 in Capacity/Incapacity Legislation across the UK", 2016.

Martínez-Pujalte, A. L.: "A propósito de la reforma de la legislación española en materia de capacidad jurídica: la voluntariedad como nota esencial del apoyo", *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho,* núm. 42, 2020.

Mill, J. S.: *Sobre la libertad*, Ediciones Akal, Madrid, 2017.

Munar Bernat, P. A.: "La curatela: principal medida de apoyo de origen judicial para las personas con discapacidad", *Revista de Derecho Civil,* vol. V, núm. 3, 2018.

Nozick, R.: *Anarquía, Estado y utopía,* INNISFREE, 2014 (1º ed. 1974).

Palacios, A.: *El modelo social de discapacidad: orígenes, caracterización y plasmación en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad,* CERMI, Madrid, 2008.

Pantaleón Prieto, F.: "¿Otra vez la consumación? *Perseverare diabolicum* (I)", entrada de blog de 7 de abril de 2021 en *Almacén de Derecho,* disponible en: https://almacendederecho.org/otra-vez-la-consumacion-perseverare-diabolicum-i.Parra Lucán, M. Á.: "Hacia una reforma del régimen de la discapacidad: la doctrina del Tribunal Supremo y la Convención de Nueva York", en AA.VV.: *Jornadas sobre el nuevo modelo de discapacidad* (coord. por M.C. Gete-Alonso y Calera) Marcial Pons, Barcelona, 2020.

Pau, A.: "De la incapacitación al apoyo: el nuevo régimen de la discapacidad intelectual en el Código Civil", *Revista de Derecho Civil,* vol. V, núm. 3, 2018.

Pereña Vicente, M.:

- "El régimen de los poderes preventivos en la Reforma del Código Civil", en AA.VV., *Principios y preceptos de la reforma legal de la discapacidad. El derecho en el umbral de la política* (dir. por P.A. Munar Bernat) Marcial Pons, Madrid, 2021.

- "La transformación de la guarda de hecho en el Anteproyecto de Ley", *Revista de Derecho Civil,* vol. V, núm. 3, 2018.

RODRÍGUEZ GUITIÁN, A. M.: "La responsabilidad civil de las personas mayores", en AA.VV, *El derecho de las sociedades envejecidas* (dir. por B. GREGORACI FERNÁNDEZ y F. VELASCO CABALLERO), AFDUAM, núm. 25, UAM-BOE, 2021.

SAMOUR, H.: "Aspectos ideológicos del paradigma neoliberal", *Realidad: Revista de Ciencias Sociales y Humanidades*¸ núm. 66, 1998.

SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, A.: "Aspectos generales de la reforma del Código civil relativa a las personas con discapacidad intelectual en el ejercicio de su capacidad jurídica", *Revista Boliviana de Derecho,* núm. 33, 2022.

SÁNCHEZ-VENTURA MORER, I.: "Reflexión acerca de una posible compatibilidad entre los mecanismos sustitutivos de la capacidad de obrar y el artículo 12 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad", en AA.VV.: *La Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. De los derechos a los hechos* (coord. por E. ALICAÍN MARTÍNEZ), Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.

SANDEL, M. J.: *Justicia. ¿Hacemos lo que debemos?,* Debolsillo, Barcelona, 2021 (1º ed. 2011).

SERRANO GARCÍA, I.: "¿Tutela? ¿Apoyo para la toma de decisiones? Bettencout, Sordi, di Stéfano", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario,* núm. 751, 2015.

TORRES COSTAS, M. E.: *La capacidad jurídica a la luz del artículo 12 de la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad,* Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2020.

LA LEY 17/2021, DE 15 DE DICIEMBRE, ¿HASTA QUÉ PUNTO ES TRASUNTO DE LA FRUSTRADA PROPOSICIÓN DE LEY DE MODIFICACIÓN DEL CÓDIGO CIVIL, LA LEY HIPOTECARIA Y LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL, SOBRE EL RÉGIMEN JURÍDICO DE LOS ANIMALES, PRESENTADA EN EL CONGRESO DE LOS DIPUTADOS POR EL GRUPO PARLAMENTARIO POPULAR DURANTE LA LEGISLATURA XII (2016-2019)?*

LAW 17/2021, ENACTED DECEMBER THE 15TH. 2021, TO WHAT EXTENT IS IT A TRANSCRIPT OF THE FAILED LAW PROPOSAL TO AMEND THE CIVIL CODE, THE MORTGAGE LAW AND THE LAW OF CIVIL PROCEDURE, ON THE LEGAL REGIME OF ANIMALS, PRESENTED IN THE SPANISH CONGRESS BY THE POPULAR PARLIAMENTARY GROUP DURING ITS XII LEGISLATURE (2016-2019)?

Rev. Boliv. de Derecho Nº 34, julio 2022, ISSN: 2070-8157, pp. 716-731

* En agradecimiento a Chesús Yuste Cabello, Diputado al Congreso por Zaragoza (legislatura X), defensor incansable de los animales y motor de la Asociación Parlamentaria de Defensa de los Derechos de los Animales (APDDA), sin cuyo impulso posiblemente la Ley 17/2021 se habría hecho esperar mucho más.

Enric BATALLER I RUIZ

ARTÍCULO RECIBIDO: 3 de junio de 2022
ARTÍCULO APROBADO: 15 de junio de 2022

RESUMEN: La virtud de la buena política consiste en aprehender los consensos sociales y saberlos plasmar en normas útiles con vocación de avance y mejora. La Ley 17/2021 es una buena demostración de ello, y el proceso que llevó a su aprobación refuerza el papel del Parlamento como institución que sabe dar continuidad al trabajo realizado en su seno, más allá de las sustituciones en las personas que lo desarrollaron. El propósito del presente artículo es mostrar cómo en 2017 ya existía en España el consenso suficiente para impulsar mediante una Proposición de Ley la reforma de nuestro anacrónico Código Civil para ponerlo al día con las nuevas convicciones ciudadanas sobre la necesidad de respetar a los animales como seres dotados de sensibilidad; y como tal consenso era lo suficientemente fuerte para, tras el obligado paréntesis creado por la disolución anticipada de las Cortes Generales en 2019, recuperar aquella Proposición con las enmiendas aportadas entonces por los diversos grupos parlamentarios para culminar en 2021, ya en forma de ley felizmente aprobada, todo aquel trabajo.

PALABRAS CLAVE: Animales; seres sintientes; régimen jurídico; Código Civil.

ABSTRACT: *The virtue of good politics consists in apprehending social consensus and knowing how to translate it into useful laws with a vocation for advancement and improvement. Law 17/2021 is a good demonstration of this, and the process that led to its approval reinforces the role of Parliament as an institution that knows how to give continuity to the work carried out within it, beyond the substitutions of the people who developed it. The purpose of this article is to show how in 2017 there was already sufficient consensus in Spain to promote the reform of our anachronistic Civil Code by means of a Law Proposal to bring it up to date with the new citizen convictions about the need to respect animals as beings endowed with sensitivity; and as such consensus was strong enough to, after the forced parenthesis created by the early dissolution of the Cortes Generales in 2019, recover that Proposal with the amendments then made by the various parliamentary groups to culminate all that work in 2021, already in the form of an enacted law.*

KEY WORDS: *Animals; sentient beings; legal regime; Civil Code.*

SUMARIO.- I. INTRODUCCIÓN.- II. ¿PARA QUÉ LA REFORMA DEL CÓDIGO CIVIL OPERADA POR LA LEY 17/2021?- III. LA CONTINUIDAD DE LA LRJA CON RESPECTO A LA PROPOSICIÓN DE LEY DEL PARTIDO POPULAR PRESENTADA EN LA LEGISLATURA XII DEL CONGRESO DE LOS DIPUTADOS (Nº 122/000134) VA MÁS ALLÁ DEL TEXTO ORIGINAL Y SE EXTIENDE A LA RECUPERACIÓN DE LAS ENMIENDAS DEBATIDAS EN PONENCIA.- 1. El necesario entendimiento del Código Civil como un texto que ya no detenta una preeminencia cuasi-constitucional sino que debe funcionalizarse plenamente con el resto de normativa existente en la materia. 2. Destino de los animales de compañía en caso de crisis matrimoniales. 3. Mejoras técnicas en la redacción del Código Civil.- 4. Modificaciones en la posesión.- 5. La consideración privativa de los animales de compañía.- 6. La nueva consideración jurídica de los animales, también en sede de compra y venta.- 7. La indefinición del concepto de "animal de compañía".- 8. El olvido de la Ley de 16 de diciembre de 1954, sobre Hipoteca Mobiliaria y Prenda Sin Desplazamiento de la Posesión (LHMyPSDP).- IV. CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN.

La Ley 17/2021, de 15 de diciembre, de modificación del Código Civil, la Ley Hipotecaria y la Ley de Enjuiciamiento Civil, sobre el régimen jurídico de los animales (en adelante, LRJA) ha sido publicitada como la génesis de un nuevo Derecho Civil para los animales[1], y ello creo obedece no tanto a que en su contenido pueda verse un seguimiento en paralelo de la ordenación sistemática de materias que actualmente ofrece nuestro Código civil, sino sobre todo en el hecho formal de que, al igual que sucedió con el Código que vio finalmente la luz mediante el Real Decreto de 24 de julio de 1889, la rápida y consensuada tramitación de aquella norma[2] obedeció a la existencia de un texto previo bien trabajado que le sirvió de base.

En efecto, la LRJA no se entendería sin la Proposición presentada ante el Congreso de los Diputados por el Partido Popular el 6 de octubre de 2017, con el número 122/000134, y que obtuvo la aquiescencia de todos los grupos parlamentarios presentes en la Legislatura XII, de modo que cuando la misma llegó a su fin por la publicación del Decreto de disolución de las Cortes Generales[3] motivado por el anticipo electoral, la Ponencia constituida en el seno de la Comisión de Justicia del Congreso ya había elaborado su informe y quedaba únicamente pendiente la aprobación del texto por la citada Comisión con competencia legislativa plena, como paso previo para su pase al Senado.

1 Cerdeira, G.: *Crisis familiares y animales domésticos*, Editorial Reus, S. A., Madrid, 2022, p. 57.

2 La correspondiente Proposición de Ley, presentada en el Congreso de los Diputados a iniciativa de los grupos parlamentarios del PSOE e (inicialmente) Unidas Podemos, fue admitida a trámite por una muy amplia mayoría de 295 votos a favor, contando únicamente en contra con los 52 votos de VOX.

3 Publicado en el BOCG del 4 de marzo de 2019, y con efecto desde el día 5.

• Enric Bataller i Ruiz
Profesor Ayudante Doctor (acreditado a Contratado Doctor). Departament de Dret Civil – Universitat de València. Diputado al Congreso por València (legislaturas XI y XII). Correo electrónico: enric.bataller@uv.es.

La lectura del señalado informe de la ponencia creada *ad hoc* [4] muestra que, en palabras de la diputada del Partido Popular Sra. Moro Almaraz, la ley finalmente aprobada en 2021 es una "copia inteligente" de la proposición de 2017[5] tal y como resultó enriquecida con las diversas enmiendas aprobadas, de la presentación y defensa de algunas de las cuales, en mi condición de representante del Grupo Parlamentario Mixto en la ponencia de la Legislatura XII, me siento particularmente orgulloso[6].

II. ¿PARA QUÉ LA REFORMA DEL CÓDIGO CIVIL OPERADA POR LA LEY 17/2021?

En mi opinión, el propósito de la reforma operada en nuestro vetusto Código Civil puede resumirse en la necesidad de instaurar el importante principio de que

4 Disponible en https://www.congreso.es/busqueda-de-publicaciones?p_p_id=publicaciones&p_p_lifecycle=0&p_p_state=normal&p_p_mode=view&_publicaciones_mode=mostrarTextoIntegro&_publicaciones_legislatura=XII&_publicaciones_id_texto=BOCG-12-B-167-5.CODI.#1.

5 Véase su intervención en pleno, disponible en https://app.congreso.es/AudiovisualCongreso/audiovisualdetalledisponible?codSesion=92&codOrgano=400&fechaSesion=20/04/2021&mp4=mp4&idLegislaturaElegida=14&i=675344&descripcion=Moro%20Almaraz,%20Mar%C3%ADa%20Jes%C3%BAs(GP).

6 Para el análisis de aquella Proposición de Ley de 2017 puede consultarse Aláez Corral, B.: *Algunas claves de la futura reforma del Estatuto Jurídico civil del animal en España*, en *Da. Derecho Animal (Forum of Animal Law Studies)*, 2018, vol. 9/3, pp. 48-55, para quien sus puntos nodales se resumirían como sigue:
1. Reconoce expresamente en el art. 333.1 CC la sintiencia animal a todos los animales.
2. Introduce en el ámbito civil los mandatos de tenencia responsable y atención y cuidados debidos. En este sentido, aunque los animales dejan de ser considerados bienes muebles o inmuebles, pueden ser objeto de apropiación con las limitaciones que se establezcan en las normas legales y en la medida en que no lo prohíban (nuevo art. 333 bis CC). Su propietario, no obstante, debe respetar su cualidad de ser dotado de sensibilidad, asegurando su bienestar conforme a las características de cada especie, no pudiendo maltratarlo, ni abandonarlo o sacrificarlo salvo en los casos establecidos en las normas legales o reglamentarias (art. 333.3 CC).
3. Contiene remisiones normativas expresas a la legislación especial de protección de los animales ya existente (dotando de seguridad jurídica y coherencia interna al Ordenamiento Jurídico) en cuestiones como la ocupación (art. 610 CC).
4. Reformula las disposiciones relativas tanto a la responsabilidad civil por daños causados por terceros a los animales (art. 333.3 CC) como al saneamiento por vicios ocultos en la compraventa de animales (art. 1484 CC) para abarcar los gastos derivados de la asistencia veterinaria y los cuidados necesarios para garantizar la salud y el bienestar de los animales, de conformidad con las leyes especiales, como seres sintientes que son. Del mismo modo, el propietario y quienes convivan con el animal tendrán derecho en los casos de responsabilidad civil a una indemnización, que será fijada equitativamente por el tribunal, por el sufrimiento moral sufrido (art. 333.4 CC).
5. Obliga a estipular en el Convenio regulador de las relaciones matrimoniales, si lo hubiere, el destino de los animales de compañía, caso de que existan, teniendo en cuenta el interés de los miembros de la familia y el bienestar del animal, pudiendo preverse el reparto de los tiempos de disfrute si fuere necesario (art. 90.1.c) CC). Igualmente en caso de separación (nuevo art. 94 bis CC) o divorcio (art. 103.2 CC) la reforma prevé que la autoridad judicial disponga sobre la custodia de los animales de compañía y los derechos de visita del cónyuge a quien no se confíen, atendiendo al interés de los miembros de la familia y al bienestar del animal.
6. Declara expresamente la inembargabilidad de los animales de compañía, mediante reforma del art. 605 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. También modifica el art. 111 de la Ley hipotecaria para que la garantía hipotecaria de los bienes inmuebles no comprenda, ni con pacto expreso, a los animales de compañía, pudiendo comprender a los demás animales solo en caso de que así se acuerde expresamente o lo disponga otra disposición legal.
Sobre esta misma Proposición *non nata*, puede verse igualmente Arribas Atienza, P.: *El nuevo tratamiento civil de los animales*, en *Diario La Ley*, nº 9136, Sección Tribuna, 9 febrero 2018.

la naturaleza de los animales es distinta de la naturaleza de las cosas o bienes, principio que ha de presidir la interpretación de todo el ordenamiento[7].

Como se indica en el Preámbulo de la LRJA, la equiparación de los animales a las cosas muebles, realizada hasta entonces por el Código civil, resulta incompatible con su verdadera condición de seres vivos dotados de sensibilidad[8]. Tal anacronismo resulta tanto más evidente si reparamos en que nuestro Código Penal ya distingue desde 2003 entre los daños a los animales domésticos y a las cosas, a virtud de una reforma sobre la que se profundizó en 2015.

A partir de 2021, por fin el Estado español sigue las líneas que marcan otros ordenamientos jurídicos próximos[9]. Por otra parte, el art. 13 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea exige que los Estados respeten las exigencias en materia de bienestar de los animales como "seres sensibles"[10], criterio que

7 Linage entiende que nuestro Código Civil nunca ha equiparado los animales a las cosas, sino que sus redactores recurrieron "a una ficción jurídica para resolver ciertos problemas del derecho de propiedad y sus derivaciones en los casos en que los animales tenían un valor económico y en consecuencia hacían parte del patrimonio" (Linage Conde, J. A.: "Los animales en el ordenamiento jurídico", *El Notario del Siglo XXI*, Revista 87, sin paginar). En cualquier caso, la cosificación forzada de los animales ha resultado una evidencia, a la que finalmente se ha puesto remedio. En este sentido, ya tuve ocasión de pronunciarme en mi intervención durante el debate en pleno de la Proposición No de Ley presentada por el Grupo Parlamentario de Ciudadanos en el Congreso de los Diputados, en la legislatura XII, con el número 162/000241, finalmente caducada: "[…]entendemos que sí es posible hacer una reforma del código [civil] en aquello que puede seguir siendo útil, establecer una categoría diferenciada de los animales con respecto a la de bienes o cosas para dispensarles un tratamiento específico y, al mismo tiempo incidir en la necesidad de reformar otras muchas normas … para que se establezca la inembargabilidad de estos seres."[véase Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados (Pleno y Diputación Permanente), número 29 (14 de febrero de 2017), p. 45].

8 Coincido con Linage al entender que "El tratamiento especial de los animales de compañía responde a una realidad, por tremendamente humana, de reconocimiento inexcusable. En ellos el vínculo entre hombre y animal es tan intenso e íntimo que puede penetrar en las mayores profundidades psíquicas de la dimensión afectiva de la vida, lo cual no solamente es lícito sino valorable y acreedor a la tutela jurídica." (Linage Conde, J. A.: "Los animales", cit.).

9 Pueden citarse la reforma austriaca de 10 de marzo de 1986; la alemana de 20 de agosto de 1990, seguida de la elevación de la protección de los animales a rango constitucional en 2002 al introducir en su Ley Fundamental el art. 20 a); la regulación suiza, plasmada en la inclusión en su Constitución de la protección de los animales y que modificó el Código Civil y el Código de las Obligaciones a tal objeto; la reforma belga de 19 de mayo de 2009; la reforma francesa de 16 de febrero de 2015 y, la más próxima en el tiempo, la Ley portuguesa de 3 de marzo de 2017, que estableció un estatuto jurídico de los animales y modificó tanto su Código Civil como el Código Procesal Civil y el Código Penal.
Como nos recuerda el Preámbulo de la LRJA, aunque en las primeras reformas de los Códigos Civiles europeos (Austria, Alemania y Suiza) se utilizaba una formulación en negativo, en el sentido de que los animales no son cosas o no son bienes, el legislador español ha optado por las fórmulas más recientes de los Códigos Civiles francés y portugués, que prefieren una descripción en positivo de la esencia de estos seres, que los diferencia, por un lado, de las personas y, por otro, de las cosas y otras formas de vida, típicamente de las plantas.
La LRJA supone instaurar un reconocimiento al nivel estatal de los animales como seres sintientes, si bien con anterioridad a su promulgación todas y cada una de las Comunidades Autónomas españolas contaban con leyes de protección animal, desde la más antigua de Castilla-La Mancha de 1990, algunas de ellas limitadas a la protección de los animales de compañía y otras dedicadas a la protección de todos los animales en general. En este caso tenemos la Ley 5/2006, de 10 de mayo, del libro quinto del Código Civil de Cataluña, relativo a los derechos reales, cuyo art. 511-1, 3, establece que "Los animales, que no se consideran cosas, están bajo la protección especial de las leyes. Solo se les aplican las reglas de los bienes en lo que permite su naturaleza".

10 El precedente de la consideración expresa de los animales como seres sensibles lo tenemos, según Fernández Benavides, en el protocolo Número 33 sobre la Protección y el Bienestar de los Animales, anexo al Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea (Fernández Benavides, M.: "La reforma del régimen

se está incorporando al Derecho español mediante numerosas normas[11]. Cabe destacar, igualmente, la ratificación por el Reino de España, mediante instrumento publicado en el «Boletín Oficial del Estado» de 11 de octubre de 2017, del Convenio Europeo sobre protección de animales de compañía, hecho en Estrasburgo el 13 de noviembre de 1987[12].

Con estos parámetros, la LRJA ha elevado el concepto de bienestar animal a la categoría de principio de orden público, que traspasa todo nuestro ordenamiento y que, como tal, limita el alcance de la autonomía privada en los términos en que viene configurada por el art. 1255 del Código Civil[13].

III. LA CONTINUIDAD DE LA LRJA CON RESPECTO A LA PROPOSICIÓN DE LEY DEL PARTIDO POPULAR PRESENTADA EN LA LEGISLATURA XII DEL CONGRESO DE LOS DIPUTADOS (Nº 122/000134) VA MÁS ALLÁ DEL TEXTO ORIGINAL Y SE EXTIENDE A LA RECUPERACIÓN DE LAS ENMIENDAS DEBATIDAS EN PONENCIA.

En efecto, el texto de la Proposición sobre la que ha trabajado el Congreso durante la legislatura XIV no sólo se corresponde en su mayor parte con el presentado por el Grupo Popular durante la legislatura XII, sino que ha incorporado muchas de las enmiendas que la Ponencia trabajó y que quedaron en suspenso a causa de la disolución anticipada de las Cortes Generales producida el 4 de marzo de 2019. A señalar tal continuidad extendida dedico las siguientes líneas.

1. El necesario entendimiento del Código Civil como un texto que ya no detenta una preeminencia cuasi-constitucional sino que debe funcionalizarse plenamente con el resto de normativa existente en la materia.

La enmienda número 3 de las que presenté en la XII Legislatura en representación del Grupo Mixto pretende atender al propósito arriba enunciado,

jurídico de los animales. A propósito de la Ley 17/2021, de 15 de diciembre", en *El Notario del Siglo XXI*, Revista 101, pp. 1-4).

11 Entre las que puede destacarse la Ley 32/2007, de 7 de noviembre, para el cuidado de los animales, en su explotación, transporte, experimentación y sacrificio.

12 El art. 333 bis del Código Civil tras la aprobación de la LRJA describe a los animales como seres vivos dotados de sensibilidad, y proclama que sólo les será aplicable el régimen jurídico de los bienes y de las cosas en la medida en que sea compatible con su naturaleza o con las disposiciones destinadas a su protección. Esta consideración, que no fue objeto de controversia en el trámite parlamentario, suma lo dispuesto en los arts. 201-B, 201-C y 201-D del Código Civil Portugués tras la reforma operada por la Ley 8/2017, la más inmediata de las que han influido a la reforma española. Puede verse al respecto Moreira, A. R.: "La reforma del Código Civil respecto al estatuto del animal", *dA.Derecho Animal (Forum of Animal Law Studies)*, 2018, vol. 9/3, pp. 80-91; esta autora destaca que "la reciente modificación del Código Civil portugués, operada por la Ley nº 8/2017, fue el resultado de una larga, persistente y creciente demanda social de un tratamiento jurídico adecuado para los animales, a través de varias peticiones populares a los órganos de soberanía, con énfasis especial en la última década", y hace votos para que sirva de guía a reformas similares en otras latitudes.

13 A la debida observancia de este principio de obligado respeto al bienestar animal alude expresamente el art. 90 CC como uno de los criterios que deben contemplarse en el convenio regulador de las situaciones de crisis matrimonial.

como puede observarse leyendo el añadido en cursiva que propuse al texto inicial de la Proposición de Ley de 2017, y en concreto al párrafo quinto del punto II de la Exposición de Motivos:

"A partir de las anteriores premisas, en consonancia con el principio que inspira la reforma *y con el nuevo marco jurídico configurado por la legislación administrativa sobre convivencia y protección de animales,* se adecuan al mismo, entre otras, las tradicionales nociones de ocupación, frutos naturales, hallazgo, responsabilidad por daños y vicios ocultos, aplicadas, de una manera distinta a la actualmente vigente, a los animales".

Me felicito porque este redactado, coincidente con el propuesto por el Grupo Popular en su enmienda nº 105, fue asimilado posteriormente, en la misma ubicación sistemática, por la Proposición de Ley nº 157-1, presentada el 26 de marzo de 2021 conjuntamente por los Grupos Parlamentarios Socialista y Confederal Unidas Podemos, y actualmente forma parte de la vigente LRJA.

Sobre la justificación de tal declaración en la parte expositiva de la Ley, me remito a la que aporté entonces con mi enmienda: al igual que se hace referencia expresa al avance producido en la regulación del Código Penal, es preciso referirse también a la profusa y creciente regulación administrativa existente en materia de animales, y que configura entre otros muchos aspectos de las relaciones entre estos y los humanos, un marco jurídico al que debe sujetarse y adaptarse, por ejemplo, cualquier previsión sobre ocupación o hallazgo de animales, cuestión amplia y detalladamente abordada en cada una de las legislaciones autonómicas vigentes en esta materia y que por tanto no puede ser obviada[14].

2. Destino de los animales de compañía en caso de crisis matrimoniales.

La transacción entre la enmienda nº 5 (presentada por mí) las números 82 y 106, respectivamente presentadas por los Grupos Socialista y Popular, ha llevado a que la redacción actual del art. 90 CC, en sede de convenio regulador de la nulidad, la separación y el divorcio, no hable ya del "disfrute" del animal (como hacía la redacción legal anterior a la reforma operada por la LRJA)sino de "convivencia y cuidado", lo que supone un evidente elemento de dignificación de las relaciones entre humanos y animales de compañía.

14 Asimismo, el tercer párrafo del apartado I de la Exposición de Motivos de la LRJA asume la misma redacción que el Grupo Popular planteó con su enmienda nº 103 de las presentadas a la Proposición de Ley de 2017: "Por otra parte, el artículo 13 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea exige que los Estados respeten las exigencias en materia de bienestar de los animales como 'seres sensibles'. Por ello, también aplica este criterio el Derecho español en numerosas normas entre las que debe destacarse la Ley 32/2007, de 7 de noviembre, para el cuidado de los animales, en su explotación, transporte, experimentación y sacrificio. Cabe destacar, igualmente, la reciente ratificación por el Reino de España, mediante instrumento publicado en el Boletín Oficial del Estado de 11 de octubre de 2017, del Convenio Europeo sobre protección de animales de compañía, hecho en Estrasburgo el 13 de noviembre de 1987".

Por otra parte, la Proposición de Ley de 2017 pretendió introducir en el Código Civil un nuevo art. 94 bis, que ahora ha sido recogido por la LRJA, si bien recrecido con respecto a la propuesta inicial. En efecto, la Proposición únicamente contemplaba el siguiente texto:

"La autoridad judicial confiará a los animales de compañía a uno o ambos cónyuges, atendiendo al interés de los miembros de la familia y al bienestar del animal".

Esta redacción fue objeto de dos enmiendas, a saber, la que presenté en nombre del Grupo Mixto con el número 7, y la presentada por el Grupo Socialista con el número 83.

Mi enmienda nº 7 rezaba así (los añadidos, en cursiva):

"La autoridad judicial confiará *para su guarda y cuidado* a los animales de compañía a uno o ambos cónyuges, atendiendo al interés de los miembros de la familia y al bienestar del animal, *con independencia de la titularidad dominical de este. En caso de que se confíe a ambos cónyuges, esta circunstancia se hará constar en el correspondiente registro de identificación de animales*"[15].

Tal enmienda no fue aceptada como tal en el debate de la Ponencia, la cual optó en cambio por acoger en su informe final la enmienda nº 83 del grupo Socialista, con un alcance un poco más restringido y que rezaba así:

"La autoridad judicial confiará *para su cuidado* a los animales de compañía a uno o ambos cónyuges, atendiendo al interés de los miembros de la familia y al bienestar del animal, *con independencia de la titularidad dominical de este.*"

Sin embargo, puede verse que lo apuntado en mi enmienda no cayó en saco roto, dado que el art. 94 bis finalmente incorporado al Código Civil en 2021 acabó disponiendo así:

"La autoridad judicial confiará para su cuidado a los animales de compañía a uno o ambos cónyuges, y determinará, en su caso, la forma en la que el cónyuge al que no se le hayan confiado podrá tenerlos en su compañía, así como el reparto de las cargas asociadas al cuidado del animal, todo ello atendiendo al interés de los miembros de la familia y al bienestar del animal, con independencia de la titularidad dominical de este *y de a quién le haya sido confiado para su cuidado*. Esta

15 Más concisa era la enmienda nº 107 (Grupo Popular), igualmente aceptada, que pretendía dar al art. 94 bis la siguiente redacción:
"La autoridad judicial confiará los animales de compañía a uno o ambos cónyuges, atendiendo al interés de los miembros de la familia y al bienestar del animal, con independencia de la titularidad dominical de este".

circunstancia se hará constar en el correspondiente registro de identificación de animales"[16].

3. Mejoras técnicas en la redacción del Código Civil.

Las enmiendas 8 y 9 que presenté, coincidiendo con las números 51 y 52 (presentadas por el Grupo Parlamentario Confederal de Unidas Podemos), la número 84 (presentada por el Grupo Socialista) y la número 108 (del Grupo Popular), pretendían todas que la nueva rúbrica del Libro Segundo del Código Civil planteada en la Proposición de Ley de 2017 ("De los animales, los bienes, de la propiedad y de sus modificaciones") pasara a rezar como "De los animales, *de* los bienes, de la propiedad y de sus modificaciones", a fin de atender con mayor claridad a la distinción entre animales y bienes, clave de bóveda de la reforma. Esto justificaba asimismo que se pretendiese rubricar el Título I del indicado Libro II como "De la clasificación de los animales y *de los* bienes. Disposiciones preliminares."

Las antedichas enmiendas fueron aceptadas por la Ponencia, pero decayeron a causa del fin abrupto de la XII Legislatura, al igual que el resto del texto de 2017, si bien han pasado actualmente a la vigente LRJA.

4. Modificaciones en la posesión.

El art. 431 CC, tras la reforma operada por la LRJA, queda con una redacción modificada coincidente con la que propuso la enmienda nº 59 (presentada por el Grupo Confederal de Unidas Podemos) a la Proposición de Ley de 2017, a saber:

"La posesión se ejerce en las cosas, *en los animales* o en los derechos por la misma persona que los tiene y los disfruta, o por otra en su nombre" (en negrita el añadido)[17].

La misma argumentación sirvió al grupo proponente de la enmienda para justificar la número 60, igualmente asumida por la Ponencia en 2019 y actualmente por el texto vigente de la LRJA en el reformado art. 432 CC (en cursiva los añadidos):

"La posesión en *los bienes, en los animales y en los* derechos puede tenerse en uno de dos conceptos: o en el de dueño, o en el de tenedor de la cosa,

16 Para un comentario a esta cuestión, puede verse Cerdeira, G.: *Crisis familiares*, cit., p. 286.

17 La justificación que dio el grupo proponente fue la siguiente:
"Atendiendo a la nueva categoría distinta de la de las cosas, y al hecho de que los animales son susceptibles también de ser poseídos, es preciso incorporar en los preceptos relativos a su posesión las referencias a ellos, expresa y diferenciadamente de las de los bienes, sin perjuicio de la legislación especial".

animal o derecho para conservarlos o disfrutarlos, perteneciendo el dominio a otra persona".

Igualmente cabe indicar que la enmienda número 91 a la Proposición de 2017, del Grupo Socialista, ha pasado al texto vigente del Código Civil, cuyo art. 438 ahora reza así:

"La posesión se adquiere por la ocupación material de la cosa, *animal* o derecho poseído, o por el hecho de quedar estos sujetos a la acción de nuestra voluntad, o por los actos propios y formalidades legales establecidas para adquirir tal derecho."

5. La consideración privativa de los animales de compañía.

La LRJA ha aceptado implícitamente y mejorado las enmiendas que fueron presentadas con los números 38, 70 y 113 de la Proposición de Ley de 2017 (de los Grupos Parlamentarios de Ciudadanos, Unidas Podemos y PP, respectivamente) para incluir un nuevo art. 1346.1º CC (si bien en las enmiendas se planteaba como 1346.9º) que define como bienes privativos los animales de compañía que perteneciesen a cada cónyuge antes de casarse. La mejora consiste en que donde las enmiendas aludían únicamente a "animales de compañía", la ley finalmente aprobada habla de "animales" en general, y lo hace junto a (y marcando la distinción) "bienes" y "derechos"[18].

6. La nueva consideración jurídica de los animales, también en sede de compra y venta.

Tras dedicar su art. 1.491 a hablar de las consecuencias de la detección de un vicio redhibitorio en la venta de animales, el art. 1.492 hacía extensivo lo allí dispuesto "a la de otras cosas". Este redactado debía cambiarse si no queríamos perpetuar la idea de que el animal es una cosa más, y por ello la enmienda 21 de las por mí presentadas, coincidente con las enmiendas números 73 (del Grupo Confederal de Unidas Podemos), 97 (del Grupo Socialista), y 114 (del Grupo Popular),todas ellas aceptadas por la Ponencia en su informe final dirigido a la Comisión, de fecha, 26 de febrero de 2019, pretendían que el art. 1492 del Código Civil tuviere la siguiente redacción (la modificación en cursiva):

18 Mientras que Ciudadanos y Partido Popular justificaban estas enmiendas con la simple mención a "mejora técnica", el Grupo Confederal de Unidas Podemos explicaba la suya con el argumento de que "se aconseja añadir un apartado 9 al artículo 1346 para que el animal que ya poseía alguno de los cónyuges antes del matrimonio pueda tener la consideración de privativo evitando posibles conflictos que puedan surgir en el reparto de la tenencia de un animal de compañía entre los miembros de la pareja ante el sobrevenimiento (*sic*) de las crisis familiares".

"Lo dispuesto en el artículo anterior respecto de la venta de animales se entiende igualmente aplicable a la de *las* cosas".

Tal texto coincide con el que finalmente incorpora la Proposición de Ley del Grupo Socialista presentada en 2021, y es el que finalmente se ha dado al nuevo art. 1492 CC.

Por su parte, las enmiendas números 98 (del Grupo Socialista) y 115 (del Grupo Popular), aceptadas por la Ponencia, contienen el texto que actualmente replica el art. 1493 CC tras la redacción dada por la LRJA:

"El saneamiento por los vicios ocultos *de los animales destinados a una finalidad productiva* no tendrá lugar en las ventas hechas en feria o en pública subasta, *o cuando sean destinados a sacrificio o matanza de acuerdo con la legislación aplicable,* salvo el caso previsto en el artículo siguiente"[19].

7. La indefinición del concepto de "animal de compañía"

No fue aceptada por la Ponencia mi enmienda nº 13 a la Proposición de Ley de 2017, que pretendía añadir un nuevo apartado 5 al art. 333, bis) para introducir una definición de "animal de compañía". El texto así rechazado fue luego recogido (con idéntica fundamentación jurídica) por el Grupo del Partido Nacionalista Vasco en el Senado mediante su enmienda nº 5 presentada durante la tramitación del texto finalmente aprobado como LRJA, pero tampoco prosperó[20].

19 La justificación a esta enmienda oportunamente aportada por el Grupo Socialista rezaba así:
"Adecuación de la terminología empleada en este precepto a la nueva consideración de los animales como seres vivos dotados de sensibilidad, a los que, independientemente de su destino, no puede atribuirse calificativos propios y aplicables a las cosas, como 'desecho`. Asimismo, se incorpora el término 'matanza` para mayor adecuación a la terminología empleada en la legislación aplicable a este ámbito, a partir del Reglamento (CE) nº 1099/2009 del Consejo, de 24 de septiembre de 2009, relativo a la protección de los animales en el momento de la matanza".

20 La enmienda nº 13 arriba aludida rezaba así:
"Nuevo artículo 333. Apartado 5
De adición.
Texto que se propone:
5. Sin perjuicio de lo establecido en las leyes especiales y en todo caso a los efectos de este Código, será considerado animal de compañía todo aquel que, perteneciente a cualquier especie, convive con el ser humano en domesticidad y depende de aquel para su subsistencia, respetando las prohibiciones legales sobre tenencia de determinadas especies".
JUSTIFICACIÓN
En la actualidad existe una absoluta disparidad y discrepancia normativa y jurisprudencial sobre lo que ha de entenderse por "animal de compañía", abocando a una completa confusión entre las definiciones aportadas por: el Convenio del Consejo de Europa sobre protección de animales de compañía, hecho en Estrasburgo el 13 de noviembre de 1987; el Reglamento núm. 576/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de junio de 2013, relativo a los desplazamientos sin ánimo comercial de animales de compañía; las leyes de las diecisiete comunidades autónomas y los reglamentos de Ceuta y Melilla sobre tenencia y protección de los animales; la Ley 32/2007, de 7 de noviembre, para el cuidado de los animales en su explotación, transporte, experimentación y sacrificio; Ley 8/2003 de Sanidad Animal; y el propio Código Penal. Por este motivo, se hace necesaria una definición en este Código, tanto a los efectos de aplicación del mismo como con una finalidad uniformizadora".

Tampoco resultó aprobada la enmienda nº 63, presentada por el Grupo Confederal de Unidas Podemos, y que pretendía introducir una nueva redacción del art. 465 para acabar con la distinción entre "animales fieros" y "animales domesticados y amansados", asimilados legalmente a los "mansos y domésticos". La indicada enmienda rezaba así:

"La posesión de los animales se regirá por lo dispuesto en este Código teniendo en cuenta lo dispuesto en la legislación especial"[21].

Sin embargo, el art. 465 ha pasado a tener, en la redacción finalmente incorporada al Código Civil a virtud de la LRJA, la misma redacción que llevaba en la Proposición de Ley presentada por el Partido Popular en 2017, en la que destaca el cambio de la palabra "fieros" por "salvajes o silvestres" y la sustitución del término "mansos" por "de compañía", término éste que se hace equivalente al de "domésticos" y se definen, indirectamente, como aquellos que conservan la costumbre de volver a la casa del poseedor o han sido identificados como tales[22].

8. El olvido de la Ley de 16 de diciembre de 1954, sobre Hipoteca Mobiliaria y Prenda Sin Desplazamiento de la Posesión (LHMyPSDP).

La LRJA ha modificado el art. 111 de la Ley Hipotecaria al efecto de excluir los animales de compañía del posible pacto de extensión de la hipoteca, pero no ha reformado correlativamente el art. 52.3º de la LHMyPSDP, el cual sigue aludiendo a la posibilidad de constituir prenda sin desplazamiento posesorio sobre "los animales, así como sus crías y productos" que formen parten de una explotación agrícola, forestal o pecuaria.

Esta omisión podría salvarse pensando en una aplicación analógica del citado art. 111 dada su evidente identidad de razón[23], si bien algún autor entiende que la exclusión explícita de los animales de compañía de la prenda sin desplazamiento

21 Unidas Podemos justificaba su enmienda con estas palabras:
"En este punto es conveniente limitarse a hacer una remisión normativa a las disposiciones del Código Civil en consonancia con la legislación especial sobre la tenencia de animales ya que, de lo contrario, se continúa ofreciendo una suerte de clasificación de los animales en función de su carácter o docilidad para con el humano, que resulta anticuada y no sujeta, hoy en día, a rigor científico alguno".

22 Cerdeira, G.: "Crisis familiares", cit., pp. 276-277, entiende que el *animus revertendi* sirve también como criterio para la consideración de los animales domésticos o domesticables como parte de la vivienda. Para Chaparro, la noción de "animal de compañía" se conformaría por dos notas, a saber, la convivencia con su propietario en su hogar, y el hecho de que la tenencia del mismo obedece principalmente a una función de compañía, sin perjuicio de que aquel pueda general rentas para el dueño. En suma, para este autor, el elemento clave es la función de compañía [Chaparro, P.: "Los animales y sus frutos como objeto de garantía crediticia", p. 202-203, en *Un nuevo Derecho Civil para los animales: comentarios a la Ley 17/2021, de 15 de diciembre, de modificación del Código Civil, la Ley Hipotecaria y la Ley de Enjuiciamiento Civil, sobre el régimen jurídico de los animales* (dir. G. Cerdeira), Editorial Reus, 2022].

23 Para un estudio del art. 111 de la Ley Hipotecaria puede verse, entre otros muchos, Serra Rodríguez, A., "La hipoteca inmobiliaria (I)", en *Derecho Civil III. Derechos Reales*, Tirant Lo Blanch, 5ª ed. València, 2019, pp. 378-379. Igualmente, Blasco Gascó, F.: *Instituciones de Derecho Civil. Derechos reales. Derecho registral inmobiliario*, Tirant Lo Blanch, València, 2019, pp. 520-522.

resultaría superflua en la medida en que tal concepto parece hacer referencia a los animales que efectivamente cumplen funciones de compañía y, por ende, no vienen adscritos a explotación económica alguna[24].

IV. CONCLUSIONES.

1. La dinámica parlamentaria presenta en ocasiones ondas de continuidad que trascienden el marco rígido de las sucesivas legislaturas. Ello es así especialmente cuando nos hallamos ante asuntos que llegan a las Cámaras respaldados por un previo y claro consenso social, lo cual hace conveniente que los trabajos interrumpidos antes de su conclusión a causa de convocatorias electorales sean en ocasiones retomados posteriormente y llevados finalmente al buen puerto que representa su publicación como norma en los boletines oficiales.

Esto es lo que ha ocurrido con la LRJA, que se ha construido con facilidad en la legislatura XIV sobre una Proposición del Grupo Parlamentario Socialista que en gran medida copiaba otra anterior del Grupo Parlamentario Popular presentada en 2017, con la copia añadida de diversas enmiendas que ya la enriquecieron durante el trabajo en comisión realizado durante la legislatura XII. El consenso es, pues, el principal valor sobre el que se asienta la LRJA.

2. Los animales de compañía, como seres sintientes especialmente vinculados a los humanos y por tanto como destinatarios de una especial tuición en el ámbito civil, debían haber sido objeto de una definición más precisa, dado que ahora la ley considera tales tanto aquellos que acostumbran volver a la casa del poseedor (con toda la casuística y dificultad probatoria a que tal entendimiento pueda dar lugar) como los que hayan sido identificados así, lo que supone una llamada a la prolija normativa existente, de orden administrativo y nivel tanto autonómico como estatal, que deja campo abierto para la controversia y a buen seguro provocará jurisprudencia divergente.

3. La reforma operada por la LRJA, a pesar de la ambición con la que viene enunciada en su título, ha incurrido en omisiones que deberán solventarse en muchos casos mediante el recurso a la analogía, y partiendo de la existencia ya en nuestro ordenamiento de un claro principio *pro animalis*. Queda la duda de si la evolución futura nos deparará la progresiva construcción de un régimen jurídico de Derecho privado para los animales que constituya un propio *tertium genus* entre el dedicado a las personas y el regulador de las cosas.

4. Una futura y necesaria reforma de la Constitución Española quizá debería inspirarse en otras normas supremas que, como la de Suiza, proclaman el principio

24 Véase Chaparro, P.: "Los animales y sus frutos", cit., p. 223.

de dignidad animal, de manera que nadie puede someter indebidamente a un animal al dolor, al sufrimiento, al daño o al miedo. El reconocimiento de esta esfera de protección para los seres sintientes no sólo redundará en su bienestar sino, evidentemente, en la elevación de la consideración moral de nuestra sociedad.

BIBLIOGRAFÍA

Aláez Corral, B.: "Algunas claves de la futura reforma del Estatuto Jurídico civil del animal en España", en *dA.Derecho Animal (Forum of Animal Law Studies)*, 2018, vol. 9/3.

Arribas Atienza, P.: "El nuevo tratamiento civil de los animales", en *Diario La Ley*, nº 9136, Sección Tribuna, 9 febrero 2018.

Blasco Gascó, F.: *Instituciones de Derecho Civil. Derechos reales. Derecho registral inmobiliario*, Tirant Lo Blanch, València, 2019.

Cerdeira, G.: *Crisis familiares y animales domésticos*, Editorial Reus, S. A., Madrid, 2022.

Chaparro, P.: "Los animales y sus frutos como objeto de garantía crediticia", en *Un nuevo Derecho Civil para los animales: comentarios a la Ley 17/2021, de 15 de diciembre, de modificación del Código Civil, la Ley Hipotecaria y la Ley de Enjuiciamiento Civil, sobre el régimen jurídico de los animales* (dir. G. Cerdeira), Editorial Reus, 2022.

Fernández Benavidez, M.: "La reforma del régimen jurídico de los animales. A propósito de la Ley 17/2021, de 15 de diciembre", en *El Notario del Siglo XXI*, Revista 101.

Linage Conde, J. A.: "*Los animales en el ordenamiento jurídico*", *El Notario del Siglo XXI*, Revista 87.

Moreira, A. R.: "La reforma del Código Civil respecto al estatuto del animal", *dA.Derecho Animal (Forum of Animal Law Studies)*, 2018, vol. 9/3.

Serra Rodríguez, A.: "La hipoteca inmobiliaria (I)", en *Derecho Civil III. Derechos Reales*, Tirant Lo Blanch, 5ª ed. València, 2019.

Y NIETZSCHE GANÓ LA BATALLA: POR FIN TENEMOS UNA LEY ESTATAL QUE RECONOCE A LOS ANIMALES COMO SERES SENSIBLES. CRISIS FAMILIARES Y ANIMALES DE COMPAÑÍA A PROPÓSITO DE LA LEY 17/2021, DE 15 DE DICIEMBRE*

AND NIETZSCHE WON THE BATTLE: WE FINALLY HAVE A STATE LAW THAT RECOGNIZES ANIMALS AS SENSITIVE BEINGS. FAMILY CRISIS AND PET ANIMALS REGARDING LAW 17/2021, OF DECEMBER 15

Rev. Boliv. de Derecho Nº 34, julio 2022, ISSN: 2070-8157, pp. 732-763

* "La verdadera bondad del hombre sólo puede manifestarse con absoluta limpieza y libertad en relación con quien no representa fuerza alguna. La verdadera prueba de la moralidad de la humanidad, la más honda (situada a tal profundidad que escapa a nuestra percepción), radica en su relación con aquellos que están a su merced: los animales" (Milan Kundera: La insoportable levedad del ser).

Tania
VÁZQUEZ
MUIÑA

ARTÍCULO RECIBIDO: 2 de mayo de 2022
ARTÍCULO APROBADO: 15 de junio de 2022

RESUMEN: En el presente trabajo se analizan las principales novedades introducidas por la Ley 17/2021, de 15 de diciembre, en materia de crisis matrimoniales y animales domésticos, amén del reconocimiento de los animales como seres sensibles en nuestro ordenamiento jurídico a través de la mencionada ley; todo ello con el objetivo de examinar sus disposiciones y realizar propuestas de mejora.

PALABRAS CLAVE: Animales; crisis familiares; seres sensibles; animales de compañía; ley estatal.

ABSTRACT: *In the present work, the main novelties introduced by Law 17/2021, of December 15, in terms of marital crisis and pet animals, are analyzed, in addition to the recognition of animals as sentient beings in our legal system through the aforementioned law; all of this with the aim of examining its provisions and making proposals for improvement..*

KEY WORDS: *Animals; family crisis; sensitive beings; pet animals; state law.*

SUMARIO.- I. NI COSAS NI PERSONAS: LOS ANIMALES SON SERES SENSIBLES.- II. REINO UNIDO Y EL BIENESTAR ANIMAL.- III. EL ART. 13 TFUE: RANGO, EFICACIA Y LAS MAL LLAMADAS EXCEPCIONES.- 1. Rango y eficacia del art. 13 TFUE.- 2. Las mal llamadas excepciones del art. 13 TFUE.- IV. EL PRINCIPIO DE BIENESTAR ANIMAL EN NUESTRO ORDENAMIENTO JURÍDICO.- 1. La Constitución Española como sistema aislado: la ausencia de una referencia al bienestar animal.- 2. La integración en nuestro ordenamiento jurídico del art. 13 TFUE.- V. CRISIS FAMILIARES Y ANIMALES DE COMPAÑÍA A PROPÓSITO DE LA LEY 17/2021, DE 15 DE DICIEMBRE.- 1. Y Nietzsche ganó la batalla: por fin tenemos una ley estatal que reconoce a los animales como seres sensibles.- 2. Una ley que opta por la formulación positiva, en la senda de los Códigos Civiles francés y portugués.- 3. Los animales son seres sensibles, pero susceptibles de apropiación y comercio.- 4. Crisis familiares y animales de compañía.- 5. Testamento y animales de compañía.- 6. Ausencia de definición de animal de compañía.- 7. Otras cuestiones.- VI. CONCLUSIONES.

I. NI COSAS NI PERSONAS: LOS ANIMALES SON SERES SENSIBLES.

Como bien se ha puesto de manifiesto por algún autor -autora en este caso[1]-, en los últimos meses los civilistas nos hemos visto sacudidos por dos reformas legislativas que han modificado nuestro decimonónico Código Civil, para incluir en él una serie de cambios que, a pesar de su obviedad, requerían necesariamente de positivización: por un lado, que las personas con discapacidad tienen exactamente los mismos derechos que las demás (en este sentido, véase la Ley 8/2021, de 2 de junio[2]), y por otra, que los animales son seres sensibles, cuestión esta última sobre la cual versará el presente trabajo, a propósito de las modificaciones introducidas por la Ley 17/2021, de 15 de diciembre[3].

La positivización del carácter sensible de los animales era absolutamente imprescindible, pues en pleno siglo XXI, y más concretamente, en febrero de 2021, aún seguían aconteciendo sucesos como el que sigue, aunque puedan parecer inverosímiles: que un juez, ante la separación de una pareja, ambos propietarios de un perro, sin que éstas hubieran alcanzado acuerdo alguno sobre quién de ellos pasaba a ostentar la tenencia exclusiva del animal y su correspondiente

1 Vivas Tesón, I.: "Si los animales son seres sintientes, ¿es posible prohibir la tenencia de un animal de compañía en una vivienda?", *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, núm. 41, 2022, p. 45.

2 Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica.

3 Ley 17/2021, de 15 de diciembre, de modificación del Código Civil, la Ley Hipotecaria y la Ley de Enjuiciamiento Civil, sobre el régimen jurídico de los animales. En adelante, Ley 17/2021, de 15 de diciembre.

• Tania Vázquez Muiña
Profesora de Derecho Civil en RCU Mª Cristina (UCM) y autora colaboradora de Wolters Kluwer. Tiene evaluación positiva para la figura de Profesora Contratada Doctora y de Universidad Privada (ANECA, 2022), y es Doctora en Derecho con la calificación de sobresaliente cum laude por unanimidad (UCM, 2017). Asimismo, cuenta con un Máster Universitario en Derecho Privado (UCM, 2013) y con una Doble Licenciatura en Derecho y ADE (UC3M, 2011). Sus principales líneas de investigación se centran en el préstamo hipotecario y las cláusulas abusivas; la gestación por sustitución y el Registro Civil; y los animales de compañía en el Derecho de familia y sucesiones. Correo electrónico: vazquezmuina.tania@gmail.com.

compensación, decidiera que el can pasara a ser subastado, como si de un mero bien mueble o cosa se tratara[4].

Cabe señalar que esto no tenía por qué haber sido necesariamente así. Como ya sostuvimos en un trabajo anterior, mientras no constara expresamente en nuestro Código Civil la realidad de seres sensibles de los animales, los tribunales deberían haber realizado una interpretación de las normas relativas a la comunidad de bienes conforme al contexto y a la realidad social imperante (art. 3.1 CC), amén de tener en cuenta los lazos afectivos que unen a los propietarios y sus animales, de manera que, ante un supuesto de crisis de pareja en la que se plantea la tenencia de un animal, debían manejarse únicamente dos alternativas: O bien, otorgar la custodia exclusiva a una de las partes, con el reconocimiento de derechos de visita para el miembro no custodio y la entrega a éste de la indemnización correspondiente (art. 404 CC); o bien, conforme al art. 394 CC, que ambos individuos ostenten la custodia del animal durante un periodo de tiempo al año, estableciendo periodos de visita para el miembro no custodio; pues resulta inadmisible que aún acontezcan supuestos en los que la venta en subasta pública de un animal, ante falta de acuerdo entre las partes, sea llevada a la práctica por parte de un juez, precisamente al amparo de una aplicación literal de las normas[5].

Y es que ya lo dijo de manera acertada y visionaria Rogel Vide: que en supuestos de crisis de relación entre las personas a las que los animales han acompañado, debería existir una especie de derecho de visita, un derecho, por decirlo así, de contacto con el animal en cuestión, aparte de que el propio régimen singular sensible de los animales conlleva la necesidad de que los dueños hagan todo lo posible por asegurar el bienestar de los mismos[6].

Que nuestro Código Civil tenía que abandonar esa visión anacrónica, antropocentrista y cartesiana, en relación al régimen jurídico de los animales, era una cuestión patente y completamente necesaria, pues la forma del hombre de relacionarse con los animales ha experimentado una notable evolución desde el siglo XIX, época en la que el animal era poco más que una cosa susceptible de posesión y de apropiación. Con esta reforma legislativa -que esperemos sea la primera de muchas, como desea también el propio legislador-, finalmente se dota a los animales de su propio estatus jurídico, diferente al de cosas y al de

4 En el siguiente enlace puede consultarse la noticia: https://www.animalshealth.es/animaladas/justicia-espanola-subasta-perro-separacion-pareja. En los siguientes enlaces puede comprobarse el anuncio de subasta y el bien subastado, respectivamente: https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-B-2021-5478; https://subastas.boe.es/detalleSubasta.php?idSub=SUB-JV-2020-156838&ver=3&idBus=&idLote=&numPagBus=. Como puede comprobarse en los enlaces facilitados, el perro respondía al nombre de "Boss" y era de raza boston terrier.

5 Vázquez Muiña, T.: "Animales y crisis de pareja. El régimen de la comunidad de bienes y el derecho de visita", *Actualidad Civil*, núm. 12, 2021, p. 11.

6 Rogel Vide, C.: *Personas, animales y derechos*, Reus, 2018, p. 76.

las personas, reconociéndoles como lo que son: un *tertium genus*, una tercera categoría jurídica, en la que ni son cosas ni son personas, sino seres sensibles. Así lo propugnaba ya Rogel Vide al sostener que los animales no son cosas, ni tampoco personas, son algo intermedio a las unas y a las otras, un tercer género por decirlo así, al que hay que tratar como tal, siendo necesario reflejar en los códigos esta singularidad, como ya sucede en el Código Civil catalán y portugués[7]. Con la irrupción de este *tertium genus* se quiebra la dicotomía jurídica clásica de sujeto/objeto en la que se apoyaban nuestras normas conforme a las cuales todo lo que no es persona es cosa[8].

La consideración del legislador de que este sea el primer paso de muchos otros que vendrán posteriormente en esta línea, lo encontramos reflejado en la Exposición de Motivos II de la Ley 17/2021, de 15 de diciembre, en donde se manifiesta lo siguiente: "(…) se concreta que los animales son seres vivos dotados de sensibilidad, lo que no excluye que en determinados aspectos se aplique supletoriamente el régimen jurídico de los bienes o cosas. De este modo, los animales están sometidos solo parcialmente al régimen jurídico de los bienes o cosas, en la medida en que no existan normas destinadas especialmente a regular las relaciones jurídicas en las que puedan estar implicados animales, y siempre que dicho régimen jurídico de los bienes sea compatible con su naturaleza de ser vivo dotado de sensibilidad y con el conjunto de disposiciones destinadas a su protección. Lo deseable *de lege ferenda* es que ese régimen protector vaya extendiéndose progresivamente a los distintos ámbitos en que intervienen los animales, y se vaya restringiendo con ello la aplicación supletoria del régimen jurídico de las cosas".

En esta manifestación puede observarse con claridad que la voluntad y el deseo del legislador es que los animales gocen de su propio régimen jurídico, diferenciado del de las personas y, por supuesto, del de las cosas, postura que compartimos. No nos parece adecuado, por supuesto, que en pleno siglo XXI, a los animales les siga siendo de aplicación el régimen jurídico de las cosas, aunque sea de manera supletoria; sin embargo, mejor eso a que sigamos aplicándoles dicho régimen en su totalidad.

Así, el 5 de enero de 2022 entraba en vigor la Ley 17/2021, de 15 de diciembre, y con ello, la tan esperada reforma sobre el estatuto jurídico de los animales, contando únicamente con el voto en contra del Grupo Parlamentario VOX. Esta reforma supone un avance importantísimo en materia de bienestar animal en España, al contar desde entonces con una ley estatal sobre la materia -si bien

7 Rogel Vide, C.: *Personas, animales*, cit., p. 76.

8 Vivas Tesón, I.: "Los animales en el ordenamiento jurídico español y la necesidad de una reforma", *Revista Internacional de Doctrina y Jurisprudencia*, vol. 21, 2019, p. 5.

con sus aciertos y sus defectos, como se verá en el presente estudio-, al mismo tiempo que adecúa de manera expresa nuestro ordenamiento jurídico interno a las normas y principios europeos sobre bienestar y protección animal.

II. REINO UNIDO Y EL BIENESTAR ANIMAL.

Se avisa al lector, antes de que siga avanzando, de una importante precisión terminológica que se intentará seguir a lo largo del trabajo, pero que, en caso de que dicho intento devenga infructuoso, al menos la distinción le resultará de utilidad en la materia: aunque en ocasiones se venga refiriendo, de modo indistinto, a los términos protección y bienestar animal, uno y otro término designan realidades diferentes. Mientras la protección animal supone situarnos en una concepción clásica del animal como elemento físico y, por tanto, las disposiciones orientadas a su protección únicamente tienden a evitar el maltrato corporal y a velar por la satisfacción de sus necesidades estrictamente alimenticias e higiénicas, el bienestar animal supone un paso más allá, pues comporta tener en cuenta no sólo las necesidades físicas del animal, sino también sus necesidades psicológicas[9].

En materia de protección, pero sobre todo, de bienestar animal, Reino Unido ha sido un país pionero, al cual le debemos mucho en la Unión Europea. La primera ley de protección animal se promulgó, precisamente, en Gran Bretaña en 1822. El Parlamento aprobó la Ley Richard Martin para prevenir el trato cruel e inapropiado hacia el ganado (*Richard Martin's Act to Prevent the Cruel and Improper Treatment of Cattle*). Casi un siglo después, en 1911, se promulgó la Ley de Protección de los Animales (*Animal Protection's Act*), que se mantuvo en vigor, relativamente intacta, durante décadas, hasta que fue sustituida en 2006 por la Ley de Bienestar Animal (*Animal Welfare Act*[10]), que, por primera vez, impone a los dueños de los animales de compañía el deber de cuidado de los mismos[11].

De hecho, llama la atención que la ley se refiera a las personas que tienen animales como responsables de los mismos y no como dueños o propietarios, como puede observarse en el art. 3 (*"Responsability for animals"*) y en el art. 9 (*"Duty of person responsable for animal to ensure welfare"*) de la citada Ley, pues ello supone un cambio de perspectiva respecto al lugar que desempeña el hombre en su relación con los animales.

Así, los dueños de animales de compañía, no sólo están obligados por ley a satisfacer las necesidades básicas de sus mascotas, como el agua o el alimento, sino

9 Castro Álvarez, C.: *Los animales y su estatuto jurídico. Protección y utilización de los animales en el Derecho*, Thomson Reuters Aranzadi, 2019, pp. 122 y 123.

10 El texto puede consultarse en el siguiente enlace: https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2006/45/contents.

11 Giménez Candela, T.: "Brexit y los animales: el legado del Reino Unido al Derecho Animal", *dA. Derecho Animal: Forum of Animal Law Studies*, vol. 7, núm. 3, 2016, p. 1.

que la ley impone, además, la obligación de atención veterinaria y la de procurarles vivir en un entorno adecuado a sus necesidades, cuestiones todas ellas que, en la ley de 1911 sólo se refería a los animales de granja[12].

En el aspecto legal, la Unión Europea debe al Reino Unido algo tan importante como la creación del término científico bienestar animal (*"Animal Welfare"*), la forma de aplicación del mismo a través de las llamadas cinco libertades ("Five Freedoms"[13]) y, en la últimas décadas, la inclusión del término seres sintientes (*"sentient beings"*) como estándar de tratamiento de los animales, a los que se les reconoce su capacidad, no sólo de experimentar dolor físico o sufrimiento, sino también placer y diversión. La legislación de los últimos 40 años de la Unión Europea respecto de los animales (granja, experimentación, transporte, espectáculos), no se entendería sin la decisiva aportación del Reino Unido[14].

III. EL ART. 13 TFUE: RANGO, EFICACIA Y LAS MAL LLAMADAS EXCEPCIONES.

1. Rango y eficacia del art. 13 TFUE.

Al igual que ocurre en el Derecho español interno, las normas del propio sistema europeo están organizadas jerárquicamente. A este respecto, las normas más importantes, es decir, las que estructuran el conjunto del sistema, de la misma manera que en los Estados miembros lo estructuran las respectivas constituciones, son los denominados Tratados Constitutivos, entre los cuales se encuentra el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. Los Tratados Constitutivos cumplen, así, una función similar a las Constituciones de los Estados miembros, hasta el extremo de que el propio Tribunal de Justicia de la Unión Europea llama a los Tratados Constitutivos la "carta constitucional fundamental"[15].

Buen ejemplo de ello lo encontramos en la Sentencia del Tribunal de Justicia, de 23 de abril de 1986, Asunto 294/83, Los Verdes contra el Parlamento Europeo, pues en dicha resolución se manifestaba lo siguiente: "En este sentido, es pertinente subrayar, en primer lugar, que la Comunidad Económica Europea es una comunidad de Derecho, en la medida en que ni sus Estados miembros ni sus instituciones pueden sustraerse al control de la conformidad de sus actos

12 Giménez Candela, T.: "Brexit y", cit., p. 1.

13 Las llamadas Cinco Libertades son las que siguen: "1. Freedom from Hunger and Thirst: by ready access to fresh water and a diet to maintain full health and vigor. 2 Freedom from Discomfort: by providing an appropriate environment including shelter and a comfortable resting area. 3. Freedom from Pain, Injury or Disease: by prevention or rapid diagnosis and treatment. 4. Freedom to Express Normal Behavior: by providing sufficient space, proper facilities and company of the animal's own kind. 5. Freedom from Fear and Distress: by ensuring conditions and treatment which avoid mental suffering".

14 Giménez Candela, T.: "Brexit y", cit., pp. 1 y 2.

15 Alonso García, E.: "El bienestar de los animales como seres sensibles-sintientes: su valor como principio general, de rango constitucional, en el derecho español", *Diario La Ley*, 2018, p. 12.

con la carta constitucional fundamental que constituye el Tratado" (párrafo 23). La alusión hecha al Tratado se refiere al Tratado Constitutivo de la Comunidad Económica Europea (Tratado CEE), que ha sobrevivido con diversas reformas y distintas denominaciones hasta nuestros días, siendo la actual denominación, tras la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, la de Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.

Dado que el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea tiene rango constitucional -si adoptamos el punto de vista del ordenamiento jurídico europeo-, no cabe duda de que el art. 13 de dicho Tratado comparte dicho rango. Tal precepto consagra que los animales son seres sensibles, de tal manera que el objetivo de bienestar animal ha pasado a tener un valor "constitucional", al estar integrado actualmente en las fuentes primarias del mismo Derecho comunitario, y aun en la más elevada: el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, considerada como la Constitución Europea y, por ende, un texto fundamental. Los Tratados Constitutivos son las normas supremas del ordenamiento jurídico comunitario y condicionan la interpretación y la validez de las demás disposiciones de la Unión Europea y del Derecho nacional vinculado a ella. Por ello, el art. 13 TFUE se ha convertido en pieza clave del avance de las legislaciones proteccionistas de los Estados de la Unión Europea[16].

Así, cualquier norma comunitaria o de cualquier Estado miembro que cause malestar o perjuicio a un animal, debería, en principio, ser declarada automáticamente nula por contradecir lo dispuesto en el art. 13 TFUE, salvo que, por ejemplo, afecte a un rito religioso (por ejemplo, una norma europea que permita el sacrificio de corderos conforme al rito musulmán o judío) o a una tradición cultural[17], y siempre en el marco de las materias enunciadas en el art. 13 TFUE, en cuyo caso, deberán cohonestarse los intereses en juego, tal y como se verá en el siguiente apartado.

Atrás quedaron los tiempos en los que el principio de bienestar animal aparecía regulado en el Protocolo 33 del Tratado de Ámsterdam, teniendo dichos protocolos la categoría de textos preambulares, con un valor únicamente interpretativo y no vinculante, carentes de cualquier valor jurídico-normativo[18].

16 Brels, S.: "El bienestar de los animales: un nuevo principio general y constitucional de Derecho comunitario. Sentencia Jippes, TJCE, 2001", *dA. Derecho Animal: Forum of Animal Law Studies*, vol. 3, núm. 2, 2012, p. 6; Vivas Tesón, I.: "Los animales", cit., p. 5.; Alonso García, E.: "El bienestar", cit., pp. 12 y 13.

17 Alonso García, E.: "El bienestar", cit., p. 13.

18 Cerdeira Bravo de Mansilla, G.: "¿Un nuevo Derecho civil para los animales?: Elogio (no exento de enmiendas) a la nueva Proposición de Ley sobre el régimen jurídico de los animales, en España", *dA. Derecho Animal: Forum of Animal Law Studies*, vol. 12, núm. 2, 2021, p. 42.

2. Las mal llamadas excepciones del art. 13 TFUE.

Respecto a las excepciones contenidas en el art. 13 TFUE, conviene realizar una serie de observaciones. Recordemos, en primer lugar, la dicción del citado precepto: "Al formular y aplicar las políticas de la Unión en materia de agricultura, pesca, transporte, mercado interior, investigación y desarrollo tecnológico y espacio, la Unión y los Estados miembros tendrán plenamente en cuenta las exigencias en materia de bienestar de los animales como seres sensibles, *respetando al mismo tiempo* las disposiciones legales o administrativas y las costumbres de los Estados miembros relativas, en particular, a ritos religiosos, tradiciones culturales y patrimonio regional"[19].

De la lectura del precepto se desprende, a nuestro juicio, que más que unas excepciones al principio de bienestar animal, es decir, una serie de supuestos en los cuales el bienestar animal queda en un segundo plano, prevaleciendo siempre, en consecuencia, las disposiciones legales o administrativas y las costumbres de los Estados miembros relativas, en particular, a ritos religiosos, tradiciones culturales y patrimonio regional, el legislador comunitario ha querido transmitir que cuando colisionen todos estos aspectos con el bienestar animal, tendrán que ponderarse ambas posiciones jurídicas, con el fin de intentar compatibilizarlas. Consideramos que esta es la voluntad del legislador comunitario, pues expresó "respetando al mismo tiempo", de lo cual cabe inferir que ambas cuestiones -tanto el bienestar animal como las erróneamente consideradas excepciones- están al mismo nivel de importancia, y será labor del agente jurídico en cuestión cohonestar ambos intereses en juego. Más que excepciones, quizá deberíamos hablar aquí de límites al principio de bienestar animal.

Sentado lo anterior, y aplicándolo a los festejos taurinos y a las corridas de toros celebradas en España, estimamos, secundando la opinión de Castro Álvarez, que "el bienestar animal no debe ceder ante la celebración de un espectáculo como las corridas de toros, con el argumento de que estaríamos ante una de las excepciones que admite el artículo 13 TFUE. Aun cuando es cierto que las tradiciones culturales pueden operar, según el precepto, como límites al bienestar animal, deberá entenderse que, para que el límite surta efecto deberemos estar ante una de las materias a que se refiere el precepto, esto, es agricultura, pesca, transporte, mercado interior, investigación y desarrollo tecnológico y espacio, lo que no es el caso. Está claro que la justificación para una regulación que permita la celebración de corridas de toros no podemos encontrarla en este precepto"[20].

19 La cursiva es nuestra.

20 Castro Álvarez, C.: *Los animales*, cit., p. 343.

En efecto, las disposiciones legales o administrativas y las costumbres de los Estados miembros relativas, en particular, a ritos religiosos, tradiciones culturales y patrimonio regional, no son excepciones al principio de bienestar animal, sino límites, de manera que tales cuestiones deberán ser respetadas al mismo tiempo que dicho principio, pues no hay una supremacía clara de una u otra cuestión; en consecuencia, se tendrán que ponderar los intereses enfrentados. A ello se añade que, para que surtan efecto los límites del art. 13 TFUE, deberemos estar inevitablemente ante una de las materias a que se refiere el precepto, a saber: agricultura, pesca, transporte, mercado interior, investigación y desarrollo tecnológico y espacio, lo cual no es el caso de los festejos taurinos y de las corridas de toros, motivo por el cual consideramos que deberían abolirse tales actividades en aras del principio de bienestar animal, principio que forma parte del ordenamiento jurídico comunitario y del nuestro propio. En este sentido, compartimos la opinión de Giménez Candela: "No es España el único país que mantiene prácticas crueles con animales, pero sí es el país que esgrime con menos pudor que dichas prácticas son un bien cultural que tenemos que seguir preservando"[21].

IV. EL PRINCIPIO DE BIENESTAR ANIMAL EN NUESTRO ORDENAMIENTO JURÍDICO.

1. La Constitución Española como sistema aislado: La ausencia de una referencia al bienestar animal.

Nuestra Constitución española de 1978 no contiene ninguna disposición que se refiera de manera expresa y específica a la protección y bienestar de los animales, o que obligue a los poderes públicos a dictar normas con dicho objeto. De hecho, desde el punto de vista de la distribución competencial entre Administraciones territoriales, puede observarse que no figura materia alguna relativa a la protección y bienestar de los animales, pues únicamente se refiere a ellos el legislador, en los arts. 148 y 149 CE, de una manera más bien indirecta o tangencial. Y ello a pesar de que en el momento en que se promulgó la Constitución, los avances de la ciencia habían demostrado ya que los animales no eran máquinas o cosas -como llegó a sostener el filósofo René Descartes[22]-; más al contrario, reunían características hasta entonces consideradas exclusivamente humanas como la capacidad de sentir y mostrar emociones, y la comunicación. Existía, además, una corriente

21 Giménez Candela, T.: "Cultura y maltrato animal", *d.A. Derecho Animal: Forum of Animal Law Studies*, 2019, vol. 10, núm. 3, p. 9.

22 Como apunta Ruy Henríquez: "Hacia el final de la quinta parte del Discurso del método (…), Descartes define al animal como una pura máquina, una máquina que se mueve y funciona gracias únicamente a la disposición de sus órganos, sin la participación de ningún otro principio vital que su propia regularidad mecánica. Este animal se distingue del hombre, no por la diferente composición de sus cuerpos, sino porque carece absolutamente de alma racional (…) La diferencia de este animal-máquina con el hombre, su falta de alma en última instancia, se hace patente según Descartes por la incapacidad que tienen los animales para el uso del lenguaje" (Ruy Henríquez: "Importancia de la distinción cartesiana entre el hombre y los animales", *Ingenium, Revista de historia del pensamiento moderno*, núm. 3, 2010, p. 55).

de pensamiento -a quien pertenece el filósofo Peter Singer[23]- que propugnaba, incluso, el reconocimiento de la condición de seres sensibles de los animales[24]. Y es que, como planteaba el filósofo anglosajón Bentham, el *quid* de la cuestión, lo que nos tenemos que preguntar para considerar a los animales seres sensibles e incluirlos indefectiblemente en el espectro de la Ética y del Derecho, no es ya su capacidad de comunicación o su capacidad para razonar, sino su capacidad de sentir, ora sufrimiento ora placer[25].

Así pues, la Constitución Española no contiene la más mínima referencia al bienestar o la protección de los animales. De tal manera que, visto nuestro ordenamiento jurídico como un sistema aislado (es decir, fuera del contexto internacional y europeo), la recepción de la ciencia, filosofía, ética y sensibilidad social -si es que se ha producido-, lo ha sido sólo a nivel de legislación ordinaria y de la ley especial. Interpretada la Constitución Española como fundamento de un ordenamiento aislado, no puede pretenderse el rango constitucional de este bien jurídicamente protegido, valor o principio general del Derecho, de la dignidad o del bienestar animal, ni mucho menos que haya mandato constitucional alguno directamente aplicable en este sentido[26].

Ahora bien, cabe señalar que, aunque no aparece de manera expresa ni específica en nuestra Constitución ninguna mención a la protección o al bienestar de los animales, resulta obligado apuntar que algunas de las materias que se relacionan en los arts. 148 y 149 CE, se van a ver influenciadas, inexorablemente, por la protección y el bienestar animal. O quizá mejor, se van a tener que desarrollar teniendo presente el marco establecido por las normas y principios comunitarios

23 En 2015 se cumplían 40 años de la publicación de la obra Liberación Animal (*Animal Liberation*, 1975), de Peter Singer. Esta obra defiende, entre otras cuestiones, la idea de que la consideración desigual de intereses basada en la especie de los individuos debe ser rechazada, en tanto que se trata de una forma más de discriminación –especismo-, tan carente de justificación como el racismo o el sexismo. Para Peter Singer, la igual consideración de intereses debe ser extendida más allá de la especie humana, incluyendo a todos los seres sintientes, humanos y no humanos. Asimismo, el mencionado autor sostiene que siempre que esté a nuestro alcance debemos actuar con objeto de prevenir o reducir el sufrimiento. Si el sufrimiento importa, habrá de ser así independientemente de quién lo sufra. Por ello, debe importar sea cual sea la especie del individuo que está sufriendo. De este modo, las mismas razones que tenemos para prevenir y reducir los daños que sufren los seres humanos, son también razones para prevenir y reducir los daños que padecen los animales de otras especies (Información extraída de https://www.eldiario.es/caballodenietzsche/liberacion-animal-peter-singer-controversia_132_2708211.html, día de la consulta: 14 de abril de 2022).

24 Castro Álvarez, C.: *Los animales,* cit., p. 88.

25 Bentham, J.: *Introduction to the principles of morals and legislation*, Londres, 1789 (una versión en abierto puede consultarse en https://oll.libertyfund.org/title/bowring-the-works-of-jeremy-bentham-vol-1#lf0872-01_head_028): "It may come one day to be recognized, that the number of the legs, the villosity of the skin, or the termination of theos sacrum, are reasons equally insufficient for abandoning a sensitive being to the same fate. What else is it that should trace the insuperable line? Is it the faculty of reason, or, perhaps, the faculty of discourse? But a full-grown horse or dog is beyond comparison a more rational, as well as a more conversable animal, than an infant of a day, or a week, or even a month, old. But suppose the case were otherwise, what would it avail? the question is not, Can they reason? nor, Can they talk? but, Can they suffer?".

26 Alonso García, E.: "El bienestar", cit., p. 7.

relativos a la protección y al bienestar animal[27]. No en vano el 1 de diciembre de 2009 entró en vigor en toda Europa y, por tanto, en España, el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, cuyo art. 13 es meridiano en esta materia: "Al formular y aplicar las políticas de la Unión en materia de agricultura, pesca, transporte, mercado interior, investigación y desarrollo tecnológico y espacio, la Unión y los Estados miembros *tendrán plenamente en cuenta las exigencias en materia de bienestar de los animales como seres sensibles*, respetando al mismo tiempo la disposiciones legales o administrativas y las costumbres de los Estados miembros relativas, en particular, a ritos religiosos, tradiciones culturales y patrimonio regional"[28].

De esta manera, sin perjuicio de las competencias estatales, las normas que puedan dictarse por las Comunidades Autónomas que hubieran asumido estatutariamente competencias, por ejemplo, en materia de ganadería, *ex* art. 148.1.7 CE, deberán tener en cuenta la perspectiva de la protección y del bienestar animal. Así, no podrá existir una regulación en esta materia que únicamente tenga en cuenta la consecución del máximo rendimiento económico para el ganadero, si ello se hace sin tener presente el bienestar de los animales afectados. Algo parecido puede decirse en el caso de la caza, materia prevista en el art. 148.1.11 CE, por poner otro ejemplo, donde también incide la protección o bienestar animal. A este respecto, existirán disposiciones que, por ejemplo, prohíban la utilización de determinados métodos de captura si ello produce, por ejemplo, la captura masiva de individuos. Y de igual manera, las normas que dicte el Estado en materia de comercio exterior, en ejercicio de la competencia prevista en el art. 149.1.10 CE, también deberán, cuando sea el caso, tener en cuenta la perspectiva de la protección animal. O cuando legisle en materia de investigación científica y técnica, *ex* art. 149.1.15 CE, afectando en este caso a los animales utilizados en laboratorios[29].

Nos encontraríamos en todos estos supuestos ante el ejercicio de competencias ejercidas por el Estado o por las Comunidades Autónomas en las que debe tenerse en cuenta la perspectiva del bienestar animal, fundamentalmente, porque disposiciones internacionales, directivas y reglamentos aprobados en la Unión Europea así lo han exigido. Son supuestos en los que el bienestar o la protección de los animales es uno de los aspectos que deben ser ponderados al legislar y también al aplicar las normas. En consecuencia, como bien afirma Castro Álvarez, sí que es verdad que la protección animal no constituye materia o título competencial

27 Castro Álvarez, C.: *Los animales,* cit., p. 88.

28 La cursiva es nuestra.

29 Castro Álvarez, C.: *Los animales,* cit., p. 89.

que esté previsto de forma expresa en nuestra carta magna; sin embargo, ello no quiere decir que dicha protección no esté presente en absoluto[30].

A este respecto, resultan altamente interesantes las manifestaciones emitidas por el AJI 14 de noviembre 2017: "En el marco español, a diferencia de lo que sucede en otros países de nuestro entorno, como es el caso de Alemania, Suiza y Austria, cuyas Constituciones proclaman la protección de los animales, nuestra Norma Suprema, no incluye entre su articulado mención alguna al bienestar o a la protección de los animales, más allá de lo previsto en su art. 45, donde se sanciona el derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado, que es donde genéricamente se ha venido a encajar, de forma ciertamente forzada, el derecho a la protección de los animales, con las limitaciones derivadas de su propia redacción, ya que al margen de que solo se contempla un principio rector de política social y económica no exigible directamente ante los tribunales, limita su perspectiva a una visión antropocéntrica del individuo, que es el que tiene derecho a gozar y disfrutar del medio ambiente como forma de mejorar su calidad de vida, con omisión de la perspectiva de los animales, como seres vivos que son, individualizados y necesitados de tutela y protección. Al no proclamarse un derecho constitucional del bienestar animal, no es de extrañar que la Constitución, tampoco contenga título competencial habilitante de las competencias en materia de protección y bienestar animal"[31].

Secundando la postura expuesta por el Auto citado, consideramos que la protección y el bienestar animal tienen difícil encuadre en el art. 45 CE, al tratarse de un artículo que regula un concepto -en palabras del propio Tribunal Constitucional- esencialmente antropocéntrico y relativo. Según dicho Tribunal, el medio ambiente consiste en el conjunto de circunstancias físicas, culturales, económicas y sociales que rodean a las personas ofreciéndoles un conjunto de posibilidades para hacer su vida[32]. En efecto, el art. 45 CE establece, en su apartado primero, que "Todos tienen el derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado para el desarrollo de la persona, así como el deber de conservarlo". De la lectura de dicho artículo se infiere que el significado buscado por el legislador era el de reconocer el derecho del hombre a gozar y disfrutar de un medio ambiente adecuado que le permita desarrollar su persona, amén del deber de conservarlo, omitiendo totalmente la perspectiva de los animales. Aquí encajaría el bienestar de los animales como consecuencia de perseguir un medio ambiente más sano, como, por ejemplo, abogar por una ganadería extensiva e intentar eliminar la intensiva, debido al impacto medioambiental que genera.

30 Castro Álvarez, C.: *Los animales*, cit., p. 89.

31 AJI 14 noviembre 2017 (ROJ: AJI 35/2017), FD 1°.

32 STC 102/1995, de 26 de junio (RTC 1995, 102), FD 4°.

Con todo, existen autores que han esgrimido razones para sustentar una concepción amplia del medio ambiente que incluya la protección de todos los animales. Así, Castro Álvarez, para quien "la interpretación del artículo 45 CE no puede quedar petrificada con el concreto sentido que los constituyentes pudieron haberle otorgado en 1978. El propio Tribunal Constitucional ha mantenido que la Constitución y el ordenamiento jurídico forman una estructura inescindible y están interrelacionados y que para indagar cuál es el contenido del derecho reconocido en el artículo 45 CE, hemos de acudir al resto del ordenamiento" [33]. La cuestión es que nuestro Tribunal Constitucional, como intérprete supremo de la Constitución, ya se ha pronunciado, manifestando que el contenido del art. 45 CE es antropocéntrico, aparte de que la propia dicción del precepto parece bastante clara reconociendo el derecho del hombre a gozar y disfrutar de un medio ambiente adecuado que le permita desarrollar su persona. En nuestra opinión, no se deberían llevar a cabo interpretaciones que desvirtúan el contenido y la finalidad de un precepto.

En cualquier caso, a nuestro juicio, y como apuntaba el Auto, no debe olvidarse que el art. 45 CE se sitúa sistemáticamente en nuestra carta magna dentro del apartado titulado "De los principios rectores de la política social y económica", por lo que se trata de una cuestión no directamente exigible ante los tribunales.

Como propuesta *de lege ferenda*, bien haría nuestro legislador constituyente si se fijara en los Estatutos de algunas Comunidades Autónomas que han incluido en su articulado de manera expresa la condición de seres sensibles (o sintientes) de los animales. Entre ellos, cabe citar la Ley Orgánica 1/2018, de 5 de noviembre, de reforma del Estatuto de Autonomía de Canarias, que en su art. 35 preceptúa lo siguiente: "En los términos que se fijen por ley, de acuerdo con la Constitución y el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, las administraciones públicas canarias velarán por el mantenimiento y la salvaguarda de los animales, además de reconocerlos como seres que sienten y con derecho a no ser utilizados en actividades que conlleven maltrato o crueldad. Asimismo, se fijará el régimen de infracciones y sanciones".

2. La integración en nuestro ordenamiento jurídico del art. 13 TFUE.

Dicho todo lo anterior, no podemos obviar que el propio texto de la Constitución Española prohíbe expresamente una interpretación cerrada y autosuficiente de su contenido. Más al contrario, permite y ordena acoger principios y normas ajenas al ordenamiento español. Los arts. 93 y 10.2 CE así lo dicen expresamente y, dados la extensión y el rango que la dignificación y el bienestar de los animales tienen en la Europa de la que España forma parte, no es de extrañar que estos dos

33 Castro Álvarez, C.: *Los animales*, cit., p. 119.

artículos permitan incorporarlos con su propio rango a la estructura constitucional interna[34]. Este posicionamiento cabría aceptar, en suma, por la vía indirecta de la integración del Derecho europeo, que el principio de bienestar animal recogido en el art. 13 TFUE pasaría a ser un principio de rango constitucional, avalado por el propio texto de la Constitución Española que, de hecho, prohíbe expresamente una interpretación cerrada y autosuficiente de su contenido. Por el contrario, ordena acoger principios y normas ajenas al ordenamiento interno[35].

V. CRISIS FAMILIARES Y ANIMALES DE COMPAÑÍA A PROPÓSITO DE LA LEY 17/2021, DE 15 DE DICIEMBRE.

1. Y Nietzsche ganó la batalla: Por fin tenemos una ley estatal que reconoce a los animales como seres sensibles.

Como apuntábamos en el título del presente trabajo, Friedrich Nietzsche ha ganado la batalla esta vez. Por fin nuestro ordenamiento jurídico ha abandonado la idea -cartesiana, romana, anacrónica-, según la cual los animales eran considerados meras cosas, y ha pasado a reconocer de manera expresa que los animales son seres sensibles.

Conocida es la anécdota del caballo de Nietzsche: el mencionado filósofo sale de su hotel en Turín y ve frente a él un caballo y al cochero que lo castiga con el látigo; Nietzsche va hacia el caballo y ante los ojos del cochero, se abraza a su cuello y llora. Su sensibilidad hacia los animales contrasta fuertemente con el pensamiento de Descartes, para quien los animales eran poco más que *machina animata*. En el Génesis, Dios le confió al hombre el dominio de los animales, pero Descartes cogió ese señorío y propiedad y fue más allá. Para Descartes, el animal es sólo un autómata, una máquina viviente, *machina animata*. Si el animal se queja, no se trata de un quejido, sino que es el chirrido de un mecanismo que funciona mal. Cuando chirría la rueda de un carro, no significa que el eje sufra, sino que no está engrasado. Del mismo modo hemos de entender el llanto de un animal y no entristecernos por él[36].

Afortunadamente, este postulado cartesiano cada vez cuenta con más detractores, siendo la realidad y el sentir social muy distinto, como puede verse reflejado en la cantidad de cuerpos normativos que tienen por objeto la protección y el bienestar de los animales, tanto en el ámbito europeo como en el nacional, siendo una muy buena muestra de esto último la promulgación de la Ley 17/2021,

34 Alonso García, E.: "El bienestar", cit., p. 10.

35 Castro Álvarez, C.: *Los animales*, cit., pp. 131 y 132.

36 Kundera, M.: *La insoportable levedad del ser*, Tusquets Editores, 1989, p. 294.

de 15 de diciembre, que nos proporciona una herramienta legal de carácter estatal que reconoce la realidad de seres sensibles de los animales.

2. Una ley que opta por la formulación positiva, en la senda de los Códigos Civiles francés y portugués.

Como bien indica la Ley 17/2021, de 15 de diciembre, en su Exposición de Motivos I, resulta paradójico que el Código Penal distinguiera en 2003 entre los daños a los animales domésticos y a las cosas -reforma sobre la que se profundizó en 2015-, mientras que el Código Civil siguiera sin reconocer que los animales son seres vivos dotados de sensibilidad. A este respecto, la pretérita regulación de los bienes del Código Civil dotaba a los animales del estatuto jurídico de cosas, en concreto, de la condición de bienes muebles.

La reforma del régimen jurídico de los animales en el Código Civil español sigue las líneas que marcan otros ordenamientos jurídicos próximos, que han modificado sus Códigos Civiles para adaptarlos a la mayor sensibilidad social existente hacia los animales en nuestros días y también para reconocer su cualidad de seres vivos dotados de sensibilidad. Así, se sigue la senda instaurada por Austria, Alemania, Suiza, Bélgica, Francia y Portugal, siendo estos dos últimos países los que más recientemente han modificado su legislación (Francia en 2015 y Portugal en 2017) y los que más proximidad física presentan con nuestro territorio[37].

Aunque en las primeras reformas de los Códigos Civiles europeos (a saber, Austria, Alemania y Suiza) se utilizaba la formulación "negativa", en el sentido de que los animales no son cosas o no son bienes, el legislador español ha querido desligarse de esa posición y seguir la fórmula empleada por los Códigos Civiles francés y portugués, que han optado por una descripción "positiva" de la esencia de estos seres vivos que los diferencia, por un lado, de las personas y, por otro, de las cosas y otras formas de vida, típicamente las plantas[38]. De esta manera, al art. 333 CC se le ha dotado de la siguiente redacción: "Los animales son seres vivos dotados de sensibilidad. Solo les será aplicable el régimen jurídico de los bienes y de las cosas en la medida en que sea compatible con su naturaleza y con las disposiciones destinadas a su protección".

En el ámbito del Derecho foral, Cataluña ya optó por esta descripción "positiva" en el Decreto Legislativo 2/2008, de 15 de abril, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley de protección de animales, pues en su art. 2.2 se dispone que "los animales son seres vivos dotados de sensibilidad física y psíquica, así como de movimiento voluntario, y deben recibir el trato que, atendiendo

37 Ley 17/2021, de 15 de diciembre, Exposición de Motivos I.

38 Ley 17/2021, de 15 de diciembre, Exposición de Motivos I.

básicamente a sus necesidades etológicas, procure su bienestar"; añadiendo en el apartado cuatro que "los animales de compañía no pueden ser objeto de embargo en ningún procedimiento judicial". No obstante, procede indicar que en 2006, fecha en la que se modificó el estatuto jurídico civil de los animales, se utilizó la fórmula "negativa" especificando que los animales no son cosas y que sólo se les aplicaban las reglas de los bienes en lo que permita su naturaleza (art. 511-1 del Código Civil catalán).

Es posible que el legislador español haya escogido el camino marcado por Francia y Portugal, fundamentalmente por dos motivos: por un lado, porque son las dos reformas más recientes y, por tanto, las que pueden tener más y mejor en cuenta las expectativas de la sociedad en esta segunda década del siglo XXI. A este respecto, piénsese que los otros países europeos que ya habían abordado la reforma del estatuto jurídico civil de los animales (Alemania, Austria y Suiza) lo habían hecho a principios de la década de 2000 y, por tanto, casi dos décadas desde que lo hicieran. Pero, por otro lado, además, es posible que se hayan escogido estos dos países porque los mismos pertenecen al modo de Código Civil napoleónico al que también pertenece nuestro Código Civil, y no al modelo de Código Civil germánico de Alemania, Austria y Suiza. Ello hace que las soluciones y fórmulas escogidas por los ordenamientos francés y portugués puedan encajar mejor con la estructura y contenido del Código Civil español[39].

3. Los animales son seres sensibles, pero susceptibles de apropiación y comercio.

Uno de los principales cambios que ha introducido la Ley 17/2021, de 15 de diciembre, es la modificación de la dicción del art. 333 CC y la incorporación de un art. 333 bis a dicho cuerpo normativo.

Respecto al art. 333 CC, éste ha pasado a presentar la siguiente redacción: "Todas las cosas que son o pueden ser objeto de apropiación se consideran como bienes muebles o inmuebles. También pueden ser objeto de apropiación los animales, con las limitaciones que se establezcan en las leyes". Vemos aquí que, aunque los animales han pasado a ser reconocidos como seres sensibles (*vid*. art. 333 bis CC, apartado primero: "Los animales son seres vivos dotados de sensibilidad"), rompiendo así con la dicotomía clásica de personas/cosas, éstos siguen siendo susceptibles de apropiación y, por ende, de comercio.

Esta conclusión se desprende también del contenido del art. 333 bis CC, apartado segundo, que establece que "El propietario, poseedor o titular de cualquier otro derecho sobre un animal debe ejercer sus derechos sobre él",

39 Aláez Corral, B.: "Algunas claves de la reforma del Estatuto Jurídico Civil del animal en España", *d.A. Derecho Animal: Forum of Animal Law Studies*, vol. 9, núm. 3, 2018, p. 50.

añadiendo que también deberá ejercer "sus deberes de cuidado respetando su cualidad de ser sintiente, asegurando su bienestar conforme a las características de cada especie y respetando las limitaciones establecidas en ésta y las demás normas vigentes". Esto último debe conectarse, indefectiblemente, con lo manifestado por el legislador en la Exposición de Motivos II de la Ley 17/2021, de 15 de diciembre: "En nuestra sociedad los animales son, en general, apropiables y objeto de comercio. Sin perjuicio de ello, la relación de la persona y el animal (sea este de compañía, doméstico, silvestre o salvaje) ha de ser modulada por la cualidad de ser dotado de sensibilidad, de modo que los derechos y facultades sobre los animales han de ser ejercitados atendiendo al bienestar y la protección del animal, evitando el maltrato, el abandono y la provocación de una muerte cruel o innecesaria". Así, puede observarse que el maltrato, el abandono y el sacrificio de un animal, en coherencia con la línea mantenida por nuestro Código Penal y normas administrativas, no está amparado ni por el derecho de uso ni por el derecho propiedad, salvo en los casos establecidos en las normas legales o reglamentarias (*cfr.* arts. 337 y 338 CP), como bien podría ser en caso de enfermedad grave e incurable del animal.

4. Crisis familiares y animales de compañía.

Una de las novedades más sobresalientes que se introducen con la Ley 17/2021, de 15 de diciembre es que se incorporan normas relativas a las crisis matrimoniales destinadas a concretar el régimen de convivencia y cuidado de los animales de compañía, cuestión que ya ha sido objeto de controversia en nuestros tribunales con resultados dispares[40]. Para ello, se contempla el pacto sobre los animales domésticos y se sientan los criterios sobre los que los tribunales deben tomar la decisión de a quién entregar el cuidado del animal, atendiendo a su bienestar[41]. Este último aspecto se ha revelado imprescindible, en tanto, como ya hemos apuntado al principio del trabajo, aún quedan jueces que, en una aplicación literal de la letra del Código, podían llegar a soluciones no acordes con la condición de seres sensibles de los animales proclamada por el Derecho europeo.

Así, se modifica el art. 90 CC introduciéndose un nuevo apartado que permite a las partes establecer en el convenio regulador, para el caso de separación, nulidad o divorcio, "el destino de los animales de compañía, en caso de que existan, teniendo en cuenta el interés de los miembros de la familia y el bienestar del animal; el reparto de los tiempos de convivencia y cuidado si fuere necesario, así como de las cargas asociadas al cuidado del animal".

40 Para un estudio sobre las controversias surgidas en los tribunales en materia de crisis familiares y animales de compañía con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 17/2021, de 15 de diciembre, *vid.* Vázquez Muiña, T.: "Animales y", cit., pp. 1-17. Asimismo, realizan un riguroso, amplio y detallado análisis: Cerdeira Bravo de Mansilla, G.: *Crisis familiares y animales domésticos,* Reus, 2019; y de Torres Perea, J. M.: *El nuevo estatuto jurídico de los animales en el Derecho Civil: De su cosificación a su reconocimiento como seres sensibles*, Reus, 2020.

41 Ley 17/2021, de 15 de diciembre, Exposición de Motivos II, párrafo sexto.

Asimismo, se incorpora un art. 94 *bis* en el Código Civil, en el cual se preceptúa que "la autoridad judicial confiará para su cuidado a los animales de compañía a uno o ambos cónyuges, y determinará, en su caso, la forma en la que el cónyuge al que no se le hayan confiado podrá tenerlos en su compañía, así como el reparto de las cargas asociadas al cuidado del animal, todo ello atendiendo al interés de los miembros de la familia y al bienestar animal, con independencia de la titularidad dominical de este y de a quién le haya sido confiado para su cuidado. Esta circunstancia se hará constar en el correspondiente registro de identificación de animales".

Respecto a las medidas provisionales por demanda de nulidad, separación y divorcio, se incorpora una nueva medida en el art. 103 CC, pudiendo el juez "determinar, atendiendo al interés de los miembros de la familia y al bienestar del animal, si los animales de compañía se confían a uno o a ambos cónyuges, la forma en que el cónyuge al que no se hayan confiado podrá tenerlos en su compañía, así como también las medidas cautelares convenientes para conservar el derecho de cada uno".

En nuestra opinión, supone un avance indiscutible el hecho de reconocer expresamente la posibilidad de que las partes introduzcan en su convenio regulador, para el caso de separación, nulidad o divorcio, cláusulas o pactos referentes al destino de los animales, el reparto de los tiempos de convivencia y las cargas asociadas al cuidado del animal (vacunas, medicamentos, etc.), pues consideramos que la interpretación conjunta de los arts. 90 y 1255 CC confirma que los cónyuges en su convenio regulador pueden pactar las cláusulas que estimen oportuno, ya sean éstas de contenido estrictamente patrimonial o no, siempre que no sean contrarias a la ley, a la moral y al orden público, teniendo las obligaciones allí asumidas carácter contractual, y por ende, fuerza de ley entre las partes contratantes (art. 1091 CC). Así lo afirmaba ya Díez-Picazo Giménez, para quien, en virtud de los artículos mencionados, los cónyuges están plenamente legitimados para pactar un derecho de visita al animal doméstico dentro del convenio regulador de los efectos de su separación o divorcio, no considerándose dicho pacto contrario a la ley, a la moral o el orden público familiar, por muy anecdótico que dicho pacto le pueda parecer a alguno. De hecho, el art. 90 CC establecía -y establece- un contenido mínimo que debe presentar el convenio regulador, al cual bien podían añadir las partes previsiones sobre los animales de compañía[42].

Como manifiesta la SAP 25 noviembre 2011, "no resulta extraño que en convenios reguladores de la separación, el divorcio y sus efectos, se contemplen

42 Díez-Picazo Giménez, G.: "Convenios reguladores y animales domésticos", *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, núm. 1, 2007, pp. 1689 y ss.

disposiciones para regular la posesión de las mascotas porque es evidente el cariño y afecto que surge por estos animales entre quienes les han cuidado, estableciendo en ocasiones derechos de utilización alterna y otras medidas que favorecen el cuidado de ambos propietarios'[43].

El reconocimiento expreso de que las partes puedan fijar todas estas cuestiones, si así lo estiman oportuno, en un convenio regulador, o que el que juez pueda establecerlas en sentencia, ayudará a disminuir, sin duda, los conflictos que puedan surgir en el futuro entre particulares, y a evitar que acontezcan situaciones indeseables que no harían más que generar sufrimiento y malestar, tanto en los dueños de los animales como en estos mismos.

Con todas estas modificaciones que introduce el legislador, podemos afirmar que existe una regulación específica que contempla la inclusión de los animales de compañía en el marco del convenio regulador o la sentencia, incluso en la adopción o modificación de medidas en cuanto a los derechos de visita de los animales. El nuevo estatuto jurídico de los animales dota a las mascotas de una especial protección en caso de que se ponga fin al matrimonio. Ahora es, no sólo posible, sino necesaria, la adopción de medidas cuando en el núcleo familiar exista un animal de compañía; y parece importante señalar que estas medidas no se detienen únicamente en establecer un régimen de visitas, sino que se establecerán los términos en los que deberán sufragarse los gastos del animal también. En otras palabras, se trata de una auténtica guarda y custodia de los animales de compañía[44].

Es reseñable también, por otra parte, que el art. 94 *bis* CC preceptúa que, a efectos de determinar qué cónyuge ostentará la custodia, será indiferente la titularidad dominical del animal. De esta manera, aunque uno solo de los cónyuges sea el propietario legal del mismo, ello no implicará automáticamente un derecho preferente en su posesión[45]. Y es que el hecho de aparecer en la cartilla de vacunación o en el microchip del animal no necesariamente supone que vaya a estar mejor cuidado y atendido con esa persona. Con esto se cristaliza, con acierto, la enmienda núm. 83 llevaba a cabo por el Grupo Parlamentario Socialista al texto de la Proposición de Ley, cuya fundamentación era la que sigue: "A pesar de que a tenor de la redacción inicial de este nuevo precepto, el criterio por el que ha de regirse el juzgador en su decisión es el del interés de los miembros de la familia y el bienestar animal, debe atenderse a las problemáticas reales observadas en la práctica, en las que, por encima de los criterios anteriores, puede pretender un mejor derecho sobre un animal quien ostenta el microchip a su nombre. Por ello,

43 SAP 25 noviembre 2011 (ROJ: SAP LE 1373/2011), FD 2°.

44 López Tur, T.: "La guarda y custodia de los animales de compañía", *Revista de Derecho, Empresa y Sociedad (REDS)*, núm. 18-19, 2021, p. 88.

45 De Torres Perea, J. M.: *El nuevo*, cit., p. 148.

en aras a la claridad y la seguridad jurídica en su aplicación, se propone incorporar la aclaración «con independencia de la titularidad dominical del animal»'[46].

Sobre la cuestión de decidir el destino del animal de compañía, o en otras palabras, quién ostentará la custodia, resulta interesante la reflexión llevada a cabo por el autor de Torres Perea, para quien en estos supuestos, todos los intereses en juego quedarán supeditados al interés superior del menor, en caso de que el matrimonio tenga hijos menores. A este respecto, se deberá tener muy en cuenta el informe que haga el profesional cualificado (psicólogo), en el que sin duda se reflejará el lazo afectivo entre el menor (o los menores) y el animal, y las posibles consecuencias perjudiciales o no para el menor en caso de romperlo. Esto en la práctica será lo determinante para decidir, resultando que muy difícilmente podrá apartarse de dicho informe la autoridad judicial, y de hacerlo habrá de fundamentarlo en el propio interés del menor. Por tanto, como bien apunta el autor, consideramos que el desarrollo práctico de esta nueva normativa sobre guarda y custodia vendrá fuertemente condicionado por la custodia de los hijos, que en gran medida determinará el destino de sus animales de compañía[47].

También cabe destacar la redacción actual del art. 1346 CC, que preceptúa lo siguiente: "Son privativos de cada uno de los cónyuges: 1.º Los bienes, animales y derechos que le pertenecieran al comenzar la sociedad". Lo llamativo radica en que dicho contenido fue propuesto por el Grupo Parlamentario Confederal de Unidas Podemos - En Comú Podem - En Marea, a través de una enmienda al texto de la Proposición de Ley. En concreto, dicho grupo parlamentario propuso que se incorporase al citado precepto un nuevo apartado que estableciera que "el animal que ya poseía alguno de los cónyuges antes del matrimonio pueda tener la consideración de privativo". La vigente redacción del art. 1346 CC es, sin duda, un acierto, pues así se minimizarán los posibles conflictos que puedan surgir en el reparto de la tenencia de un animal de compañía entre los miembros de la pareja, en caso de que acontezca una crisis familiar[48].

Al margen de todas esas mejoras, conviene, sin embargo, señalar aquí de nuevo, como ya se hizo en otro trabajo[49], que todas estas modificaciones del Código Civil recaen sobre normas que tienen todas ellas su ámbito de aplicación a los supuestos del matrimonio, es decir, nulidad, separación y divorcio. En nuestra

46 Enmiendas e índice de enmiendas al articulado, de la Proposición de Ley de modificación del Código Civil, la Ley Hipotecaria y la Ley de Enjuiciamiento Civil, sobre el régimen jurídico de los animales, pp, 57 y 58, enmienda núm. 83. El texto de las enmiendas puede encontrarse en el siguiente enlace: https://www.congreso.es/public_oficiales/L12/CONG/BOCG/B/BOCG-12-B-167-4.PDF#page=1.

47 de Torres Perea, J. M.: *El nuevo*, cit., pp. 149 y 150.

48 Enmiendas e índice de enmiendas al articulado, de la Proposición de Ley de modificación del Código Civil, la Ley Hipotecaria y la Ley de Enjuiciamiento Civil, sobre el régimen jurídico de los animales, pág. 50, enmienda núm. 70.

49 Vázquez Muiña, T.: "Animales y", cit., p. 9.

opinión, sería aconsejable que todas estas medidas no quedaran circunscritas únicamente al ámbito de las crisis matrimoniales y se hicieran extensivas a las parejas de hecho, pues la finalidad protectora o tuitiva que se pretende conseguir es la misma: el cuidado de ese lazo afectivo entre seres humanos y animales, que ha nacido fruto de la convivencia de los mismos como familia, y que acontece tanto en supuestos de matrimonio como de pareja de hecho. Parafraseando la Sentencia Tribunal Roma, 5 diciembre 2016, consideramos que desde el punto de vista del animal y el de los dueños, resulta absolutamente irrelevante si los propietarios están casados o no, pues el afecto que la mascota siente por los propietarios, y viceversa, es ajeno al régimen legal de la pareja[50].

Ahora bien, esto último no deja de ser una propuesta *de lege ferenda*. De ahora en adelante, en el seno de cualquier procedimiento matrimonial podremos solicitar la guarda y custodia del animal de compañía y establecer medidas concretas que, es más, podrán verse modificadas en caso de que el bienestar del animal o las circunstancias que determinaron el régimen original se vean alteradas. Sin embargo, eso no va a ocurrir fuera de los procedimientos matrimoniales. En estos casos, no quedará otra opción que, por la vía del art. 333.1 bis CC, remitirnos a los preceptos del Código Civil sobre la comunidad de bienes[51]. Así, se optará por: O bien, otorgar la custodia exclusiva a una de las partes, con el reconocimiento de derechos de visita para el miembro no custodio y la entrega a éste de la indemnización correspondiente (art. 404 CC); o bien, conforme al art. 394 CC, que ambos individuos ostenten la custodia del animal durante un periodo de tiempo al año, estableciendo periodos de visita para el miembro no custodio. Todo ello realizando una interpretación sociológica de las normas sobre comunidad de bienes y una aplicación analógica de los derechos de comunicación y de visita reconocidos a padres e hijos, pues el presupuesto habilitante para que se produzca la aplicación analógica sancionada en el art. 4.1 CC no es la existencia o no de una relación paterno-filial, sino la existencia de unos lazos afectivos que unen tanto a los humanos entre sí, como a estos con sus animales, fruto de una convivencia en el mismo núcleo familiar, cuya ruptura provoca sentimientos de añoranza, pesar, ansiedad y tristeza, no sólo en las personas, sino también en los animales[52].

La verdad es que la modificación realizada por la Ley 17/2021, de 15 de diciembre, debería haberse extendido a las parejas de hecho, otorgando protección al animal

50 El contenido de la sentencia ha sido extraído de Pittalis, M.: "Cessation of non-marital cohabitation and shared custody of pets", *dA. Derecho Animal: Forum of Animal Law Studies,* vol. 10, núm. 1, 2019, p. 206: "In this respect, the Court added that «from the dog's point of view, which is the factor who ultimately counts, it is irrelevant whether their 'owners' are married or not: the affection the pet feels for both owners ignores the legal regime of the couple» that the dog, moreover, is not able to perceive".

51 López Tur, T.: "La guarda", cit., p. 89.

52 Vázquez Muiña, T.: "Animales y", cit., pp. 10 y 11.

de compañía y a los propietarios en todos los casos por igual, y no dotando de especial protección a todos ellos únicamente en caso de matrimonio. Para aquellos casos en los que la pareja no hubiera contraído matrimonio, el tratamiento que recibe el animal de compañía parece que es, en esencia, el mismo que hasta ahora[53], si bien, al menos, con una ligera mejora, gracias la positivización de la condición de seres sensibles de los animales.

Cabe destacar, por otra parte, el silencio que guarda la ley sobre si la tenencia y el cuidado del animal doméstico (su alimentación e higiene, paseos, peluquería, gastos veterinarios, etc.) forman parte de la tradicionalmente llamada potestad doméstica o de las llaves a que se refiere el art. 1319 CC, si se computa o no como trabajo doméstico, según previene el art. 1438 CC, y, sobre todo, si son o no una carga matrimonial, a que se refiere el art. 1362 CC, cuando enumera los gastos que han de sufragarse con el patrimonio ganancial, cuestiones todas ellas que quizá deberían haberse aclarado[54].

5. Testamento y animales de compañía.

Como bien se ha señalado por el Grupo Parlamentario Confederal de Unidas Podemos - En Comú Podem - En Marea, en varias enmiendas realizadas al texto de la Proposición de Ley, debería tenerse presente en la versión definitiva del texto que "las repercusiones jurídicas de la relación de los seres humanos con los animales en contextos de convivencia con ellos, no se limitan a los supuestos de ruptura matrimonial, sino que se revelan también en otros ámbitos, como la cada vez más habitual incorporación de cláusulas testamentarias relativas a los animales de compañía, sobre las cuales esta reforma debería introducir también las correspondientes previsiones, que garanticen el destino de estos animales en condiciones de protección y bienestar". Así, dicho grupo parlamentario propuso que se incorporara la siguiente previsión: "A falta de disposición testamentaria relativa a los animales propiedad del causahabiente, estos se entregarán a los herederos que los reclamen de acuerdo con las leyes y, en su defecto, al órgano administrativo o centro que tenga encomendada la recogida de animales abandonados, a fin de cederlos a un tercero para su cuidado y protección"[55].

La esencia de esta propuesta finalmente cristalizó en el texto definitivo, pues lo encontramos como texto vigente, si bien con un mayor desarrollo, en el art. 914 bis que establece lo siguiente: "A falta de disposición testamentaria relativa a los animales de compañía propiedad del causahabiente, estos se entregarán a

53 López Tur, T.: "La guarda", cit., p. 89.

54 Cerdeira Bravo de Mansilla, G.: "¿Un nuevo", cit., p. 51.

55 Enmiendas e índice de enmiendas al articulado, de la Proposición de Ley de modificación del Código Civil, la Ley Hipotecaria y la Ley de Enjuiciamiento Civil, sobre el régimen jurídico de los animales, p. 49, enmiendas núm. 68 y 69.

los herederos o legatarios que los reclamen de acuerdo con las leyes. Si no fuera posible hacerlo de inmediato, para garantizar el cuidado del animal de compañía y solo cuando sea necesario por falta de previsiones sobre su atención, se entregará al órgano administrativo o centro que tenga encomendada la recogida de animales abandonados hasta que se resuelvan los correspondientes trámites por razón de sucesión. Si ninguno de los sucesores quiere hacerse cargo del animal de compañía, el órgano administrativo competente podrá cederlo a un tercero para su cuidado y protección. Si más de un heredero reclama el animal de compañía y no hay acuerdo unánime sobre el destino del mismo, la autoridad judicial decidirá su destino teniendo en cuenta el bienestar del animal".

En efecto, además de incorporar previsiones en el ámbito de las crisis matrimoniales, resulta imprescindible que el ordenamiento civil refleje la nueva consideración de los animales como seres sensibles en el plano del derecho sucesorio, pues cada vez es más frecuente el planteamiento de la incorporación de cláusulas testamentarias relativas a los animales de compañía. De ahí que sea necesario que el Código Civil permita dar un adecuado encaje y soporte legal a quienes desean expresar su voluntad de incluir en el testamento disposiciones sobre los animales que se encuentren a su cargo o bajo su cuidado, en adecuada consonancia con el reconocimiento de seres sensibles y no de cosas que el art. 13 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea lleva a cabo sobre los animales, y ahora nuestro art. 333 *bis* CC.

En este sentido, se erige como completamente necesario, ya no sólo que se permita a los propietarios de animales incluir en el testamento disposiciones sobre el futuro de los mismos, sino también qué ocurre con ellos en caso ausencia de disposición expresa o, por ejemplo, en caso de que más de un heredero reclame el animal sin acuerdo unánime sobre el destino del mismo, o incluso que se dé la descorazonadora situación de que ningún heredero lo reclame. Observamos aquí que la voluntad del legislador es evitar, ante todo, una eventual situación de desamparo o desprotección de los animales, amén de procurar su protección y bienestar.

6. Ausencia de definición de animal de compañía.

La Ley 17/2021, de 15 diciembre, no ofrece una definición de animal de compañía. Ello llama poderosamente la atención, teniendo en cuenta que en dicha ley se alude al animal de compañía en numerosas ocasiones. Así, la nueva redacción del art. 605 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, declara absolutamente inembargables a los animales de compañía; el actual art. 111 de la Ley Hipotecaria establece que "no cabe el pacto de extensión de la hipoteca a los animales de compañía"; y el vigente art. 1864 CC preceptúa que

"en ningún caso podrán ser objeto de prenda los animales de compañía". Resulta, pues, inevitable preguntarse qué debe de entenderse por animal de compañía.

Sobre esta cuestión, el Grupo Parlamentario Socialista propuso, a través de la enmienda núm. 85 realizada al articulado de la Proposición de Ley, que en el Código Civil se incluyera la siguiente disposición, en lo que actualmente es el art. 333 bis: "Sin perjuicio de lo establecido en las leyes especiales y, en todo caso, a los efectos de este código, será considerado animal de compañía todo aquel que, con independencia de su especie o de su condición de salvaje, domesticado o doméstico, vive con las personas, principalmente en el hogar, con el fin fundamental de la compañía, sin perjuicio de las prohibiciones legales sobre tenencia de determinadas especies". Como puede observarse, con esta previsión, la tipificación o no como animal de compañía no viene determinada por su pertenencia o no a una determinada especie, sino por la función de acompañamiento que ejerce[56], con lo cual no estamos del todo de acuerdo.

A nuestro juicio, esta propuesta de definición es demasiado amplia y poco concreta. En este sentido, el legislador debería haber incorporado una definición de animal de compañía, ofreciendo una enumeración, como han hecho ciertas Comunidades Autónomas, como por ejemplo, Murcia. Así, la Ley 6/2017, de 8 de noviembre, de protección y defensa de los animales de compañía de la Región de Murcia, establece en su art. 2 que:

"1. A los efectos de esta ley, se definen animales de compañía como los animales domésticos que las personas mantienen generalmente en el hogar con fines fundamentales de compañía, ocio, educativos o sociales, por ser pertenecientes a especies que críe y posea tradicional y habitualmente el hombre, con el fin de vivir en domesticidad en el hogar.

2. En todo caso, tendrán dicha consideración, los siguientes:

a) Mamíferos: perros, gatos, hurones, roedores y conejos distintos de los destinados a la producción de alimentos.

b) Invertebrados (excepto las abejas, los abejorros, los moluscos y los crustáceos).

c) Animales acuáticos ornamentales.

d) Anfibios.

e) Reptiles.

56 de Torres Perea, J. M.: *El nuevo*, cit., pp. 160 y 161.

f) Aves: todas las especie de aves excepto las aves de corral.

g) Cualquier otra especie animal que así se determine reglamentariamente.

3. No obstante lo dispuesto en el apartado anterior, no podrán tener la consideración de animales de compañía, los animales de aquellas especies que se encuentren incluidos en los distintos listados o catálogos estatales o autonómicos de especies con régimen de protección especial, de especies amenazadas o de especies exóticas invasoras, y cuya tenencia no esté legalmente permitida, ni tampoco los que se encuentren asilvestrados en el medio natural a los que resultará de aplicación la normativa sobre fauna silvestre sin perjuicio de lo dispuesto en la legislación estatal".

Según dicho grupo parlamentario, con razón, incluir qué se entiende por animal de compañía se revela como absolutamente necesario, toda vez que en la actualidad existe una absoluta disparidad y discrepancia normativa y jurisprudencial sobre lo que ha de entenderse por animal de compañía, abocando a una completa confusión entre las definiciones aportadas por el Convenio del Consejo de Europa sobre protección de animales de compañía, hecho en Estrasburgo el 13 de noviembre de 1987; el Reglamento n.º 576/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de junio de 2013, relativo a los desplazamientos sin ánimo comercial de animales de compañía; las leyes de las diecisiete comunidades autónomas y los reglamentos de Ceuta y Melilla sobre tenencia y protección de los animales; la Ley 32/2007, de 7 de noviembre, para el cuidado de los animales en su explotación, transporte, experimentación y sacrificio; la Ley 8/2003 de Sanidad Animal; y el propio Código Penal. Por este motivo, el cual compartimos, se hacía necesaria una definición en el Código Civil, tanto a los efectos de aplicación del mismo como con una finalidad uniformizadora[57].

Así las cosas, para poder dilucidar si un determinado animal puede ser o no considerado animal de compañía, parece que tendremos que seguir acudiendo a la correspondiente regulación autonómica, con la consiguiente inseguridad jurídica que ello conlleva[58].

57 Enmiendas e índice de enmiendas al articulado, de la Proposición de Ley de modificación del Código Civil, la Ley Hipotecaria y la Ley de Enjuiciamiento Civil, sobre el régimen jurídico de los animales, pp. 58 y 59, enmienda núm. 85.

58 Vivas Tesón, I.: "Si los", cit., pp. 48 y 51. En este sentido, Chaparro Matamoros, P.: "Los animales y sus frutos como objeto de garantía crediticia", en AA.VV.: *Un nuevo Derecho civil para los animales. Comentarios a la Ley 17/2021, de 15 de diciembre* (dir. por G. Cerdeira Bravo de Mansilla), Reus, Madrid, 2022, p. 201: "(…) habiendo definido la ley el concepto de "animales" de una forma positiva, no deja de sorprender que, sin embargo, se deje sin aclarar el concepto de "animal de compañía", abocando seguramente con ello a cierta disparidad judicial en la interpretación del mismo y, en consecuencia, a la falta de seguridad jurídica".

7. Otras cuestiones.

No se nos oculta que, aparte de las previsiones expuestas y analizadas, muchas más son las medidas que se han incorporado mediante esta Ley 17/2021, de 15 de diciembre. Por ejemplo, se modifica el art. 605 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, para declarar absolutamente inembargables a los animales de compañía, en atención al especial vínculo de afecto que liga a éstos con la familia con la que conviven, sin perjuicio de la posibilidad de embargar las rentas que dichos animales puedan generar. Con el mismo criterio protector se modifica el art. 111 de la Ley Hipotecaria, de tal manera que se impide que se extienda la hipoteca a los animales colocados o destinados en una finca dedicada a la explotación ganadera, industrial o de recreo, y se prohíbe el pacto de extensión de la hipoteca a los animales de compañía[59]. Sin embargo, su estudio no procede en esta sede, por excederse de la temática del presente artículo, orientada a las novedades legislativas en Derecho de Familia.

VI. CONCLUSIONES.

Gracias a la Ley 17/2021, de 15 de diciembre, se ha reflejado, por fin, en nuestro Código Civil la naturaleza de seres sensibles de los animales, abandonándose, en consecuencia, el régimen anacrónico del que disponíamos, en virtud del cual los animales eran considerados cosas. Con la entrada en vigor de esta ley, se modifica la dicotomía clásica jurídica de sujeto/objeto y se introduce una tercera categoría, un *tertium genus*, diferente de las personas y de las cosas: los animales.

Este reconocimiento de seres sensibles de los animales, lamentablemente, aún no tiene su adecuado y debido reflejo, de manera expresa, en nuestra Constitución Española, como sí lo han llegado a positivizar algunas Comunidades Autónomas en sus respectivos Estatutos de Autonomía como, por ejemplo, Canarias. Sin embargo, puede afirmarse que el reconocimiento de seres sensibles de los animales y, en consecuencia, el principio de bienestar animal, forman parte de nuestro ordenamiento jurídico, y además con rango constitucional, pues el art. 13 TFUE está perfectamente integrado, por vía indirecta, en nuestro sistema, en tanto la propia Constitución Española no defiende una interpretación cerrada y autosuficiente de su contenido, a la luz de los arts. 93 y 10.2 CE. Mas al contrario, dichos artículos permiten incorporar el art. 13 TFUE con su propio rango a la estructura constitucional interna.

La Ley 17/2021, de 15 de diciembre, ha introducido, sin duda, notables cambios en nuestro ordenamiento jurídico en general y en el Derecho de Familia en particular. Respecto del reconocimiento del carácter de seres sensibles de los

59 Ley 17/2021, de 15 de diciembre, Exposición de Motivos III.

animales, cabe señalar, en primer lugar, que en este aspecto el legislador ha seguido la senda instaurada previamente por los Códigos Civiles francés y portugués, a nuestro juicio, de manera acertada, pues se trata de Códigos Civiles de herencia napoleónica, siendo, por tanto, su estructura y contenido similar a nuestro Código Civil, amén de que sus reformas son las más cercanas en el tiempo y las que, en consecuencia, mejor van a tener en cuenta las expectativas de la sociedad actual. Así, el legislador ha escogido una formulación positiva, declarando que los animales son seres sintientes, adecuando, de esta manera, el contenido del Código Civil al del Código Penal, en un ejercicio de uniformidad y coherencia jurídica.

Según nuestra actual normativa, los animales siguen estando sometidos de manera subsidiaria al régimen jurídico de las cosas, en la medida en que no existan normas destinadas especialmente a regular las relaciones jurídicas en las que puedan estar implicados animales. Sin embargo, ello será así siempre que dicho régimen jurídico de los bienes sea compatible con su naturaleza de ser vivo dotado de sensibilidad y con el conjunto de disposiciones destinadas a su protección, lo cual supone un claro avance en la materia.

En relación al Derecho de Familia, se han introducido modificaciones en una serie de normas, de manera que se ha establecido una auténtica guarda y custodia de los animales de compañía en los procesos de crisis matrimoniales, pasando a formar parte del contenido mínimo del convenio regulador. Así, en supuestos de crisis matrimonial en los que exista un animal de compañía será necesario que se fije, ya sea por las partes en el convenio regulador, ya sea por el juez en sentencia, quién ostentará la guarda y custodia, cómo se distribuirán y ejercerán los derechos de visita, cómo se sufragarán los gastos que genere el cuidado del animal, entre otros aspectos.

A este respecto, cabe señalar dos cuestiones: por una parte, que el hecho de ostentar la propiedad del animal no conllevará necesariamente un derecho preferente a la hora de establecer la guarda y custodia del animal y, por otra parte, que en caso de que en el proceso de crisis matrimonial haya hijos, muy probablemente quien ostente la guarda y custodia de estos, ostentará también la guarda y custodia del animal, en aras de salvaguardar el principio del interés superior del menor, salvo, por supuesto, que se demuestre por parte del profesional correspondiente que la convivencia del animal con los menores resulta perjudicial para estos últimos.

Sin embargo, la Ley 17/2021, de 15 de diciembre, presenta también algunos aspectos susceptibles de mejora. En este sentido, resulta obligado destacar que el legislador ha dejado fuera de su ámbito de aplicación a las parejas de hecho, de manera que en caso de crisis familiar con un animal doméstico, las uniones de hecho siguen estando prácticamente en la misma situación que hasta ahora, si

bien, al menos, con el reconocimiento expreso de seres sensibles de los animales. En estos casos, no quedará otra opción que, por la vía del art. 333.1 bis CC, remitirnos a los preceptos del Código Civil sobre la comunidad de bienes. Así, se optará por: O bien, otorgar la custodia exclusiva a una de las partes, con el reconocimiento de derechos de visita para el miembro no custodio y la entrega a éste de la indemnización correspondiente (art. 404 CC); o bien, conforme al art. 394 CC, que ambos individuos ostenten la custodia del animal durante un periodo de tiempo al año, estableciendo periodos de visita para el miembro no custodio. Todo ello realizando una interpretación sociológica de las normas sobre comunidad de bienes y una aplicación analógica de los derechos de comunicación y de visita reconocidos a padres e hijos, pues el presupuesto habilitante para que se produzca la aplicación analógica sancionada en el art. 4.1 CC no es la existencia o no de una relación paterno-filial, sino la existencia de unos lazos afectivos que unen tanto a los humanos entre sí, como a estos con sus animales.

En nuestra opinión, sería aconsejable que todas estas medidas no quedaran circunscritas únicamente al ámbito de las crisis matrimoniales y se hicieran extensivas a las parejas de hecho, pues la finalidad protectora o tuitiva que se pretende conseguir es la misma: el cuidado de ese lazo afectivo entre seres humanos y animales, que ha nacido fruto de la convivencia de los mismos como familia, y que acontece tanto en supuestos de matrimonio como de pareja de hecho.

En otro orden de cosas, hubiese sido conveniente aclarar si el cuidado del animal forma parte de la potestad doméstica, de las cargas familiares o si se puede computar como trabajo doméstico, previsiones todas ellas sobre las cuales la ley guarda silencio.

Respecto de las cláusulas testamentarias, resultaba imprescindible, ya no sólo que se permitiera a los propietarios de animales incluir en el testamento disposiciones sobre el futuro de los mismos, sino también qué ocurre con ellos en caso ausencia de disposición expresa o, por ejemplo, en caso de que más de un heredero reclame el animal sin acuerdo unánime sobre el destino del mismo, o incluso que se dé la descorazonadora situación de que ningún heredero lo reclame. Todo ello con el objetivo de evitar una eventual situación de desamparo o desprotección de los animales, amén de procurar su protección y bienestar.

Por último, y por su relevancia para la materia, hubiese sido deseable que el legislador hubiera ofrecido una definición de animal de compañía. Sin embargo, no ha sido así. Y ello a pesar de que en la Proposición de Ley sí que se llegó a realizar una definición de animal de compañía, si bien basada en la función de acompañamiento, criterio que no compartimos. En nuestra opinión, el legislador debería haber llevado a cabo una enumeración de animales que pueden ser

o no considerados como animales domésticos, en la línea seguida por algunas Comunidades Autónomas, como Murcia, adoptando un criterio basado en especies. Ante la ausencia de tal definición, para poder dilucidar si un determinado animal puede ser o no considerado animal de compañía, no nos quedará más remedio que seguir acudiendo a la correspondiente regulación autonómica, con la consiguiente inseguridad jurídica que ello conlleva.

BIBLIOGRAFÍA

Aláez Corral, B.: "Algunas claves de la reforma del Estatuto Jurídico Civil del animal en España", *d.A. Derecho Animal: Forum of Animal Law Studies*, vol. 9, núm. 3, 2018.

Alonso García, E.: "El bienestar de los animales como seres sensibles-sintientes: su valor como principio general, de rango constitucional, en el derecho español", *Diario La Ley*, 2018.

Bentham, J.: *Introduction to the principles of morals and legislation*, Londres, 1789 (una versión en abierto puede consultarse en https://oll.libertyfund.org/title/bowring-the-works-of-jeremy-bentham-vol-1#lf0872-01_head_028).

Brels, S.: "El bienestar de los animales: un nuevo principio general y constitucional de Derecho comunitario. Sentencia Jippes, TJCE, 2001", *dA. Derecho Animal: Forum of Animal Law Studies*, vol. 3, núm. 2, 2012.

Castro Álvarez, C.: *Los animales y su estatuto jurídico. Protección y utilización de los animales en el Derecho*, Thomson Reuters Aranzadi, 2019.

Cerdeira Bravo de Mansilla, G.:

- *Crisis familiares y animales domésticos,* Reus, 2019.
- "¿Un nuevo Derecho civil para los animales?: Elogio (no exento de enmiendas) a la nueva Proposición de Ley sobre el régimen jurídico de los animales, en España", *dA. Derecho Animal: Forum of Animal Law Studies*, vol. 12, núm. 2, 2021.

Chaparro Matamoros, P.: "Los animales y sus frutos como objeto de garantía crediticia", en AA.VV.: *Un nuevo Derecho civil para los animales. Comentarios a la Ley 17/2021, de 15 de diciembre* (dir. por G. Cerdeira Bravo de Mansilla), Reus, Madrid, 2022.

Giménez Candela, T.:

- "Brexit y los animales: el legado del Reino Unido al Derecho Animal", *dA. Derecho Animal: Forum of Animal Law Studies*, vol. 7, núm. 3, 2016.
- "Cultura y maltrato animal", *d.A. Derecho Animal: Forum of Animal Law Studies*, vol. 10, núm. 3, 2019.

Kundera, M.: *La insoportable levedad del ser,* Tusquets Editores, 1989.

DE TORRES PEREA, J. M.: *El nuevo estatuto jurídico de los animales en el Derecho Civil: De su cosificación a su reconocimiento como seres sensibles*, Reus, 2020.

DÍEZ-PICAZO JIMÉNEZ, G.: "Convenios reguladores y animales domésticos", *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, núm. 1, 2007.

LÓPEZ TUR, T.: "La guarda y custodia de los animales de compañía", *Revista de Derecho, Empresa y Sociedad (REDS)*, núm. 18-19, 2021.

PITTALIS, M.: "Cessation of non-marital cohabitation and shared custody of pets", *dA. Derecho Animal: Forum of Animal Law Studies,* vol. 10, núm. 1, 2019.

ROGEL VIDE, C.: *Personas, animales y derechos*, Reus, 2018.

RUY HENRÍQUEZ: "Importancia de la distinción cartesiana entre el hombre y los animales", *Ingenium, Revista de historia del pensamiento moderno*, núm. 3, 2010.

VÁZQUEZ MUIÑA, T.: "Animales y crisis de pareja. El régimen de la comunidad de bienes y el derecho de visita", *Actualidad Civil*, núm. 12, 2021.

VIVAS TESÓN, I.:

- "Los animales en el ordenamiento jurídico español y la necesidad de una reforma", *Revista Internacional de Doctrina y Jurisprudencia*, vol. 21, 2019.

- "Si los animales son seres sintientes, ¿es posible prohibir la tenencia de un animal de compañía en una vivienda?", *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, núm. 41, 2022.

PACTOS MATRIMONIALES. CONCEPTO Y TIPOS

MARRIAGE COVENANTS, CONCEPT AND TYPES

Rev. Boliv. de Derecho Nº 34, julio 2022, ISSN: 2070-8157, pp. 764-785

Lucía ROZALÉN CREUS

ARTÍCULO RECIBIDO: 13 de mayo de 2022
ARTÍCULO APROBADO: 15 de junio de 2022

RESUMEN: Los pactos matrimoniales es un tema de actualidad en nuestra sociedad. Cada vez son más los matrimonios que de decantan por proceder haciendo uso de la autonomía de la voluntad a autorregular los efectos tanto personales como patrimoniales derivados de su unión o de su futura ruptura. Son varios los instrumentos que disponen para llevar a cabo ésta tarea. En el ordenamiento jurídico español no existe una regulación precisa y completa acerca de esta figura, sino que son algunos derechos forales los que han legislado sobre la materia. Es un tema eminentemente práctico que trata de resolver problemas, evitar futuros conflictos, dando respuesta a las nuevas demandas que existen en el Derecho de Familia.

PALABRAS CLAVE: Pactos matrimoniales; capitulaciones matrimoniales; convenio regulador; régimen económico matrimonial; Derecho de familia.

ABSTRACT: *The convenant marriage is a current issue in our society. More and more marriages are choosing to proceed by using the autonomy of the will to self-regulate the effects both personal and patrimonial arising from their union or their future break. There are several instruments available to carry out this task. In the Spanish legal system there is no precise and complete regulation said concept apart from the municipal rights that have been passed on the matter. It is an eminently practical subject that hopes to solve problems, avoid future conflicts and is a response to the new demands that exist in a family law.*

KEY WORDS: *Convenant marriage; marriage contract; regulatory agreement; matrimonial economic regime; Family Law.*

SUMARIO.- I. CONCEPTO.- II. TIPOS.- 1. Capitulaciones matrimoniales.- 2. Pactos prematrimoniales.- 3. Convenio regulador.- 4. Convenio no aprobado judicialmente.

I. CONCEPTO.

Podemos definir los pactos matrimoniales como aquellos acuerdos que dos personas que van a casarse o que ya son cónyuges otorgan con el fin de regular las relaciones personales y patrimoniales derivadas de su matrimonio. Pueden contener disposiciones acerca del régimen económico matrimonial que ha de regir constante matrimonio, reglas para su liquidación, fijar aspectos de su convivencia, respecto de los hijos, o determinados acuerdos respecto de derechos sucesorios (como la promesa de mejorar o no mejorar), normas acerca de las consecuencias de una futura ruptura matrimonial, o cualesquiera otras disposiciones por razón del matrimonio.

Tenemos en este punto que hacer una breve reflexión acerca de las formas en que la autonomía de la voluntad puede ser expresada por los cónyuges según el momento y las circunstancias en que se produzca.

En primer lugar, las capitulaciones matrimoniales, cuyo principal fin es el establecimiento, modificación o sustitución del régimen económico matrimonial, aunque como dice el Código Civil pueden contener cualquier otra u otras disposiciones por razón del matrimonio.

Como segunda figura que recoge también la voluntad de las partes, tenemos el convenio regulador aprobado judicialmente, el cual establece los efectos personales y/o patrimoniales derivados de la nueva situación creada por la separación de los cónyuges o disolución de su matrimonio, creado una vez ya aparecida la crisis conyugal.

Por otro lado tenemos el convenio privado no homologado judicialmente, el cual puede pactarse en el seno de una separación de hecho o por cualquier otra circunstancia que haya impedido su homologación ante el Juez, los cuales también se habrán acordado una vez surgida la crisis matrimonial e igualmente tendrá por finalidad la regulación de la nueva situación tanto en las relaciones de los cónyuges entre sí como de éstos con los hijos si los hubiere, con una eficacia más limitada que los anteriores, circunscrita a las partes.

• Lucía Rozalén Creus
Abogada en ejercicio del Ilustre Colegio Abogados Valencia, Colegiada 13.104. Desde 2005 por cuenta propia. Turno de Oficio, I.C.A.V. 2008-actualidad. Profesor-Tutor UNED Valencia. Cursos 2006/2007 y 2007/2008. Doctora en Derecho por la Universitat de València. Licenciada en Derecho por la UNED. Autora de la monografía Validez y eficacia de los Pactos Matrimoniales (Aranzadi). Correo electrónico: luciarozalen@icav.es.

Y los acuerdos prematrimoniales, los cuales pese a su nombre pueden ser otorgados antes o después de la celebración de matrimonio, aunque usualmente suelen pactarse antes de contraerlo, cuyo objeto principal es el pacto de las consecuencias de una futura ruptura matrimonial, realizándolo antes de que surja la crisis conyugal.

Moreno Velasco[1] recoge respecto de estos últimos: "Dos son las características de estos pactos, según González del Pozo, que los diferencian de otros negocios jurídicos de Derecho de Familia; son condicionales y preventivos.

En primer lugar, son condicionales, ya que su eficacia queda supeditada a la efectiva celebración del matrimonio. De esta forma, aunque puedan pactarse tras la celebración del matrimonio los pactos prenupciales suelen firmarse antes de contraerse el matrimonio. Si toman la forma de capitulaciones matrimoniales, deberá contraerse el matrimonio en el plazo de un año desde su firma, tal y como prevé el art. 1334 CC.

En segundo lugar, son preventivos, ya que son pactos proyectados para una situación eventual o contingente, ya que prevén los efectos de una crisis matrimonial futura que podrá no existir. En definitiva, anticipándose a los problemas o conflictos que puedan surgir ante una eventual crisis matrimonial dan una solución consensuada a sus efectos".

Según García Rubio[2], los partidarios de estos acuerdos afirman su conveniencia, "ya que a través de ellos las partes afrontan de manera más realista su relación y pueden regularla de conformidad con sus mutuas aspiraciones, intereses y valores, los cuales pueden no coincidir con los establecidos con carácter general por el legislador en las normas sobre los efectos del divorcio o de la muerte de uno de los cónyuges".

Otras de las ventajas que cita la autora son el especial interés que tienen en el caso de las familias reconstituidas, también la reducción de costes financieros y emocionales que puede suponer una ruptura que ya se encuentra regulada[3].

1 Moreno Velasco, V: *Autonomía de la voluntad y crisis matrimoniales,* Aranzadi, Cizur Menor, 1ª edición, 2013, p. 35.

2 García Rubio, M. P.: "Acuerdos prematrimoniales. De nuevo la libertad y sus límites en el derecho de familia", Segunda ponencia. Las relaciones económicas en la crisis familiar, Ponencias de las XIII Jornadas de Derecho Catalán a Tossa de Mar, Documenta Universitaria, Girona, 2005, pp. 95-121.

3 También hay autores que señalan los posibles inconvenientes o desventajas que pueden derivarse de los pactos prematrimoniales, como Barrio Gallardo, A: "Pactos en previsión de una ruptura matrimonial: problemas y soluciones a la luz del Derecho español", *Revista Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales*, UNLP, año 13, núm. 46, 2016, pp. 74-87, que recoge: "En contra de los pactos previsores de la crisis se alega que la perfección de estos acuerdos tiende a proteger a las grandes fortunas y evita el acceso a su propiedad por parte de extraños. La suscripción de estos acuerdos prematrimoniales responde a la defensa del vínculo consanguíneo, a favor de la descendencia, y en general de la parentela, frente al vínculo conyugal, en detrimento del intrusismo de quien sólo ingresa en el seno de la familia merced al casamiento. Los abogados matrimonialistas norteamericanos explican la historia de los pactos antenupciales como

En nuestro ordenamiento jurídico español estos pactos carecen de un concepto autónomo que los identifique. Aunque en principio se reconoce a los cónyuges el poder de contratar y realizar negocios jurídicos de diversa índole, lo cierto es que nuestra legislación no los reconoce como tal. En algunos derechos forales sí que están expresamente recogidos y normados, como en el Derecho catalán pionero en esta materia.

II. TIPOS.

Veamos someramente cada uno de estos tipos de pactos.

1. Capitulaciones matrimoniales.

Una de las principales razones por las que los cónyuges o futuros cónyuges otorgan capitulaciones matrimoniales es para establecer, modificar o sustituir su régimen económico matrimonial.

El matrimonio además de producir determinados efectos personales, también tiene consecuencias en la esfera patrimonial de los cónyuges.

Podemos decir que el régimen económico patrimonial es el conjunto de normas que el ordenamiento jurídico destina a regular las relaciones económicas de los esposos entre sí y con los terceros, y los efectos patrimoniales derivados del matrimonio.

"En capitulaciones matrimoniales podrán los otorgantes estipular, modificar o sustituir el régimen económico de su matrimonio o cualesquiera otras disposiciones por razón del mismo". De esta manera el Código Civil en su art. 1325 sin llegar a darnos una verdadera definición de las capitulaciones matrimoniales, abre el capítulo II del Título III del Libro IV fijando el contenido típico de las capitulaciones matrimoniales y dejando la puerta abierta a que quepa otra clase de estipulaciones, que constituirían lo que la doctrina ha dado en llamar el contenido atípico de las mismas.

la de los ricos buscando mantener el control de su patrimonio después del matrimonio (Katz, 2003), una fortuna que por regla general ha sido recibida del tronco familiar por título de herencia o legado. La tendencia a beneficiar al cónyuge en la sucesión, muy extendida en la actual cultura occidental, no tiene por qué contraponerse necesariamente con esta idea en tanto que la conservación del estatus conyugal depende de la subsistencia del matrimonio; extinguido éste, tras el divorcio, ya no queda consorte al que beneficiar, como no se trate de una persona diferente. Los detractores de la figura suelen presentarla como instrumento de opresión sobre aquella parte cuyos condicionamientos de partida (medios económicos, habilidades negociadoras, etc.) lo limitan a la hora de obtener un acuerdo más ventajoso. Se aduce, en suma, que el acuerdo prematrimonial perjudica al miembro de la pareja "más necesitado de protección" que se identifica, todavía hoy aunque sólo por parte de algunos autores, con la mujer, en una suerte de percepción estereotipada, que siempre la concibe en su papel de esposa y madre, a quien parece quedar reservado el cometido, dentro del matrimonio, del cuidado del hogar y la crianza de los hijos".

Por lo tanto podemos afirmar que las capitulaciones matrimoniales son el acuerdo mediante el cual los cónyuges o futuros cónyuges establecen su régimen matrimonial, realizan modificaciones en el que ya tienen o constituyen uno nuevo, el cual debe constar en escritura pública, que puede contener otras estipulaciones o disposiciones que tengan su razón de ser por razón del matrimonio, y que no podrán ser contrarias a las Leyes ni a las buenas costumbres ni tampoco limitar los derechos que le correspondan a cada cónyuge.

O como dice Chaparro Matamoros[4], "Con la denominación de capitulaciones matrimoniales se alude al negocio jurídico celebrado por los cónyuges, antes o después de la celebración del matrimonio (art. 1326 CC), y accesorio a éste, por el que se establece el régimen económico matrimonial que va a regir las relaciones económicas de la familia… Pero, además, pueden los cónyuges otorgar capitulaciones matrimoniales para sustituir aquél por otro (ya sea previsto legalmente, o atípico), o modificarlo (art. 1325 CC)… Puede ocurrir que las capitulaciones matrimoniales contengan disposiciones que no revistan naturaleza capitular (art. 1325 CC). Éstas, no obstante lo anterior, serán válidas aun sin concurrir el formalismo previsto en el art. 1327 CC. De la misma forma, la modificación de estas estipulaciones que, contenidas en las capitulaciones matrimoniales, no revistan carácter capitular, no requerirá de escritura pública".

Esta posibilidad de otorgar capitulaciones matrimoniales, con más o menos restricciones siempre ha sido aceptada por el Código Civil, el cual desde su redacción originaria ha reconocido esta facultad.

Hasta la reforma de 1975 su regulación era bastante estricta y se restringía a poder establecer el régimen económico[5] y sin que se pudieran establecerlas ni modificarlas una vez contraído el matrimonio. Posteriormente se presentan modificaciones tendentes a ampliar la libertad de los otorgantes al permitir que las mismas se otorguen, y modifiquen, antes y después del matrimonio y suprimiendo también la referencia a la autoridad marital como uno de los límites que no podían contravenir anteriormente el contenido de las capitulaciones matrimoniales. Luego la reforma de 1981 se amplía el contenido de las mismas y se amplía considerablemente la libertad de pacto.

4 Chaparro Matamoros, P: "Lección 8", en de Verda y Beamonte, J. R.: *Derecho Civil IV, Derecho de Familia*, p. 143.

5 El art. 1315 del Texto original del Código Civil decía "Los que se unan en matrimonio podrán otorgar sus capitulaciones antes de celebrarlo, estipulando las condiciones de la sociedad conyugal relativamente a los bienes presentes y futuros, son otras limitaciones que las señaladas en este Código. A falta de contrato sobre los bienes, se entenderá que el matrimonio contraído bajo el régimen de la sociedad legal de gananciales".

Esta evolución está en sintonía con el modelo europeo y su avance. Como pone de manifiesto Cervilla Garzón[6] los acuerdos matrimoniales son una institución típica y propia del Derecho europeo continental, y la regulación que cada uno de los países tiene es presenta semejanzas entre ellos puesto que todos derivan del modelo francés o alemán.

La citada autora afirma que estos acuerdos van a determinar cuál es el régimen económico del matrimonio y que "no son pactos que estén mirando al momento de la ruptura, aunque los acuerdos que en ellos se alcancen sobre los bienes puedan repercutir, qué duda cabe, en las consecuencias económicas derivadas de la crisis. De entrada, pues, el pacto capitular excluye el acuerdo prematrimonial con previsiones para el caso de ruptura, caracterizándose estos ordenamientos por sentir una cierta repugnancia a su reconocimiento".

No todos los países tienen establecido un régimen económico matrimonial, así es el caso del Derecho matrimonial de Inglaterra y Gales donde no existe un régimen económico matrimonial como tal. El régimen económico matrimonial español está regulado en el Título III del Libro IV del Código Civil, arts. 1315 al 1444. El primero de ellos establece "El régimen económico del matrimonio será el que los cónyuges estipulen en capitulaciones matrimoniales, sin otras limitaciones que las establecidas en este Código".

Por tanto el régimen económico del matrimonio será, en primer lugar, el que los cónyuges hayan pactado en capitulaciones matrimoniales, con amplia libertad, respetando solamente la limitación que le impone el precepto, alcanzando tal autonomía no solamente a su elección, sino también como ha puesto de manifiesto el Tribunal Supremo[7], a su cambio o modificación, constituyendo éste, como hemos dicho, el principal objeto de las capitulaciones, aunque como veremos más adelante las mismas pueden contener otros muchos pactos que tengan su razón de ser en el matrimonio.

De esta manera lo expresa Silvia Gaspar[8] "Como es sabido, uno de los principios básicos que informan el Derecho patrimonial de la familia es el relativo a la autonomía de la voluntad o libertad de estipulación, en cuya virtud los cónyuges pueden ordenar convencionalmente, a través de las denominadas capitulaciones matrimoniales, las relaciones que a partir del matrimonio se establecen entre ellos

6 Cervilla Garzón, Mª. D.: *Los acuerdos prematrimoniales en previsión de ruptura. Un estudio de Derecho Comparado*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p. 19.

7 En la STS 17 Julio 1997 "El art. 1315 fija el principio de libertad de estipulación capitular de régimen económico-matrimonial, en relación no sólo a su elección, sino también a su cambio o modificación, incluso durante el momento de vigencia del vínculo conyugal, teniendo únicamente como límite el contenido del art. 1328 CC".

8 Gaspar Lera, S: "La ordenación de la economía familiar. Cuestiones y tendencias", *Estudios de derecho judicial*, núm. 130, 2007, pp. 325-367.

y frente a terceros. El papel primordial de la autonomía de la voluntad en materia de régimen económico permite afirmar que el llamado régimen legal, más bien puede considerarse subsidiario de ella".

Aunque esto no siempre ha sido así puesto que el Código Civil, en principio, establecía la inmutabilidad de las capitulaciones matrimoniales una vez celebrado el matrimonio, pudiendo solamente modificarlas antes de contraerlo, sin que tampoco se pudieran otorgar tras el matrimonio, siendo así las cosas hasta la reforma operada por la Ley de 2 de mayo de 1975.

Tenemos que decir que el número de contrayentes o cónyuges que se decantan por realizar este tipo de acuerdos ha ido en aumento en los últimos años. Como dice anteriormente citada autora "en el siglo pasado la escasez de capitulaciones viniera más marcada en las regiones de Derecho común -inmutabilidad del régimen económico y prohibición de los pactos sucesorios- que en los territorios con Derecho foral propio; en segundo lugar, que la curva descendiente del número de capítulos que se pronuncia particularmente a partir de 1947 -cambio de estructura económica familiar rural por otra de corte urbana- afectara particularmente a las regiones forales; en tercer lugar, que el ligero incremento de la frecuencia de las capitulaciones que se observa a partir de 1975 se refiere a los matrimonios sometidos al Derecho común, con el fin de salir de la comunidad y pactar la separación de bienes, por cierto, en no pocas ocasiones como estrategia de compartimentación de la masa común frente a eventuales acreedores de uno de ellos.

El cambio de siglo viene aparejado de un incremente relevante en términos globales -es decir, al margen de diferencias territoriales- del número de capitulaciones matrimoniales, respecto de las que se venían otorgando en los años inmediatamente precedentes. La decisión de las partes de acoger un régimen de separación de bienes, excluyendo el sistema de comunidad que en defecto de pacto se aplicaría automáticamente a la ordenación de su economía, permite explicar fundamentalmente, sin perjuicio de otras razones, el actual papel de la autonomía de la voluntad en el ámbito patrimonial de la familia en España".

Como vemos el Código Civil deja amplio margen a la autonomía de la voluntad para que los cónyuges determinen cual es el régimen económico que ha de regir en su matrimonio, existiendo gran flexibilidad a la hora de una vez elegido el régimen introducir cuantas disposiciones tengan por conveniente, con la única limitación que anteriormente hemos recogido.

Esta libertad llevada al extremo, dejaría al arbitrio de los cónyuges determinadas cuestiones que son básicas para el desarrollo de las relaciones patrimoniales conyugales, y su falta de regulación por los cónyuges dificultaría en extremo el

normal desarrollo de las relaciones económicas de un matrimonio. Para evitar esta situación la Ley prevé unas normas básicas, aplicables a todos los matrimonios, cualquiera que sea el régimen económico que rija en el mismo.

Este conjunto de normas que rigen cualquier matrimonio, independientemente de su régimen económico, es lo que se conoce con la expresión régimen económico matrimonial primario[9].

Gaspar[10] lo expresa de la siguiente manera: "La excepción a la libertad de estipulación de los cónyuges viene determinada por las normas que confirman el llamado por la doctrina "régimen económico matrimonial primario". Se trata de un conjunto de preceptos heterogéneos que constituyen el estatuto jurídico fundamental del matrimonio y que, en esa medida, son punto de referencia obligado cualquiera que sea el sistema económico al que los contrayentes o cónyuges se someten. Dichos preceptos vienen a disciplinar, como regla general, los aspectos siguientes esenciales de toda comunidad de vida matrimonial: la obligación de ambos cónyuges de contribuir al sostenimiento de las cargas familiares, la responsabilidad de éstos por las deudas que traen causa de dichas cargas y el límite a la libertad de disposición de la vivienda familiar aunque ésta sea de propiedad de uno solo de los cónyuges".

Estas normas están recogidas en el primer capítulo del título III del Libro IV, titulado "Disposiciones Generales". Son normas de diversa índole, las cuales no son todas aplicables de manera imperativa a todos los regímenes, existiendo alguna más específica según del que se trate. Ahora bien, además de determinar el régimen económico matrimonial, se prevé la posibilidad de incluir otros aspectos relacionados con el matrimonio.

9 Una definición de régimen económico primario nos lo da Bayo Delgado, J: "Régimen económico matrimonial primario y terceros. Medidas cautelares en el proceso de familia", en Román Moreno, J. R. san (Director): "Régimen económico matrimonial y la protección de acreedores", Cuadernos de Derecho Judicial, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1995, p. 82.
El citado autor expresa "El matrimonio, como institución, produce una seria de efectos obligacionales de contenido económico que se derivan directamente de los arts. 67 y 68 del Código Civil. Podemos decir, aunque con matizadamente, que para esos efectos es indistinto el régimen económico matrimonial, o lo que es lo mismo que son los efectos obligacionales comunes a todos los regímenes. Ese conjunto de obligaciones y derechos constituyen el régimen económico matrimonial primario".
En palabras de Quinzá Redondo, J: *Régimen Económico Matrimonial. Aspectos sustantivos y conflictuales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, p. 44. "En los ordenamientos jurídicos de derecho civil de la Unión Europea bajo la noción de régimen económico matrimonial primario o derechos y deberes generales de los cónyuges con contenido económico se enmarcan una serie de disposiciones legales a las que se encuentran sujetos todos los matrimonios con carácter imperativo y sobre las que se articulan derechos y deberes generales de los cónyuges. Su contenido integrador es esencialmente económico o patrimonial y constituye una cuestión de orden público, pues se aplica con independencia del régimen económico matrimonial secundario, ya sea éste uno pactado por las partes –régimen económico matrimonial pactado– o, en defecto del anterior, uno de naturaleza legal –régimen económico legal–. Además no cabe aquí hacer referencia a la autonomía de voluntad por cuanto el simple hecho de que dos personas contraigan matrimonio provoca la aplicación automática de estas disposiciones, que obligan a los cónyuges de forma imperativa y solidaria".

10 Gaspar Lera, S: "La ordenación de la economía familiar", cit.

Cada vez más, son más las parejas que aprovechan el instrumento capitular para incluir toda una serie de pactos que exceden de lo damos en llamar el régimen primario. Estos pactos, que no necesariamente necesitan ser otorgados mediante escritura pública, pueden recoger toda una serie de acuerdos, todos ellos por razón del matrimonio, de materias tanto de carácter personal como patrimonial, cuyo contenido podemos calificar de atípico, y que pueden ser orientadas a la vida conyugal pero también a regular los efectos de una crisis matrimonial.

Esta evolución de los pactos matrimoniales o prematrimoniales, la expresa Leonor Aguilar[11] de la siguiente forma: "La figura de los pactos prematrimoniales está dejando de ser una rara avis en la práctica jurídica de nuestro país. Así lo demuestra la cada vez más abundante jurisprudencia menor, destinada a resolver litigios en los que marido y mujer discuten la validez o se reclaman mutuamente el cumplimiento de este tipo de acuerdos prematrimoniales, generalmente en el curso del pleito de separación o divorcio, y al hilo de la determinación de las medidas definitivas. Se trata, en la mayoría de las ocasiones, de matrimonios formados por personas provenientes de divorcios anteriores que, decididas a contraer nuevo matrimonio, acuerdan pactar anticipadamente y de forma consensuada las consecuencias personales y patrimoniales derivadas de una eventual y futura ruptura. Los pactos prematrimoniales -en su mayor parte, otorgados ante Notario en la misma escritura de capitulaciones matrimoniales en la que el futuro matrimonio elige el régimen de separación absoluta de bienes- son el instrumento que ofrece a los futuros cónyuges nuestro ordenamiento jurídico para encauzar esta manifestación de autonomía de la voluntad. Con una incipiente regulación positiva de ámbito foral -la reforma de 2010 del Código Civil de Cataluña incorpora la que hasta ahora es la regulación más completa de la figura de los acuerdos prenupciales-, inédita en Derecho civil común, los pactos prematrimoniales plantean numerosas zonas "grises" en cuanto a su admisibilidad, soporte formal y contenido exigible judicialmente, que en gran medida dependen de la percepción y la interpretación que el Tribunal de instancia haga de los pactos prematrimoniales sometidos a su jurisdicción".

Las razones son varias, entre las que se incluyen: incorporación de la mujer al trabajo fuera del hogar; la responsabilidad profesional de los cónyuges; matrimonios tardíos; familias recompuestas, etc. Todo ello ha llevado a que poco a poco el legislador haya ido introduciendo pinceladas de autonomía que van permitiendo a los esposos configurar los efectos de su matrimonio cada vez con mayor libertad. Siendo a partir de la promulgación de la Constitución Española cuando el ordenamiento jurídico ha sido más proclive al cambio.

11 Aguilar Ruiz, L: "Pacto prematrimonial de fijación de indemnización por ruptura de la convivencia a favor de la esposa. Límite a la autonomía de la libertad de los cónyuges, principio de igualdad y exigencia de reciprocidad. Comentario a la SAP Cádiz de 26 de julio de 2013 (JUR 2013, 331848)".

De esta manera lo explica Moreno Velasco[12] "A la hora de buscar un reconocimiento legal de la autonomía de los cónyuges para pactar cuestiones relativas a su matrimonio debemos partir de los principios y derechos constitucionales, en concreto del principio de libertad y al libre desarrollo de la personalidad prevista en el artículo 10 de la Constitución Española.- La libertad es proclamada constitucionalmente como uno de los valores supremos del ordenamiento jurídico, tal y como prevé el artículo 1 de la Constitución Española. Ello supone que el Estado debe garantizar que los individuos puedan organizar libremente, y según sus intereses, su matrimonio y su familia, aunque, evidentemente, con ciertos límites constituidos por otros principios como el de igualdad, previsto en los artículos 14 y 32 de la Constitución Española; seguridad jurídica recogido en el artículo 9.3 del texto constitucional; protección a la familia, previsto en el artículo 39.1 de la Carta Magna, y otros de menos calado constitucional, pero de igual importancia práctica, como la protección de los acreedores".

2. Pactos Prematrimoniales.

Como hemos apuntado, los pactos en previsión de una futura crisis matrimonial, son aquellos que se otorgan por los cónyuges antes de contraer matrimonio o durante la vigencia del mismo, pero siempre antes de surgida la crisis matrimonial. En virtud de los mismos los otorgantes pactan una serie de acuerdos por los que se deberá regir la situación creada por esa crisis, previniendo una serie de efectos tanto personales como patrimoniales entre ellos y de sus hijos.

Barrio Gallardo[13] señala las ventajas de los pactos prematrimoniales: "La facultad de autorregular las relaciones en estos ámbitos está reconocida inequívocamente tanto por la jurisprudencia (STS del 22 abril de 1997 [RJ 3251] y del 21 diciembre de 1998 [RJ 9649]) como por la doctrina registral (resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado GRN) del 31 marzo de 1995 [RJ 2669] y del 1 septiembre de 1998 [RJ 6593]). Sustituir y acomodar las consecuencias del divorcio, desplazando las previstas por el legislador, es una de las virtudes del poder privado de reglamentación. La doctrina ha puesto de relieve la ventaja que supone para los cónyuges poder corregir convencional y anticipadamente resultados injustos o no queridos que, en otro caso, vendrían determinados por la ley. Ya no es preciso contender acerca de las medidas definitivas de la crisis porque han sido acordadas de antemano; son los mismos cónyuges y no los jueces, quienes establecen el régimen por el que se gobernará la situación postruptura. Se trata de una alternativa beneficiosa puesto que agiliza los trámites procesales y supone un ahorro no sólo en cuanto al acortamiento de los tiempos, sino también económico al reducirse los costes de litigación.

12 Moreno Velasco, V: *Autonomía de la voluntad,* cit., p. 12.

13 Barrio Gallardo, A: "Pactos en previsión de una ruptura", cit.

Se dice, además, que prever ex ante las consecuencias del divorcio protege las inversiones o aportaciones realizadas por cada cónyuge al matrimonio (Pérez Hereza, 2012). El hecho de pactar la indemnización por dedicación al trabajo doméstico o al cuidado de los hijos y del hogar es sinónimo de garantía en su percepción, por efecto del pacta sunt servanda, frente a una demanda judicial cuyo éxito nunca se puede garantizar. Asimismo, el no tener que contender y demostrar la existencia de desequilibrio patrimonial o la concurrencia de los requisitos legales de un enriquecimiento injusto para exigir el cobro de una pensión, aporta seguridad jurídica frente al desenlace siempre incierto de un pleito matrimonial.

El pacto reduce la imprevisibilidad ante la ausencia de una interpretación judicial uniforme, denunciada por algunos autores (Aguilar y Hornero, 2006) y contribuye a minimizar los efectos perjudiciales de la crisis (económicos, emocionales etc.). Es probable que alcanzar un acuerdo, una vez que ha sobrevenido la ruptura, con los consiguientes sentimientos de rechazo, resulte más complicado. Los reproches constantes obstaculizan una solución consensuada a la crisis. Por el contrario, "un acuerdo de guerra, firmado en tiempos de paz" (Anguita, 2009) puede a la postre proporcionar una solución mucho más ponderada y equitativa al conflicto".

En ningún caso se pueden confundir éstos con las capitulaciones matrimoniales. Estos son aquellos que independientemente que se pacten antes (prematrimoniales) o durante (matrimoniales) el matrimonio, su contenido típico es el de establecer las consecuencias de una ruptura ante una eventual crisis matrimonial.

Estos pactos no tienen, en contra de lo que ocurre con las capitulaciones matrimoniales, una larga tradición en nuestro derecho matrimonial, sino que muy al contrario podíamos calificarlos como un tema novedoso.

Nuestro país sigue el fenómeno tendente en Europa durante los últimos años influido por el derecho norteamericano entre otros factores. Cervilla Garzón[14] nos explica cuál ha sido la razón: "Es la sociedad la que demanda un mayor margen de autonomía dentro del Derecho de familia, una de cuyas manifestaciones es el reconocimiento de una parcela de libertad que permita a los futuros contrayentes acordar previsiones para el caso de una hipotética ruptura. Igual que en Europa, esa demanda se presentó en Estado Unidos, y su Derecho, más flexible o receptivo a los cambios, halló la forma de darle salida. Cuando esa demanda tiene lugar en Europa encuentra frente a sí un doble muro: de un lado, la propia estructura del Derecho, menos dúctil al cambio y que, hasta entonces, había manifestado un rechazo, una ignorancia a los acuerdos matrimoniales en previsión de ruptura; de

14 Cervilla Garzón, Mª. D.: *Los acuerdos prematrimoniales en previsión de ruptura. Un estudio de Derecho Comparado*, cit., p. 24.

otro, las capitulaciones matrimoniales, con un contenido y un régimen jurídico muy definido y consolidado, que parecía era inexpugnable".

Por lo tanto, pese a lo que pudiera parecer, es en aquellos países donde existía más tradición de capitulaciones matrimoniales, donde más recelo ha existido a la hora de introducir en su ordenamiento jurídico los pactos matrimoniales dada su estructura ya formada y su contenido prefijado.

Otra forma de expresarlo es la que emplea Ginés Castellet[15]: "Cierto es que, desde siempre, se ha respetado un cierto juego de la autonomía privada de los cónyuges a la hora de diseñar las reglas de orden económico que van a regir su vida matrimonial, siendo las capitulaciones matrimoniales el instrumento clásico y básico de canalización de esta acotada libertad contractual. La novedad estriba en la ampliación del campo de acción de la libertad de pacto intraconyugal a terrenos cuyo acceso a la autorregulación estaba, sin lugar a dudas, prohibido o, cuando menos, muy restringido, y uno de estos terrenos es el de la posibilidad de pre-establecer por pacto las consecuencias, de orden económico e, incluso, de otra índole, de la ruptura de una relación matrimonial ya establecida o aún por establecer. Nos referimos, claro está, a los conocidos como pactos prematrimoniales. Advirtamos desde ya que no es esta la expresión más completa y correcta, puesto que solo hace mención a una de las posibilidades temporales de celebración de esta suerte de pactos, que, como veremos, pueden ser otorgados antes de las nupcias, pero también después de ellas, esto es durante el matrimonio. A lo que, en todo caso, deben ser previos, so pena de mutar su naturaleza jurídica, es a la crisis matrimonial en cuya eventualidad son otorgados".

Pero no solamente el derecho norteamericano, como hemos apuntado, pese a su gran influencia, es el único factor que ha incidido en la introducción de los pactos matrimoniales en nuestro derecho patrio. Existen otras muchas causas que han sido decisivas para ello, entre los que podemos citar la secularización del matrimonio, puesto que el cristianismo pugna por un matrimonio único e indisoluble incompatible con la introducción de previsiones para una futura ruptura la cual no se contempla; la introducción de la mujer en el mundo laboral, momento hasta el cual su papel quedaba relegado al cuidado de la casa y los hijos, lo que le privaba de una economía propia, y por lo tanto en la mayoría de los casos no tenía se pactaba un régimen económico que no fuera el legal de gananciales, junto con la autoridad marital existente lo que hacía que no se dieran tampoco otro tipo de pactos de carácter personal; o la introducción del divorcio en 1981, y su gran

15 Añoveros Terradas, B. y Ginés Castellet, N.: "Los pactos en previsión de ruptura matrimonial como mecanismo de prevención y solución de posibles conflictos intraconyugales", en Abel Lluch, X. (Coordinador): *Las medidas preventivas de conflictos jurídicos en contextos económicos inestables*. Capítulo VI. "Medidas de prevención de conflictos en el ámbito familiar y sucesorio", José María Bosch Editor, Barcelona, 2014, p. 397.

incremento de número de casos en los últimos años ha contribuido en proliferar los acuerdos matrimoniales, entre otras muchas causas[16].

A día de hoy con carácter general podemos decir que es unánime su aceptación en España, no siendo tan claros sus límites, o las causas de ineficacia, como veremos. La Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de junio de 2015[17], confirma la

16 En este sentido se pronuncia Moreno Velasco, V: *Autonomía de la voluntad,* cit., p. 27: "Con la evolución de la sociedad hacia una cultura de independencia personal y patrimonial de los cónyuges, es frecuente encontrarse con modelos matrimoniales en los que son ambos miembros de la pareja los que perciben ingresos. Se percibe una tendencia hacia una independencia económica, y por ende, personal de los cónyuges, si bien, asumiendo conjuntamente las cargas del matrimonio.- A esta independencia económica de los esposos debemos añadir una cultura divorcista que iniciada en el año 1981, ha visto su máxima expresión en la ley 15/2005, de 8 de julio.- La ruptura matrimonial ha dejado de ser algo infrecuente para percibirse socialmente como una posibilidad, y de ahí que se esté observando un interés por regular anticipadamente sus consecuencias.- Proliferan, de esta forma, familias reconstituidas en las que los cónyuges han aprendido de experiencias pasadas y pretenden "asegurarse" de controlar al máximo una eventual ruptura.- Todo ello lleva a la generalización de las capitulaciones matrimoniales mediante las cuales los cónyuges, o los que van a serlo, acuerdan regirse por el régimen de separación de bienes, o bien deciden pactar aspectos, tanto de su vida matrimonial, como de eventual y futura ruptura".

17 La citada Sentencia afirma la validez de esta clase de pactos: "SEXTO.- Entrando en las concretas cuestiones planteadas debemos declarar, en primer lugar,, que no estamos ante un supuesto de renuncia de derechos o de renuncia a la ley aplicable, pues lo acordado por las partes no tiene su fundamento en la necesidad de alguno de ellos, ni en el desequilibrio posterior a la crisis del matrimonio, pues ambas partes gozaban de una saneada economía por lo que lo pactado es, como el acuerdo expresa, una renta mensual vitalicia que como pacto atípico tiene perfecto encuadre en el art. 1323 del Código Civil.
En segundo lugar, los pactos no son contrarios a la ley, moral u orden público, en cuanto se limitan a pactar un acuerdo económico para el caso de separación conyugal, lo cual ya tiene cabida en los ordenamientos autonómicos, en otros Estados de la Unión Europea y con un refrendo normativo en los arts. 1323 y 1325 del Código Civil.
En tercer lugar, no queda el cumplimiento del pacto al arbitrio de uno de los cónyuges, dado que como acuerdo fue negociado, como se deduce de su posterior modificación y concreción, en cuanto a la fecha de cómputo de la renta, quedando fijada con claridad la condición que provocaría la obligación de pago de la renta vitalicia. Igualmente, no supone promoción de la crisis, pues ninguno de los contrayentes se encontraba en situación económica comprometida, como se deduce de lo declarado probado por la Audiencia Provincial.
En cuarto lugar, no queda cuestionada la igualdad de los cónyuges, pues no consta que los pactos hayan sido gravemente perjudiciales para el recurrente, de profesión abogado y divorciado de un matrimonio anterior, manteniendo ambos una saneada situación económica, lo que impide limitar los efectos de los pactos que libremente acordaron.
De los pactos tampoco puede inferirse que uno de los cónyuges quede en situación de abuso de posición dominante, ni que haya sumido al otro en una clara situación de precariedad que genera la necesidad de asistencia de instituciones públicas o privadas.
Es más, la insuficiencia de medios podría atentar contra el orden público al implicar la necesaria intervención del erario público, lo que queda descartado, en este caso, por la holgura de recursos de ambos (art. 1255 Código Civil).
No se aprecia que a través de los pactos se haya impuesto una situación de sometimiento a una de las partes, por lo que no se declara infracción del principio de igualdad (art. 14 de la Constitución) ni lesión del derecho a la dignidad (art. 10 de la Constitución) o libertad personal (arts. 17 y 19 de la Constitución).
En quinto lugar, no podemos analizar si se reúnen los requisitos para fijar o no una pensión, pues no fue eso lo pactado, dado que lo convenido fue una renta vitalicia mensual, que no una pensión compensatoria, por lo que tampoco es de aplicación el art. 97 del Código Civil ni, por la misma razón del art. 100 del Código Civil, sobre la aparición de circunstancias sobrevenidas.
Sin perjuicio de ello, en cuanto invocada, sí debemos analizar si en aplicación de la doctrina sobre la "cláusula rebus sic stantibus" cabe una moderación de lo pactado.
Esta Sala, en sentencias de 17 de enero de 2013, recurso 1579 de 2010, 18 de enero de 2013, recurso 1318 de 2011 y 15 de octubre de 2014, recurso 2992 de 2012, exige para la aplicación de la cláusula "rebus", con mayor flexibilidad que en otras épocas, que la alteración sobrevenida y que concurra aumento extraordinario de la onerosidad o que no concurra la posibilidad de haber efectuado una previsión razonable de la situación desencadenada (art. 9:503 de los Principios Europeos de la Contratación).
Aplicada la doctrina al caso de autos, hemos de rechaza la moderación o extinción de la renta vitalicia, pues no se provoca una especial onerosidad en las prestaciones, ni la situación actual de los contratantes era difícilmente previsible, dado que ambos mantienes una desahogada situación financiera igual que la

validez de este tipo de acuerdos prematrimoniales en previsión de una futura crisis conyugal. En cuanto a las posibles materias a incluir son numerosas y diversas las que se pueden incluir en un pacto de estas características.

3. Convenio Regulador.

La concepción del derecho matrimonial tuvo un gran cambio producido por la Ley 30/1981, de 7 de julio. Hasta la citada Ley el derecho de familia tenía muy limitada, la autonomía de la voluntad, siendo a partir de esta reforma cuando se introduce la figura del convenio regulador, a través del cual se permitió que los cónyuges pudieran regular los efectos derivados de su separación o divorcio.

El Código Civil, hace alusión al mismo en diferentes artículos para exigir su formulación en los procedimientos de separación o de divorcio de mutuo acuerdo o a petición de uno de los cónyuges con consentimiento del otro, tanto cuando existen hijos menores de edad o con la capacidad modificada judicialmente, decretado judicialmente, o sin la existencia de éstos o siendo mayores de edad, ante el Letrado de la Administración de Justicia o Notario. Sin embargo, no da un concepto del mismo.

Podemos decir, que el convenio regulador es un negocio jurídico[18] de derecho de familia mediante el cual los otorgantes[19] de mutuo acuerdo o uno con el consentimiento del otro pactan los efectos por los cuales se regirá su nueva situación de separación o divorcio tras la crisis matrimonial.

existente al momento de los pactos, por lo que nos lleva a la aplicación del art. 1258 del Código Civil que determina algo tan elemental como que los contratos han de ser cumplidos".

18 Díez-Picazo, L: "El negocio Jurídico del Derecho de familia", *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, Tomo XLIV, 1962, pp. 171 y ss., ya abogaba por esta consideración de negocio jurídico en el derecho de familia cuando ciertos autores seguían afirmando el carácter de derecho público de la materia, cuando decía: "Los negadores de la admisibilidad de la figura del negocio jurídico en derecho de Familia, se apoyaban en la premisa de que este campo jurídico está dominado por el interés público de cuya tutela se encargan los órganos del estado y los órganos familiares. Los actos familiares de declaración de voluntad serían, según esta opinión, actos de heteronomía y no de autonomía: actos de poder estatal o actos de poder familiar. A nuestro juicio, los actos jurídico-familiares (por ejemplo, matrimonio o adopción), no pueden en rigor llamarse actos estatales. El acto es esencialmente un acto jurídico privado, en el que por razones de orden técnico político (certidumbre, claridad, publicidad, control), se adiciona la intervención estatal, que no traspasa la naturaleza de una solemnidad constitutiva. Reducir a actos de ejercicio de un poder familiar aquellos actos en los que libremente se extinguen, modifican o constituyen relaciones familiares o estados civiles, nos parece equivocado".

19 Los otorgantes serán los cónyuges (o los progenitores en caso de medidas de hijo extramatrimonial). En cuanto a la capacidad, como señala Pérez Galván, M: "Convenio Regulador", en Rocas Trías, E: *Crisis Matrimoniales*, Ediciones Francis Lefebvre, Madrid, 2014, p. 13, deberán de ser mayores de edad, añadiendo "Cuando un contrato, en este caso el convenio, es ratificado ante el juez en un procedimiento de divorcio de mutuo acuerdo, y es aceptada esa ratificación por éste sin observar en la persona que lo ratifica ninguna alteración de su capacidad de comprender el alcance del documento, se presume que la persona que lo otorga tiene capacidad mental para hacerlo", añadiendo que el menor emancipado por razón de matrimonio también puede suscribirlo, pero "para el caso de que deba transigir sobre bienes inmuebles o constituir garantías reales, será necesario la concurrencia de su tutor o, en su caso, del curador". En los incapacitados se estará al grado de incapacitación, que el Ministerio Fiscal y el Juez analizarán caso por caso.

En cuanto a su naturaleza jurídica, comparto la opinión de Torrero Muñoz[20], en que se trata de un negocio jurídico sui generis, ya que por una parte interviene la autonomía de la voluntad, y de otra, el control judicial[21]. Pues es precisamente esta aprobación judicial[22] lo que le caracteriza y diferencia de otros pactos a los que los cónyuges pueden llegar tanto antes de surgir la crisis matrimonial, como son los pactos prematrimoniales o las capitulaciones, como una vez ya surgida la misma, que dará lugar a los convenios privados no ratificados ante sede judicial. Esta aprobación será necesaria para su eficacia, pero no para su validez, que la tendrá siempre que se cumplan los requisitos necesarios para la misma.

El art. 90 del Código Civil en su apartado segundo indica "Los acuerdos de los cónyuges adoptados para regular las consecuencias de la nulidad, separación o divorcio presentados ante el órgano judicial serán aprobados por el Juez salvo si son dañosos para los hijos o gravemente perjudiciales para uno de los cónyuges". El convenio regulador, expresión de la autonomía de la voluntad de los otorgantes, aprobado judicialmente, formará parte de la sentencia de nulidad, separación o divorcio, y por tanto, además de desplegar toda su eficacia, gozará de fuerza ejecutiva.

20 Torrero Muñoz, M: "Cuestiones generales en torno al convenio regulador de los efectos de la separación y del divorcio", en Llopis Giner, J. M. (coord.): *El contenido del convenio regulador. Sus diferentes aspectos*, Fundación Registral, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 2006, p. 32.

21 Respecto de la naturaleza jurídica Diez-Picazo, L: "La figura del convenio regulador en el marco del negocio jurídico familiar y de los principios constitucionales del Derecho de Familia", en Viladrich, P. J. (coord.): *Convenios reguladores de las crisis matrimoniales*, Universidad de Navarra, Pamplona, 1984, p. 43. "Por lo que al convenio regulador propiamente se refiere, hay que señalar que el poder que se reconoce a la voluntad de las partes no es consecuencia de un desinterés o abandono de las situaciones reguladas por parte del legislador. Lejos de ello, nos parece que se trata simplemente de reconocer que los que están más cerca de los problemas pueden regularlos mejor que aquellos otros que, distanciados, sólo podrían formular un juicio demasiado abstracto. Los que no debe olvidarse… es que la opción aquí no es entre la ley y el negocio, entre la lex publica y la lex privata… Es la elección entre la reglamentación imperativa del Juez y la consentida por las partes. Esto significa ante todo, que el convenio presenta una doble limitación: a) En primer lugar, el convenio es una vía de ejecución de la ley y no de sustitución de la ley. … b) En segundo lugar, creo que también está en juego, en este lugar, el tema de los límites generales de la autonomía privada, entre los cuales se encuentra la frontera de lo indispensable, por pertenecer a la que le ha llamado, en la técnica del Derecho civil, «el orden público», pues, a mi juicio, orden público y ámbito indisponible son conceptos sinónimos".

22 Como ya hemos adelantado tras la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria ha habilitado a los Letrados de la Administración de Justicia y a los Notarios para conocer de la separación y divorcio de mutuo acuerdo cuando no existan hijos o éstos no sean menores de edad no emancipados o con la capacidad modificada judicialmente, por lo que esa aprobación del convenio deja de ser función exclusiva de los jueces que ahora comparten con los sujetos señalados.
Sobre ésta misma reflexión comenta Conde Fuentes, J: "Aspectos procesales de la separación y divorcio de mutuo acuerdo ante el letrado de la administración de justicia", en Peralta Carrasca, M. (dir.): Derecho *de Familia: Nuevos Retos y Realidades. Estudios jurídicos de aproximación del Derecho Latinoamericano y Europeo*, Dykinson, Madrid, 2017, p. 75: "La concepción actual de la institución del matrimonio, tanto en lo que se refiere a sus supervivencia como a su conclusión, se sustentan en la libertad y en la autonomía personal de los cónyuges, sin perjuicio de que el Estado pueda intervenir para controlar las decisiones adoptadas y las medidas que se acompañan. De este modo, el debate suscitado a la hora de legislar en esta materia se ha centrado en si tal control debe atribuirse necesariamente a los órganos jurisdiccionales o si bien puede encomendarse a otros profesionales, como ha hecho la Ley 15/2015 con los Letrados de la Administración de Justicia, en una opción de política legislativa".

En este sentido, la SAP de Córdoba, de 14 de julio de 2003 recoge "A la luz de esta doctrina, esta misma sección 2ª AP Córdoba Sentencia 24-6-99 (AC 1999\1186) ya declaró que al Convenio Regulador debe reconocérsele un carácter transaccional (ved Sentencia TS 31-1-85 [RJ 1985\210]) que debe someterse a aprobación judicial bien entendido que esa aprobación no le priva del carácter de negocio jurídico que tiene, como manifestación de esa autorregulación de los intereses de las partes, limitándose el Juez a homologarlo después de que se comprueba que no es gravemente perjudicial para uno de los progenitores o para el hijo. De esta forma podemos definir el Convenio Regulador como una transacción sometida a condición y es precisamente su homologación judicial lo que le dota al convenio regulador de fuerza ejecutiva, circunstancia en la que coinciden tanto el art. 90 Código Civil, como el art. 1816 CC…".

Para ello, el Juez deberá homologar el mismo, comprobando que no sea gravemente perjudicial para uno de los cónyuges; sin embargo, cuando afecte a los hijos menores de edad deberá aprobar este convenio tras un examen de los principios que aseguran el interés superior del menor. Así de esta manera el Juez se convierte en un garante de los principios constitucionales de igualdad y de protección a los hijos[23]. El convenio regulador deberá respetar los límites que en general el art. 1255 CC impone a la autonomía de la voluntad, no debiendo se contrarios a las leyes, a la moral ni al orden público, además de los que hemos señalado que exige el art. 90 del Código Civil, no ser dañosos para los hijos o gravemente perjudiciales para uno de los cónyuges.

Es señalado[24] que "A diferencia de lo que ocurre en otros ámbitos sometidos a la voluntad de las parte, en este ámbito de la regulación de las consecuencias de las rupturas matrimoniales el control judicial se ha impuesto de modo previo. La razón de esta regulación tiene que ver con la existencia de ciertas cuestiones bajo las que subyace un interés público y sobre las que necesariamente se debe producir alguna regulación. Así pues, el control judicial se dirige a verificar que no se deja huérfana de regulación alguna de las materias que la Ley (art. 90 CC) señala como necesaria y que el interés público concurrente no es desprotegido".

En este punto se deberá tener en cuenta que el convenio puede recoger tanto materias de ius cogens como otras de carácter dispositivo. Entre las materias de

23 Para Calaza López, S: "El proceso consensual de separación y divorcio", *Revista de Derecho UNED*, núm. 5, 2009, la función del Juez es: "La labor judicial en materia de pactos, convenios o acuerdos conyugales, tal y como puede fácilmente colegirse de la redacción del precepto recién trascrito, no es, en puridad, de enjuiciamiento, sino de mera vigilancia, supervisión y control de la legalidad. En este sentido, tanto el acuerdo inicialmente propuesto, como el sobrevenido, como consecuencia de una negativa motivada a la aprobación de aquél otro, procederán, en exclusiva, de los cónyuges, quedando limitada, la función del Juez a verificar el equilibrio económico alcanzado en dichos acuerdos y, en su caso, a impedir que uno de los cónyuges o los hijos queden en una situación gravemente perjudicial respecto del otro cónyuge".

24 Alvárez Alarcón, A., Blandino Garrido, Mª. A. y Sánchez Martín, P.: "Las crisis matrimoniales", Tirant lo Blanch, 2ª ed., Valencia, 2016, p. 201.

derecho necesario se encontrarán aquellas que afecten directamente a los hijos menores de edad, aquí regirá el principio *favor fılii*, de modo que el juez deberá determinar de forma especial que estos pactos cumplen con el interés superior del menor. Sin embargo, en aquellas materias de carácter dispositivo, es decir, aquellas materias que no afecten a los menores, y que mayoritariamente tendrán carácter patrimonial, su control se limitará a comprobar que no vulneren los límites generales que hemos expresado, y que no sean gravemente perjudiciales para uno de los cónyuges.

En este sentido podemos citar como ejemplo, el recogido en la reciente Sentencia del Tribunal Supremo[25], de 8 de marzo de 2017, con objeto de la interposición de una modificación de medidas, respecto del uso de la vivienda familiar pactado por los cónyuges en convenio regulador[26] siendo éste aprobado por el Juez, y que finalmente fue disputado llegando al Alto Tribunal, que ante los argumentos de la recurrente[27], se pronuncia en los siguientes términos: "1º. Las sentencias citadas en el motivo, y otras posteriores (entre las más recientes la 117/2017, de 22 de febrero), recogen la siguiente doctrina en la interpretación del art. 96 CC:

"la atribución del uso de la vivienda familiar a los hijos menores de edad es una manifestación del principio del interés del menor, que no puede ser limitada por el Juez, salvo lo establecido en el art. 96 CC".

"Efectivamente, esta norma no permite establecer ninguna limitación a la atribución del uso de la vivienda a los menores mientras sigan siéndolo, porque el interés que se protege en ella no es la propiedad, sino los derechos que tiene el menor en una situación de crisis de la pareja, salvo pacto de los progenitores,

25 STS Sala de lo Civil, Nº 168/2017, de 8 de marzo, Recurso Nº 117/2006, Ponente José Antonio Seijas Quintana.

26 El pacto recogido en el convenio regulador del que se pretendió la modificación de medias y que finalmente fue objeto del Recurso de Casación al que no referimos reza así: "«el uso del que ha sido domicilio familiar, sito en DIRECCION000, NUM000, UM001 de Pasaia, se atribuye provisionalmente a Dª Rosalía, en tanto en cuanto se le conceda o adjudique una vivienda de protección oficial, bien en régimen de alquiler o de propiedad. En cualquier caso, la Sra. Rosalía abandonará la vivienda que ha sido familiar y propiedad exclusiva del S, Hugo una vez transcurrido el plazo de tres años desde la firma del presente convenio regulador (con independencia de que le hayan entregado la precitada vivienda)»".

27 Que eran los siguientes: "En la demanda formulada por doña Rosalía se alegaba que se habían alterado las circunstancias concurrentes en el momento de la firma del convenio regulador porque: a) no se le había concedido una vivienda de protección oficial; b) no dispone de alojamiento en la vivienda de su madre, al tratarse de una vivienda de reducidas dimensiones, en la que habitan en la actualidad, además de su madre, su hermano y su tío y c) se encuentra en situación de desempleo desde el 19 de junio de 2012.
El juzgado estimó la demanda y dejó a doña Rosalía el uso y disfrute del domicilio familiar hasta el momento de la mayoría de edad del hijo, o de su emancipación económica. La sentencia de la Audiencia Provincial, revocó la del juzgado y desestimó la demanda porque no habían variado las circunstancias tenidas en cuenta en el momento en que fue suscrito el convenio regulador".
Siendo el motivo de casación: "Único.- Infracción de lo dispuesto en el artículo 96 del CC , por aplicación indebida, con desconocimiento de la doctrina jurisprudencial establecida en las sentencias de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo de fecha 1 de abril de 2011 (*unificación de doctrina), 14 de abril de 2011 y 21 de junio de 2011".*

que deberá a su vez ser controlado por el juez. Una interpretación correctora de esta norma, permitiendo la atribución por tiempo limitado de la vivienda habitual, implicaría la vulneración de los derechos de los hijos menores, derechos que la Constitución incorporó al ordenamiento jurídico español (arts. 14 y 39 CE) y que después han sido desarrollados en la Ley Orgánica de protección del menor".

Por tanto, incluso en materias dispositivas como lo es la atribución del uso de la vivienda, que admite el pacto de los progenitores, debe ser sometido al control judicial para determinar que no vulnera el interés del menor. Si no cumple los requisitos exigidos o es perjudicial podrá rechazarlo y denegar su aprobación, pudiendo ésta ser total o parcial respecto de las cláusulas afectadas. Sucediendo la denegación de la aprobación del convenio el art. 777.7 de la Ley de Enjuiciamiento Civil dispone "Concedida la separación o el divorcio, si la sentencia no aprobase en todo o en parte el convenio regulador propuesto, se concederá a las partes un plazo de diez días para proponer nuevo convenio, limitado, en su caso, a los puntos que no hayan sido aprobados por el tribunal. Presentada la propuesto o transcurrido el plazo concedido sin hacerlo, el tribunal dictará auto dentro del tercer día, resolviendo lo procedente".

Por su parte, tras las novedades introducidas en virtud de la Ley 15/2015, de 2 de julio, por la que se regula que la separación o el divorcio de mutuo acuerdo de los cónyuges sin hijos menores de edad saca del ámbito judicial estos procedimientos facultando al Secretario Judicial y al Notario para ser quien esté al frente de estos procedimientos, siendo por ende quienes tendrán ejercitar el control del convenio regulador y su aprobación. Así el apartado 10 del citado art. 777 de la L.E.C., al igual que el art. 90 del CC, prevé "Si la competencia fuera del Secretario judicial por no existir hijos menores no emancipados o con la capacidad modificada judicialmente que dependan de sus progenitores, inmediatamente después de la ratificación de los cónyuges ante el Secretario judicial, este dictará decreto pronunciándose, sobre el convenio regulador. El decreto que formalice la propuesta del convenio regulador declarará la separación o divorcio de los cónyuges. Si considerase que, a su juicio, alguno de los acuerdos del convenio pudiera ser dañoso o gravemente perjudicial para uno de los cónyuges o para los hijos mayores o menores emancipados afectados, lo advertirá a los otorgantes y dará por terminado el procedimiento. En este caso, los cónyuges podrán acudir ante el Juez para la aprobación de la propuesta de convenio regulador".

Por tanto, se prevé que el Secretario Judicial, a día de hoy Letrado de la Administración de Justicia, o el Notario quien lleve a cabo esta tarea, como hemos dicho, de control y aprobación del convenio presentado por las partes. Lo que no podrán hacer ni el Secretario Judicial ni el Notario es, una vez denegada la homologación del convenio, dictar las reglas que deben sustituir a las consensuadas

por los cónyuges, sino que deberán dar por terminado el procedimiento y acudir los interesados al Juez para que sea éste quien tome la decisión final de aprobar el convenio, indicar a los cónyuges cuales son las cláusulas que deben modificar concediéndoles el plazo preceptivo para ello, o finalmente ser quien fije las medidas que deben de regir tras la separación o el divorcio.

4. Convenio no aprobado judicialmente.

Finalmente, y de forma muy breve, tenemos que señalar como otra figura en el que tiene cabida la autonomía de la voluntad de los cónyuges o pareja el convenio no aprobado judicialmente.

Como acabamos de ver, el convenio regulador para que desplegué toda su eficacia deberá ser aprobado judicialmente, o en su caso notarialmente, tras la comprobación de la comprobación que no es gravemente perjudicial para uno de los otorgantes, o si hay hijos menores de edad que se cumple con el principio de interés superior del menor.

Un convenio no aprobado judicialmente, sin embargo, no significa que no pueda ser válido. Éste lo será siempre que cumpla con los requisitos exigidos y no vulnere ninguno de los límites impuestos por las leyes o la Constitución. Sí que es cierto que su eficacia es más reducida que el anterior, y quedará circunscrita a las partes firmantes.

La finalidad de esta figura es la misma que en convenio regulador, es decir, ante la nueva situación de crisis producida entre los otorgantes, regular los efectos de ésta, las relaciones entre ellos, y de éstos con sus hijos; o la modificación de las medidas que ya rigen. El momento temporal de otorgarlo es también una vez surgida la crisis matrimonial, diferenciándose como hemos reiterado del convenio regulador solamente por su falta de aprobación judicial. Esta puede darse fundamentalmente por tres motivos, el primero porque no ha pasado el filtro judicial; el segundo porque una vez presentado junto con la demanda de mutuo acuerdo, uno o ambos cónyuges no lo ratifican; y finalmente, porque el mismo se ha firmado en el seno de una separación o hecho, o existiendo ya unas medidas acordadas judicialmente, los interesados deciden de forma privada modificar alguna sin llegar a presentarlo judicialmente.

Para terminar, resaltar que, aunque su finalidad es la misma que la de un pacto prematrimonial, regular los efectos de la ruptura o separación, se diferencia de éste por el momento de su otorgación, dado que éste último se plasmará bien antes de contraer matrimonio o con posterioridad, pero siempre antes de surgida la crisis matrimonial.

BIBLIOGRAFÍA

Aguilar Ruiz, L: "Pacto prematrimonial de fijación de indemnización por ruptura de la convivencia a favor de la esposa. Límite a la autonomía de la libertad de los cónyuges, principio de igualdad y exigencia de reciprocidad. Comentario a la SAP Cádiz de 26 de julio de 2013 (JUR 2013, 331848)".

Alvárez Alarcón, A., Blandino Garrido, Mª. A. y Sánchez Martín, P.: "Las crisis matrimoniales", Tirant lo Blanch, 2ª ed., Valencia, 2016.

Añoveros Terradas, B., Ginés Castellet, N.: "Los pactos en previsión de ruptura matrimonial como mecanismo de prevención y solución de posibles conflictos intraconyugales", en Abel Lluch, X. (Coordinador): *Las medidas preventivas de conflictos jurídicos en contextos económicos inestables*. Capítulo VI. "Medidas de prevención de conflictos en el ámbito familiar y sucesorio", José María Bosch Editor, Barcelona, 2014.

Barrio Gallardo, A: "Pactos en previsión de una ruptura matrimonial: problemas y soluciones a la luz del Derecho español", *Revista Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales*, UNLP, año 13, núm. 46, 2016.

Bayo Delgado, J: "Régimen económico matrimonial primario y terceros. Medidas cautelares en el proceso de familia", en Román Moreno, J.R. san (Director): "Régimen económico matrimonial y la protección de acreedores", Cuadernos de Derecho Judicial, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1995.

Calaza López, S: "El proceso consensual de separación y divorcio", *Revista de Derecho UNED*, núm. 5, 2009.

Cervilla Garzón, Mª. D.: *Los acuerdos prematrimoniales en previsión de ruptura. Un estudio de Derecho Comparado*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.

Chaparro Matamoros, P.: "Lección 8", en de Verda y Beamonte, J. R.: *Derecho Civil IV, Derecho de Familia.*

Conde Fuentes, J: "Aspectos procesales de la separación y divorcio de mutuo acuerdo ante el letrado de la administración de justicia", en Peralta Carrasca, M. (dir.): Derecho *de Familia: Nuevos Retos y Realidades. Estudios jurídicos de aproximación del Derecho Latinoamericano y Europeo*, Dykinson, Madrid, 2017.

Díez-Picazo, L:

- "El negocio Jurídico del Derecho de familia", *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, Tomo XLIV, 1962.

- "La figura del convenio regulador en el marco del negocio jurídico familiar y de los principios constitucionales del Derecho de Familia", en Viladrich, P. J. (coord.): *Convenios reguladores de las crisis matrimoniales*, Universidad de Navarra, Pamplona, 1984.

García Rubio, M. P.: "Acuerdos prematrimoniales. De nuevo la libertad y sus límites en el derecho de familia", Segunda ponencia. Las relaciones económicas en la crisis familiar, Ponencias de las XIII Jornadas de Derecho Catalán a Tossa de Mar, Documenta Universitaria, Girona, 2005.

Gaspar Lera, S: "La ordenación de la economía familiar. Cuestiones y tendencias", *Estudios de derecho judicial*, núm. 130, 2007.

Moreno Velasco, V: *Autonomía de la voluntad y crisis matrimoniales,* Aranzadi, Cizur Menor, 1ª edición, 2013.

Quinzá Redondo, J: *Régimen Económico Matrimonial. Aspectos sustantivos y conflictuales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016.

Pérez Galván, M: "Convenio Regulador", en Rocas Trías, E: *Crisis Matrimoniales*, Ediciones Francis Lefebvre, Madrid, 2014.

Torrero Muñoz, M: "Cuestiones generales en torno al convenio regulador de los efectos de la separación y del divorcio", en Llopis Giner, J. M. (coord.): *El contenido del convenio regulador. Sus diferentes aspectos*, Fundación Registral, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 2006.

LA PROTECCIÓN Y REPARACIÓN A LA MUJER EN EL CONTEXTO DE LA VIOLENCIA INTRAFAMILIAR

PROTECTION AND REPARATION FOR WOMEN IN THE CONTEXT OF DOMESTIC VIOLENCE

Rev. Boliv. de Derecho Nº 34, julio 2022, ISSN: 2070-8157, pp. 786-803

Esperanza CASTILLO, Mª Cristina SOLANO y Mª del Pilar SALAMANCA

ARTÍCULO RECIBIDO: 20 de mayo de 2022
ARTÍCULO APROBADO: 15 de junio de 2022

RESUMEN: Este trabajo analiza los instrumentos de protección y reparación de los daños intrafamiliares en Colombia. Concluye que hay un avance en la incorporación de medidas de protección policivas y de sanción penal de las conductas de violencia intrafamiliar. Sin embargo, alternativas para indemnizar los daños desde el campo civil son aún insatisfactorias; v.g. la obligación alimentaria que, al no tener un carácter indemnizatorio, no satisface plenamente el derecho de reparación de la víctima.

PALABRAS CLAVE: Pensión compensatoria; obligación alimentaria; reparación integral; violencia de género; armonía familiar.

ABSTRACT: *This paper analyzes the instruments of protection and reparation of intrafamilial damages in Colombia. It concludes that there has been progress in the incorporation of police protection measures and criminal sanctions for domestic violence. However, alternatives for compensating damages from civil law are still unsatisfactory; e.g. the maintenance obligation, which, since it is not of a compensatory nature, does not fully satisfy the victim's right to reparation.*

KEY WORDS: *Compensatory pension; maintenance obligation; comprehensive reparation; gender-based violence; family harmony.*

SUMARIO.- I. INTRODUCCIÓN.- II. PANORAMA DE LA VIOLENCIA INTRAFAMILIAR.- III. INSTRUMENTOS DE PROTECCIÓN CONTRA LA VIOLENCIA INTRAFAMILIAR.- IV. EL RESARCIMIENTO DEL DAÑO EN LOS CASOS DE VIOLENCIA INTRAFAMILIAR.- V. DIFICULTADES QUE SUSCITAN LOS INSTRUMENTOS DE REPARACIÓN.- VI. CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN.

El presente trabajo hace parte de los resultados obtenidos en la investigación "el impacto del trabajo remunerado de la mujer en la violencia intrafamiliar. Estudio a partir de los casos que asiste el consultorio jurídico de la Universidad de Ibagué en los últimos siete años". Una investigación llevada a cabo en Colombia que permitió evidenciar que las mujeres pueden estar expuestas a la violencia ejercida por sus parejas por el hecho de trabajar remuneradamente. Incluso, los resultados respaldaron la idea de que, bajo ciertas condiciones, la incorporación de la mujer al trabajo remunerado puede constituir un factor que contribuye a generar más tensión por parte de la pareja hombre, sumado a una inequitativa transferencia de compromisos domésticos entre la pareja[1].

Es claro que cada vez cobra más visibilidad la violencia intrafamiliar sus efectos, consecuencias y alternativas preventivas. No es que en otras épocas no la hubiere, sino que jurídica y socialmente está más intervenida y se cuenta con más mecanismos de registro. Enmarcada en el campo de la vida privada, la violencia estaba naturalizada, tolerada y justificada dentro de las estructuras patriarcales[2]. Hoy encontramos que las transformaciones legislativas están encaminadas a que la violencia que en algún momento había pasado a ser normalizada, sea proscrita

1 Castillo Yara, E., Salamanca Santos, M. P. y Solano de Ojeda, M.C.: "El trabajo remunerado de la mujer: factor generador de violencia intrafamiliar", en AA.VV.: Estudios Interdisciplinares de género (coord. por M. Del Pozo Pérez), Thomson-Aranzadi, Madrid, 2021, pp. 161-176.

2 García Sánchez, B. Y. y Guerrero Barón, J.: "Elementos teóricos para una historia de la familia y sus relaciones de violencia en la transición entre finales del siglo XX y el siglo XXI". *Historia y memoria*, núm. 12, 2016, pp. 253-286.

• Esperanza Castillo Yara
Estudiante de Doctorado en Derecho Privado de la Universidad de Salamanca. Abogada y Magister en Educación de la Universidad del Tolima. Investigadora externa grupo Zoon Politikon de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Ibagué. ORCID 0000-0003-0970-4269. Correo electrónico: esperanza.castillo@unibague.edu.co.

• María Cristina Solano de Ojeda
Abogada de la Universidad Externado de Colombia. Magister en Derecho Penal y criminología. Miembro de la Academia de Jurisprudencia Capítulo Ibagué e investigadora externa del grupo Zoon Politikon de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Ibagué. ORCID 0000-0001-7387-1382. Correo electrónico: maria.solano@unibague.edu.co.

• María del Pilar Salamanca Santos
Psicóloga Universidad de la Sabana. Magíster en Psicología de la Universidad del Norte. Investigadora Junior Colciencias, miembro del grupo Zoon Politikon de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Ibagué. ORCID 0000-0001-7403-1705. Correo electrónico: pilar.salamanca@unibague.edu.co.

e incluso penalizada. Incluso la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible de las Naciones Unidas contempla poner fin a la violencia contra las mujeres en sus Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS5.2).

Por consiguiente, en esta oportunidad el presente trabajo tiene como propósito analizar los instrumentos de protección y reparación en los supuestos de violencia intrafamiliar, desde una mirada interdisciplinar del derecho y de la psicología. Presentamos algunas reflexiones teóricas derivadas del análisis documental y de entrevistas semiestructuradas aplicadas a las usuarias víctimas de violencia intrafamiliar e inasistencia alimentaria. Las usuarias habían sido atendidas en el Consultorio Jurídico de la Universidad de Ibagué entre el año 2012 y el 2018, como parte de la función social del Programa de Derecho. Las usuarias como víctimas eran representadas por estudiantes de último curso en los respectivos procesos penales de violencia intrafamiliar e inasistencia alimentaria. Una vez identificados los casos se procedió a entrevistar a las mujeres víctimas buscando articular el contexto histórico y sociocultural con el desarrollo de cada situación particular, a fin de ahondar en las percepciones, sentidos de las protagonistas y relaciones interpersonales de poder.

Por lo tanto, pretendemos mostrar las dificultades que aún generan los instrumentos jurídicos de reparación consagrados en el ordenamiento colombiano para mujeres como las participantes en el estudio. Aunque es evidente que la Corte Constitucional y la Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Civil han establecido un precedente, aún no queda claro el camino jurídico a seguir para buscar la reparación de las víctimas de violencia intrafamiliar. Lo cierto es que, la formulación de un proceso adicional al trámite de familia que se siga en un juzgado de familia, para buscar la reparación, conlleva la revictimización y un inadecuado acceso a la administración de justicia, de cara a los compromisos internacionales de protección de la mujer y los postulados constitucionales que buscan asegurar la erradicación de todo trato discriminatorio.

Partimos de la base que la violencia es un fenómeno social multidimensional y multifacético que genera daño físico y psicológico a la persona y/o daños a sus "propiedades"[3]. Particularmente, La violencia intrafamiliar es un término genérico y tiene varios sinónimos y categorías como por ejemplo violencia doméstica, violencia familiar, violencia de pareja, violencia fitoparental. En el caso de que sea ejercida por los padres, puede denominarse violencia ascendente o violencia filio-parental. Lo más acertado sería hablar por separado de los tipos de violencia (de género, hacia los niños, niñas y adolescentes, o hacia los mayores), de modo que no se caiga en el riesgo de invisibilizar las realidades de la violencia al interior

3 Santander Abril, J., González Peña, A. P. y Rojas Barrero, S.: "Análisis de las Respuestas del Estado Colombiano Ante el Problema de Violencia Intrafamiliar en Colombia", *Documento de política*, núm.11, 2020, pp. 1-55.

de las familias[4]. El interés de este trabajo se centra en aquella que se ejerce por parte de la pareja de la mujer hacia ella, a la que se refirió la Organización Mundial para la Salud (OMS, 2002) como violencia en la pareja referente a "cualquier comportamiento dentro de una relación íntima que causa daño físico, psíquico o sexual a los miembros de la relación"[5] o "aquella que concurre entre dos personas unidas por un vínculo sentimental o entre las que ha existido ese tipo de relación, con independencia del sexo o de si existe o no convivencia o vínculo matrimonial"[6].

El artículo se desarrolla bajo los siguientes acápites. En primer lugar, se presenta un panorama de la violencia intrafamiliar en Colombia; se muestran las cifras de un escenario que reclama un entorno saludable para que las mujeres puedan mantener relaciones sanas y una breve caracterización de la situación de las víctimas de violencia intrafamiliar atendidas en el Consultorio jurídico de la Universidad de Ibagué. En segundo lugar, consideramos los instrumentos de protección contra la violencia intrafamiliar consagrados en el ordenamiento jurídico colombiano, que han implicado principalmente medidas desde la política criminal y el derecho penal, principalmente. Finalmente, abordamos los instrumentos de reparación que han sido considerados desde el derecho de familia y que generan interrogantes en relación con su efectividad.

II. PANORAMA DE LA VIOLENCIA INTRAFAMILIAR.

Aunque nuestro estudio se centra en una muestra de mujeres víctimas de violencia intrafamiliar en la Ciudad de Ibagué. Vale la pena mencionar que más de mil millones de mujeres han sido golpeadas, amenazadas, insultadas o violadas en algún momento de su vida, es decir, el 27% de la población femenina mundial entre 15 y 49 años. Y una de cada siete ha sufrido alguno de esos tipos de violencia en el último año. No obstante, no en todas partes del planeta se da en la misma medida: en los países de ingresos bajos, la violencia, en general, a lo largo de la vida, está más extendida, en comparación con los de ingresos altos[7].

Frente al panorama mundial también resulta preocupante el aumento de los casos de violencia intrafamiliar en Colombia. Entre enero y abril del año 2022, las lesiones no fatales en el contexto de la violencia intrafamiliar en el territorio colombiano sumaron 19.068 víctimas, de las cuales 14.721 fueron mujeres y 4.347 hombres. Lo cual representa un aumento significativo respecto de los 14.720

4 Tal como lo propone la Fundación "Save the children" en sus estrategias encaminadas a hacer frente a la violencia contra la infancia en el ámbito familiar.

5 Organización Mundial de la Salud.: Informe mundial sobre la violencia y la salud, 2002, pp. 1-374.

6 Hernández Hidalgo, P.: *Violencia de pareja: crítica victimológica a la respuesta del sistema de justicia penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, p. 60.

7 Sardinha L., Maheu-Giroux, M., Stöckl, H., Mayer, S. R., García- Moreno C.: "Global, regional, and national prevalence estimates of physical or sexual, or both, intimate partner violence against women in 2018", *The lancet*, núm. 399, 2022, pp. 803-813.

casos del año 2021, en el que 11.376 víctimas fueron mujeres y 3.344 fueron hombres[8]. No se incluyen en estos datos los homicidios y feminicidios. Ahora bien, la ciudad de Ibagué donde se realizó el estudio dentro del periodo enero -abril del 2022 contó con 229 casos de violencia de pareja y 64 casos de violencia entre otros familiares. Lamentablemente, estas cifras se corresponden con la expresión de violencia intrafamiliar más visible y estudiada en la literatura, que ha estado relacionada históricamente con la violencia entre cónyuges como rezagos de la cultura patriarcal y de la desigualdad entre las parejas.

De acuerdo con el informe del Consultorio jurídico de la Universidad de Ibagué, al final del año 2018 este contaba con 36 casos de violencia intrafamiliar y 43 inasistencias alimentarias; estos últimos fueron tenidos en cuenta en la investigación porque son considerados una forma de violencia, al dejar que la mujer asuma exclusivamente el deber legal de sostenimiento de los hijos, que corresponde a ambos progenitores. En la muestra objeto de estudio mediaron relaciones de matrimonio, uniones de hecho, parejas y/o noviazgos, efectuándose 17 entrevistas a las víctimas, con preguntas elaboradas por las investigadoras.

Las mujeres víctimas participantes en la muestra se ubicaban entre los estratos socioeconómicos 1, 2 y 3, es decir, sus hogares son considerados de menores recursos y por lo tanto son beneficiarios de subsidios en los servicios públicos domiciliarios, además de contar con condiciones poco satisfactorias de vivienda y entorno. Esta clasificación por estratos es una aproximación a la diferencia socioeconómica jerarquizada que realiza Colombia en atención a los principios de solidaridad y redistribución del ingreso de las personas[9].

Los resultados de las entrevistas arrojan la presencia de diferentes tipos de violencia a las que se ven sometidas en la convivencia en pareja, entre las que se encuentran la económica; situación evidente en la limitación a que se ven sometidas a disponer de los ingresos fruto de sus actividades laborales, y otras debían asumir los gastos totales, en pocos casos debido a la falta de trabajo de sus parejas. Otros casos mencionan que sus parejas no aportaban económicamente en la casa, y tampoco ayudaban con el cuidado de los hijos, o en las labores propias del hogar.

Otros tipos de violencia que se pudieron determinar están relacionados con la violencia física y psicológica. Algunas manifestaron que sus compañeros ejercían presión y amenazas, ante cualquier demora a llegar a casa, con el argumento

8 Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses.: "Boletín Estadístico de abril de 2022". Disponible en: https://www.medicinalegal.gov.co/cifras-estadisticas/boletines-estadisticos-mensuales

9 Departamento Nacional de Estadística. "Estratificación socioeconómica para servicios públicos domiciliarios", 2022. Disponible en: https://www.dane.gov.co/index.php/servicios-al-ciudadano/servicios-informacion/estratificacion-socioeconomica

de que la tarea de la mujer es la de permanecer al lado de los hijos. Algunas expresaron haber recibido violencia psicológica, como humillaciones delante de amigos y vecinos, gritos y palabras ofensivas; manifestar enojo en reuniones, en el trabajo, o con los compañeros de trabajo o familiares. Una manifestó haber recibido junto a su hijo amenazas con un cuchillo.

La violencia relacionada con lo económico, suele ser desestimado por la mujer, quien resta importancia a los manejos controladores por parte del hombre y los descubre cuando llega la violencia física, los golpes. Este proceso genera desvalorización, baja autoestima y fortalece miedos sobre sus capacidades y relaciones sociales; afecta a las mujeres en su salud psíquica y física, que la lleva a padecer todo tipo de malestares que se expresan como trastornos en su salud, por ejemplo, ansiedad, depresión, manifestaciones psicosomáticas, tendencia al consumo abusivo de psicofármacos, etc.

En tal sentido, en lo relativo a la obligación alimentaria en favor de los hijos menores, también era perceptible que una vez la pareja maltratadora tomaba conciencia de la importancia del aspecto económico, no sólo para sus hijos, sino para las mujeres víctimas, que los tenían a cargo, buscaba la forma de afrontar el no cumplimiento de dicha obligación. Esto como lo advierte Caro (2021) con la finalidad de agravar su precaria situación, posiblemente, como venganza por haber puesto fin a la relación[10].

III. INSTRUMENTOS DE PROTECCIÓN DE LA MUJER VÍCTIMA DE VIOLENCIA INTRAFAMILIAR.

Sobre la violencia intrafamiliar pueden identificarse una serie de etapas en las cuáles se invierten los recursos para combatirla. La etapa inicial es incluso previa a la realización del hecho violento y se caracteriza por ser principalmente formativa. En esta etapa prevalece la capacitación de diferentes agentes de la comunidad. Mediante una estrategia política aparece un posicionamiento del problema en la agenda política y presupuestal; por medio de la capacitación del personal como maestros, padres de familia, estudiantes y personal de salud haría que todos los miembros de la comunidad se encuentren conscientes del fenómeno y actúen de forma adecuada; una estrategia de comunicación que involucra diferentes canales de las instituciones estatales y una promoción en general entre la comunidad[11].

10 Caro Herrero, G.: "Reflexiones sobre la concurrencia de violencia económica en el contexto de familia: impacto y mecanismos para su neutralización", *Revista Boliviana de Derecho*, núm. 32, 2021, p. 132.

11 Barragán, F., en su ponencia: Experiencia intersectorial, interinstitucional e interdisciplinaria para abordar el maltrato infantil y la violencia doméstica, en el Congreso Internacional de Derecho de Familia. Conflictos familiares, su prevención y tratamiento (2002), llevada a cabo en Bogotá: Universidad Externado de Colombia. Pone de presente tres tipos de estrategias para atacar el fenómeno de la violencia intrafamiliar. Propone la estrategia política, la educativa, la de comunicación y una de promoción del buen trato.

Algunos estudios plantean el poco desarrollo cerca del tratamiento de la violencia intrafamiliar en el campo de la salud física y mental en Colombia. Que, pese al desarrollo legal e institucional complejo, desde el sector de la salud física y mental no hay iguales avances para afrontar la problemática. Llama la atención que incluso, hay un reconocimiento de la existencia de distintas iniciativas independientes, pero que resultan desarticuladas, con falta de apoyo y de trabajo interdisciplinario generando dobles esfuerzos en el mismo sentido y como consecuencia resultando poco efectivos[12]. Otros estudios plantean que la situación de la política pública de violencia intrafamiliar en Colombia no presenta una claridad en la estructura de intervención y, de hecho, "existe una multiplicidad tanto normativa, de funciones y de acciones que hacen difícil el mapeo, pero también la identificación de una ruta clara de actuación por parte de los actores pertenecientes al espacio de la política"[13].

A nivel jurídico encontramos que hay un fundamento en instrumentos internacionales como la Declaración sobre la Eliminación de la Violencia contra la Mujer (Asamblea General de la Organización de Naciones Unidas, 1993, art. 4); y la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer "Convención de Belém do Pará" (Organización de los Estados Americanos, 1994, art. 3). La Constitución Política de Colombia contempla una protección de la mujer y pretende asegurarle el goce de iguales derechos y oportunidades (art. 43), adicionalmente, busca las relaciones familiares se basen en la igualdad de derechos y deberes de la pareja y en el respeto recíproco entre todos sus integrantes, consagrando que cualquier forma de violencia en la familia se considera destructiva de su armonía y unidad, y será sancionada conforme a la ley (art. 42).

Por lo tanto, entendiendo que la violencia intrafamiliar perpetrada por la pareja de la mujer hacia esta es un tipo de violencia intrafamiliar, su erradicación vino dada por el marco constitucional mencionado y subsecuentemente por la Ley 294/1996 que, consideró toda forma de violencia en la familia como "...destructiva de su armonía y unidad y, por lo tanto, será prevenida, corregida y sancionada por las autoridades" (art. 3).

Como consecuencia, hay una prevalencia de un tratamiento sancionatorio y penal hacia la Violencia Intrafamiliar. La redacción de los arts. 4,5, 22, 23, 24 y 27 de la ya mencionada Ley 294/1996 confirma el carácter punitivo de la política pública adoptada en Colombia. Pues establece más allá de medidas de protección que pongan fin a la violencia, al maltrato o la agresión plantea las sanciones y

12 Piza, M.: "Estudios sobre la violencia intrafamiliar en Colombia: el tratamiento desde la perspectiva de salud física y mental", *Revista de Derecho, Comunicaciones y Nuevas Tecnologías*, núm 33, 2014, pp. 1-16.

13 Santander Abril, J., González Peña, A. P. y Rojas Barrero, S.: "Análisis de las respuestas del Estado", cit., pp. 1-55.

penas que también comparte la Ley 599/2000[14], arts. 229 y 230. Otras medidas que aparecen en la Ley 294/1996 fueron asignadas a la competencia del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF), por ejemplo: el diseño de políticas, planes y programas para prevenir y erradicar la violencia intrafamiliar, y estimular a los departamentos y municipios a conformar Consejos de Protección Familiar y a construir bases de datos sobre VIF que permitan adelantar investigaciones que contribuyan a la prevención y erradicación del problema (arts. 28 y 29).

Promulgada con el fin de prevenir, remediar y sancionar la violencia intrafamiliar; la ley 294/1996 ha sido objeto de reforma posteriormente por las Leyes 575/2000, 1257/2008 y 599/2000, por medio de las cuales el legislador ha procurado asegurar la armonía a los hogares y medidas tendentes a la protección de sus miembros. Mientras que la Ley 1257/2008 está enfocada específicamente a la prevención de la violencia contra la mujer, pero con implicaciones claves para la prevención de la violencia intrafamiliar, otras normas establecen medidas de protección para otros miembros de la familia, Ley 1098/2006[15] a los niños, niñas y adolescentes y la Ley 1850/2017, al adulto mayor, en la que incluso se penaliza el maltrato intrafamiliar por abandono.

Pese a la promulgación de normas dirigidas a evitar y sancionar la violencia contra diferentes colectivos al interior de la familia. Algunos estudios describen que la abundancia de normas genera una problemática desde las políticas públicas, porque contribuye a que no sea clara la norma que prima para la intervención en materia de violencia intrafamiliar. "Toda esta legislación desarrollada por el Estado Colombiano muestra su compromiso por buscar una solución a esta seria problemática, sin embargo, la implementación de esta legislación no está generando los resultados esperados debido a la falta de recursos, a la debilidad institucional, a las diferencias entre lo rural y lo urbano, a la falta de conocimiento tanto de los funcionarios como de las víctimas de las implicaciones, las rutas y los derechos que se tienen"[16].

Otros estudios consideran que las medidas penales contempladas en la Ley 294 de 1994 y en la Ley 599 de 2000 son necesarias, pero no son suficientes para la transformación de las relaciones familiares, "ya que medidas como el aislamiento y/o encarcelamiento evitan de manera momentánea las manifestaciones agresivas de la violencia al interior de la familia, pero no posibilitan su adecuada resolución, puesto que las cifras de denuncias continúan aumentando"[17].

14 Código Penal Colombiano.

15 Código de la Infancia y la Adolescencia.

16 Santander Abril, J., González Peña, A. P. y Rojas Barrero, S.: "Análisis de las respuestas del Estado", cit., pp. 35.

17 Rengifo Arias, C. G., Carmona Otálvaro, J. G., y Baena Vallejo, G. A.: "Análisis de las políticas públicas sobre violencia intrafamiliar en Colombia: Abordaje de acuerdo a la función y el sentido del fenómeno

Como se viene expresando el instrumento fundamental para combatir la violencia intrafamiliar es el punitivo que ha incrementado la pena privativa de la libertad, sobre todo, cuando a esa violencia se le agrega el odio hacia la mujer por el hecho de ser mujer. Como política criminal se consideran de importancia el acceso los procesos de conciliación a los que se convocan las parejas, a veces solicitadas por el agresor que se muestra arrepentido paro que, en la mayoría de los casos no tienen más que un exito momentáneo porque luego se traducen en una mayor violencia. Creemos que sin duda la mejor política es la que se haga desde la educación en el respeto del otro y la tolerancia buscando la solución mdiante diálogos constructivos.

IV. EL RESARCIMIENTO DEL DAÑO EN LOS CASOS DE VIOLENCIA INTRAFAMILIAR.

El daño sea patrimonial o extrapatrimonial ocasionado por un tercero, no genera duda en relación con la procedibilidad de la reparación que resulta procedente, esto como consecuencia del juicio de responsabilidad que conllevaría. Sin embargo, la complejidad surge cuando quien realiza el acto dañoso es un miembro de la familia y en particular la pareja, dado que tanto víctima como victimario están vinculados por el matrimonio, o simplemente por el hecho natural de convivencia.

En las 17 entrevistas realizadas a las mujeres víctimas de violencia intrafamiliar pudo observarse que los daños ocasionados incluyeron tanto los físicos, psicológicos como los morales. Cabe recordar, que dentro de la muestra se encontraban mujeres que habían denunciado el delito de inasistencia alimentaria, en estos casos una de las entrevistadas manifestó que "el progenitor no quería hacerse cargo de la manutención de los respectivos hijos, obligándola a permanecer en un segundo plano frente a los hijos para no disgustarlo". Pese al impacto generado en la vida e integridad de cada una de ellas e incluso de sus hijos, hasta ese momento ninguna había contado con una reparación desde el campo del derecho civil, incluso habiéndose presentado las rupturas con sus parejas, especialmente la extinción de la unión marital de hecho; era pues, el derecho penal el que forjaba el camino para que estas mujeres encontraran algún tipo de reparación frente al fenómeno de violencia acontecido.

A diferencia de países como España, en Colombia, solo recientemente por medio de la Sentencia STC10829-2017 de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, se inicia el camino para hablar de la reparación de los daños intrafamiliares, al abordar la posibilidad de indemnizar los perjuicios causados al cónyuge por una conducta violenta. Sin embargo, también planteó

violento dentro la familia", *Interdisciplinaria,* vol. 36, núm. 2, 2019, pp. 97-110.

una problemática, dado que concentró su análisis en la obligación alimentaria, asignándole una función indemnizatoria a favor de la víctima.

El fundamento fáctico de la sentencia ya referida consistió en que la accionante interpuso una acción de tutela, al considerar que la Sala de Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, había vulnerado sus derechos fundamentales "a vivir libre de violencia, discriminación de género y violencia intrafamiliar", al resolver en segunda instancia un proceso de cesación de efectos civiles de matrimonio católico. El Tribunal había accedido parcialmente a las pretensiones de la accionante, debido a que encontró probadas las causales contempladas en el art. 154 núm. 2 y 3 del Código Civil Colombiano, referidas al incumplimiento de los deberes como esposo y a los ultrajes, el trato cruel y los maltratamientos de obra, pero no fue ordenado por la sala el pago de la obligación alimentaria a favor de la mujer.

Para la Corte Suprema de Justicia, los derechos fundamentales de la mujer accionante se encontraron vulnerados, dado que la sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá había sido insuficiente al no procurar la reparación de la mujer víctima en el curso del proceso de cesación de efectos civiles de matrimonio católico. Para la Corte la ausencia de disposiciones normativas referentes al daño indemnizable en el ámbito de las relaciones familiares no era óbice para no ordenar el pago de perjuicios, ya que, de hecho, los jueces, podrían realizar una interpretación sistemática y de cara a los postulados constitucionales contribuir a la protección de las víctimas, como la mujer accionante.

Lo anterior cobra especial relevancia si se tiene en cuenta que, en los casos de violencia de pareja además de generarse daños físicos, pueden ocasionarse daños psicológicos y sociales a la víctima, con la gravedad de que la persona que le está causando el daño, hace parte de su círculo más próximo. Entonces, los actos de violencia intrafamiliar efectuados por la pareja resultan ser una fuente de obligaciones y por lo tanto implica una reparación para la víctima, más allá de la sanción punitiva que pueda conllevar la acción violenta, conforme la legislación penal[18], no obstante, el problema radica en asignarle a la pensión de alimentos la finalidad de reparación, pues su naturaleza no es indemnizatoria.

Claramente Rueda (2018) plantea la diferencia entre la obligación alimentaria y la obligación indemnizatoria, evidenciando que la pensión de alimentos a cargo de el victimario no contribuye a una verdadera reparación para la víctima de violencia intrafamiliar. Mientras que la fuente de obligación alimentaria es la ley con fundamento en el principio de solidaridad, para atender a las personas

18 El artículo 2341 del Código Civil establece: "El que ha cometido un delito o culpa, que ha inferido daño a otro, es obligado a la indemnización, sin perjuicio de la pena principal que la ley imponga por la culpa o el delito cometido".

en condición de vulnerabilidad y la protección de la familia y establece como requisitos la necesidad del acreedor y la capacidad del deudor. Aclara además que la obligación indemnizatoria tiene como fuente el daño (en atención al principio *neminem laedere),* y que son requisitos para su configuración: la existencia del daño, la conducta culposa o dolosa y el nexo de causalidad entre la conducta y el daño. Adicionalmente, las formas de la prestación son distintas, mientras que la obligación alimentaria debe pagarse en dinero, la forma de la prestación de la obligación indemnizatoria puede ser en dinero o mediante mecanismos de reparación simbólica, según sea el daño ocasionado[19].

Al respecto, hay que considerar que la familia y la responsabilidad civil no son instituciones incompatibles, lo contrario haría que las víctimas del daño intrafamiliar queden en una posición de desigualdad manifiesta frente a quien sufre otro tipo de daños, por lo que en el juicio de responsabilidad la condición de miembro de la familia no puede ser un criterio de exclusión de la responsabilidad civil[20]. Sin embargo, la resolución del caso emblemático no terminó allí, debido a que la decisión de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia fue recurrida y le correspondió a la Sala de Casación Laboral decidir el caso. Con un criterio diferente, la sala laboral consideró que la accionante debía iniciar un proceso de responsabilidad civil, si lo que pretendía era la indemnización de los perjuicios sufridos por violencia intrafamiliar, de modo que revocó el fallo.

En sede de revisión, la Corte Constitucional tuvo oportunidad de estudiar el caso y mediante Sentencia SU-080/20 revocó la decisión de segunda instancia tomada por la Sala de Casación Laboral, y confirmó parcialmente la sentencia de primera instancia "en el entendido de que se protege el derecho fundamental de la actora a vivir libre de violencia de género, a ser reparada, a no ser revictimizada y a una decisión de la Administración de Justicia dentro de un plazo razonable", ordenando además al tribunal que decidió sobre la cesación de efectos civiles disponer "la apertura de un incidente de reparación integral en el que se especifiquen y tasen los perjuicios sufridos por la víctima".

Más recientemente el análisis se ha volcado hacia la reparación de los perjuicios ocasionados no ya en el seno de un matrimonio, sino de las uniones maritales de hecho. En la Sentencia SC5039-2021 la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia fue resuelto un recurso extraordinario de casación en el que una mujer pedía el reconocimiento de la unión marital de hecho con su expareja. Pese a que en este caso no era procedente el reconocimiento de efectos patrimoniales a la

19 Rueda, N.: "La violencia intrafamiliar como fuente de daño resarcible en Colombia". *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas-UPB*, vol. 48, núm. 128, 2018, p. 211.

20 De Verda y Beamonte, J. R. y Chaparro Matamoros, P.: "Responsabilidad por incumplimiento de los deberes conyugales", en AA.VV.: Responsabilidad civil en el ámbito de las relaciones familiares Pamplona (ed. por J. R. De Verda y Beamonte), Thomson Reuters Aranzadi, 2012, pp. 103–174.

unión, porque la relación se prolongó por un periodo menor a dos años, dada la evidencia de actos de maltrato intrafamiliar y de violencia de género, la Sala ordenó al juez de primera instancia abrir una vía incidental especial de reparación, con el propósito de que se determinaran y tasaran los perjuicios sufridos por la demandante.

La Corte Suprema de Justicia señaló en dicha oportunidad que "siempre que en este tipo de procesos se adviertan actos de maltrato intrafamiliar o violencia de género entre los compañeros permanentes, debe abrirse un espacio de debate adicional, para determinar, con plenas garantías, la reparación integral a la que tendría derecho la víctima de esas conductas dañosas", de modo que, los jueces de familia no pueden pasar por alto las evidencias de actos de maltrato al interior de trámites como el declarativo de existencia de unión marital de hecho. Incluso la Corte señala que el juez podrá fallar ultrapetita y extrapetita "para reparar efectivamente a las víctimas, tanto al interior del divorcio en el que se invoque la causal tercera (tratos crueles) como en el que se tramite la existencia de la unión marital de hecho, así en este último no deba esgrimirse ningún motivo para la disolución".

V. DIFICULTADES QUE SUSCITAN LOS INSTRUMENTOS DE REPARACIÓN.

Es cierto que el Código Civil colombiano no se ocupa en modo alguno de regular los supuestos de responsabilidad en las relaciones familiares, más allá de establecer, en los casos de nulidad del matrimonio, que «si hubo mala fe en alguno de los contrayentes, tendrá esta obligación de indemnizar al otro todos los perjuicios que le haya ocasionado» (Artículo 148). Pero el silencio del legislador no puede interpretarse como una excusa para que las personas que causan daños a la integridad de su pareja o de sus parientes, no asuman la obligación de reparar los daños infringidos.

Coincidimos con el criterio de Rueda (2020), en el sentido de que no hay obstáculo para impulsar la reparación integral de los perjuicios, como una pretensión más de la demanda en los procesos de familia, porque se dan los supuestos para la acumulación de pretensiones[21]. Sin embargo, el exhorto que realiza la Corte Constitucional al Congreso de la República también resulta pertinente porque como lo han respaldado estudios de políticas públicas contra la violencia intrafamiliar[22], se requiere de una articulación entre las medidas

21 Rueda, N.: "Violencias contra la mujer e intrafamiliar y responsabilidad civil por daño intrafamiliar en Colombia: a propósito de la sentencia SU-080 de 2020". *Revista de derecho privado*, 2020, núm. 39, p. 393.

22 Por ejemplo, estudios recientes destacan la multiplicidad de estrategias desde diferentes sectores, pero con una clara desarticulación son Bolívar Suárez, Y. y Gaviria Gómez, A. M.: "Política Pública sobre Violencia en el Noviazgo ¿asignatura perdida en Colombia?", *El Ágora USB*, vol. 21, núm. 1, 2021, pp. 358-365. También Rengifo Arias, C. G., Carmona Otálvaro, J. G. y Baena Vallejo, G. A.: "Análisis de las políticas públicas", cit., p. 98. Sin embargo, estudios menos actuales ya lo anticipaban, como el caso de Pineda Duque, J. y Otero

formativas, preventivas, correctivas y punitivas existentes. De modo que, en ejercicio de su potestad de configuración legislativa, no vendría mal una regulación del derecho fundamental a acceder a una reparación integral en los casos de violencia intrafamiliar, por medio de un mecanismo judicial justo y eficaz que respete los parámetros de debido proceso, plazo razonable y prohibición de revictimización.

La carencia de medidas legales efectivas para la protección y la reparación de la mujer víctima de violencia intrafamiliar, precisamente ha desencadenado que decisiones judiciales como la contenida en la Sentencia SU-080/020, "terminen por adoptar criterios que desbordan la naturaleza jurídica de ciertas instituciones, v.g., la obligación alimentaria, que fue considerada por la Corte Constitucional como una medida indemnizatoria, pese a que no es esa su naturaleza, por lo tanto, solicitar alimentos al compañero maltratador no va a satisfacer realmente el derecho de reparación de la mujer víctima de violencia por parte de su pareja"[23].

De otra parte, se encuentra una situación bastante común y es la falta de coordinación entre juzgados penales y civiles para adoptar medidas de protección, por ejemplo, cuando se tramitan de forma simultánea un proceso por violencia intrafamiliar o inasistencia alimentaria y una cesación de efectos civiles de matrimonio católico, nulidad, separación o divorcio[24]. Adicionalmente, la reparación integral no es solo una indemnización de índole monetaria, como puede pensarse al involucrar la obligación alimentaria como modo de reparación. También se requieren modalidades individuales de restitución y rehabilitación, según el caso específico de que se trate[25]. Por lo tanto, aún la intervención para buscar la reparación de las mujeres víctimas desde el campo civil requiere de una

Peña, L.: "Género, violencia intrafamiliar e intervención pública en Colombia", *Revista de estudios sociales*, núm. 17, 2004, pp. 19-31.

23 Castillo Yara, E.: "Evolución del concepto de familia desde la Constitución de 1991", *Vía Iuris*, núm. 32, 2022, pp. 1-40.

24 Al respecto, Borges Blázquez, R.: "Obligaciones estatales positivas de prevención y medidas de protección civiles para víctimas de violencia doméstica y de género. Una apuesta a favor de su regulación". Actualidad Jurídica Iberoamericana, núm. 13, 2020, pp. 916, señala que en España ocurre la misma situación a la que nos hemos referido. Incluso advierte que la determinación del régimen de custodia, visitas, comunicación y estancia con los hijos y régimen de prestación de alimentos, podrían entrañar medidas que se consideren oportunas ya sea para apartar al menor de un peligro o para evitarle perjuicios, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 158.4 del Código Civil.

25 Por ejemplo, Tardón Recio, B., Mateos Casado C. y Manuel Pérez, J. M.: "Atención sin daño, acompañamiento y reparación de las violencias sexuales contra las mujeres: hacia un modelo de respuesta crítico holístico", *methaodos revista de ciencias sociales*, vol. 10, núm. 1, 2022, p. 22. Consideran que "las acciones deben estar dirigidas a mitigar el impacto de la violencia sufrida y potenciar sus capacidades para hacer frente a las demandas de su propia vida. Para ello, deben ser atendidas todas las áreas solicitadas por la mujer, de manera coordinada, entre todos los equipos profesionales que intervienen en las diferentes fases. Incluyen: Vivienda o alojamiento seguro, teniendo en cuenta que la víctima puede querer buscar refugio en su domicilio o acceder a un alojamiento alternativo y protegido; desplazamientos acompañados y movilidad segura; Afianzamiento de las relaciones y vínculos familiares y comunitarios, devolviendo la sensación de pertenencia y humanidad; autocuidado y autoprotección de la víctima; restitución social a través de la defensa y garantía de sus derechos; y Plan de protección futuro.

planificación que garantice la seguridad de las víctimas, priorizando su bienestar en diferentes ámbitos de la vida que incluyan el psicológico y el social.

VI. CONCLUSIONES.

Del acercamiento a las mujeres víctimas de violencia intrafamiliar participantes en el estudio y del análisis del desarrollo dogmático previamente expuesto, podemos verificar que las víctimas se orientan principalmente a la búsqueda de la sanción de la conducta y la reparación en el proceso penal. De modo que, son orientadas a la denuncia del delito de violencia intrafamiliar, y que residualmente, se ve en el campo del derecho civil una alternativa para la reparación de los daños intrafamiliares. De igual forma, se evidencia que, aunque hay mecanismos judiciales en Colombia para hacer frente a la violencia intrafamiliar, estos aún no resultan claros.

Solo hasta el año 2020, mediante Sentencia SU-080/20 la Corte Constitucional zanjó la discusión sobre la posibilidad de interacción entre el derecho de familia y la responsabilidad civil, tanto en la doctrina como en la jurisprudencia. La alta Corte fijó un parámetro inicialmente para asegurar a la mujer víctima de violencia intrafamiliar, al interior de los procesos de cesación de efectos civiles de matrimonio católico o de divorcio, la posibilidad de tener acceso efectivo a una reparación del daño. Cuestión que se ha extendido a otros procesos de familia, como lo es la declaración de la existencia de unión marital de hecho, bajo la formulación de un incidente de reparación.

La violencia contra la mujer y la urgencia de su prevención y de respuesta efectiva por parte de la justicia, implica que los administradores de justicia puedan tomar las medidas necesarias en el marco de los procesos de familia que cursan en sus despachos, mejor aún si se encuentran articulados con los jueces penales. Sin embargo, optar por la obligación alimentaria como mecanismo de reparación, resulta inadecuado debido a sus características. Podría considerarse más bien, el pago de un emolumento conforme la tasación del daño y los fundamentos de la responsabilidad civil, porque la condición de víctima no coincide con la condición de vulnerabilidad económica, como si ocurre en los casos de los hijos menores de edad y en los de ascendentes que se encuentra en condición de vulnerabilidad manifiesta y el deudor cuenta con la posibilidad de asumir el pago de alimentos.

BIBLIOGRAFÍA

Barragán, F.: "Experiencia intersectorial, interinstitucional e interdisciplinaria para abordar el maltrato infantil y la violencia doméstica", en *Congreso Internacional de Derecho de Familia. Conflictos familiares, su prevención y tratamiento,* Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2002.

Bolívar Suárez, Y. y Gaviria Gómez, A. M.: "Política Pública sobre Violencia en el Noviazgo ¿asignatura perdida en Colombia?", *El Ágora USB*, vol. 21, núm. 1, 2021.

Borges Blázquez, R.: "Obligaciones estatales positivas de prevención y medidas de protección civiles para víctimas de violencia doméstica y de género. Una apuesta a favor de su regulación", *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 13, 2020.

Caro Herrero, G.: "Reflexiones sobre la concurrencia de violencia económica en el contexto de familia: impacto y mecanismos para su neutralización", *Revista Boliviana de Derecho*, núm. 32, 2021.

Castillo Yara, E.: "Evolución del concepto de familia desde la Constitución de 1991", *Vía Iuris*, núm. 32, 2022.

Castillo Yara, E., Salamanca Santos, M. P. y Solano de Ojeda, M. C.: "El trabajo remunerado de la mujer: factor generador de violencia intrafamiliar", en AA.VV.: Estudios Interdisciplinares de género (coord. por M. Del Pozo Pérez), Thomson-Aranzadi, Madrid, 2021.

De Verda y Beamonte, J. R. y Chaparro Matamoros, P.: "Responsabilidad por incumplimiento de los deberes conyugales", en AA.VV.: Responsabilidad civil en el ámbito de las relaciones familiares Pamplona (Ed. por J. R. De Verda y Beamonte), Thomson Reuters Aranzadi, 2012.

García Sánchez, B. Y. y Guerrero Barón, J.: "Elementos teóricos para una historia de la familia y sus relaciones de violencia en la transición entre finales del siglo XX y el siglo XXI", *Historia y memoria*, núm. 12, 2016.

Hernández Hidalgo, P.: *Violencia de pareja: crítica victimológica a la respuesta del sistema de justicia penal.* Tirant lo Blanch, Valencia, 2017

Pineda Duque, J. y Otero Peña, L.: "Género, violencia intrafamiliar e intervención pública en Colombia", *Revista de estudios sociales*, núm. 17, 2004.

PIZA, M.: "Estudios sobre la violencia intrafamiliar en Colombia: el tratamiento desde la perspectiva de salud física y mental", *Revista de Derecho, Comunicaciones y Nuevas Tecnologías*, núm. 33, 2014.

RENGIFO ARIAS, C. G., CARMONA OTÁLVARO, J. G. y BAENA VALLEJO, G. A.: "Análisis de las políticas públicas sobre violencia intrafamiliar en Colombia: Abordaje de acuerdo a la función y el sentido del fenómeno violento dentro la familia", *Interdisciplinaria,* vol. 36, núm. 2, 2019.

RUEDA, N.:

- "La violencia intrafamiliar como fuente de daño resarcible en Colombia", *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas-UPB*, vol. 48, núm. 128, 2018.

- "Violencias contra la mujer e intrafamiliar y responsabilidad civil por daño intrafamiliar en Colombia: a propósito de la sentencia SU-080 de 2020", *Revista de derecho privado*, núm. 39, 2020.

SANTANDER ABRIL, J., GONZÁLEZ PEÑA, A. P. y ROJAS BARRERO, S.: "Análisis de las Respuestas del Estado Colombiano Ante el Problema de Violencia Intrafamiliar en Colombia", *Documento de política*, núm.11, 2020.

SARDINHA L., MAHEU-GIROUX, M., STÖCKL, H., MAYER, S. R., GARCÍA-MORENO C.: "Global, regional, and national prevalence estimates of physical or sexual, or both, intimate partner violence against women in 2018", *The lancet*, núm. 399, 2022.

TARDÓN RECIO, B., MATEOS CASADO C. y MANUEL PÉREZ, J. M.: "Atención sin daño, acompañamiento y reparación de las violencias sexuales contra las mujeres: hacia un modelo de respuesta crítico holístico", *methaodos revista de ciencias sociales*, vol. 10, núm. 1, 2022.

ROL DEL PODER JUDICIAL, PRINCIPIO DEL PLAZO RAZONABLE Y DERECHO AL DEBIDO PROCESO DE LOS IMPUTADOS LIBRES

THE ROLE OF THE JUDICIARY, THE PRINCIPLE OF REASONABLE TIME AND THE RIGHT TO DUE PROCESS OF FREE DEFENDANTS

Rev. Boliv. de Derecho Nº 34, julio 2022, ISSN: 2070-8157, pp. 804-817

Javier ARMAS CÁRDENAS

ARTÍCULO RECIBIDO: 27 de enero de 2022
ARTÍCULO APROBADO: 30 de abril de 2022

RESUMEN: El estudio tiene como propósito determinar la manera en que los magistrados cumplen con el principio del plazo razonable y el derecho al debido proceso de los imputados libres. Esto en relación a que, muchas veces, los procesados esperan largos años sin que se lleve a cabo el juicio y las audiencias que puedan establecer la responsabilidad o no sobre hechos que se le imputan. Consideramos que el rol de los magistrados del Poder Judicial resulta fundamental para el restablecimiento y fortalecimiento de un Estado Constitucional de Derecho en la que se garanticen y se cumplan los derechos de todos sean inocentes o culpables. Al finalizar, se plantean propuestas y recomendaciones que le permitan a los jueces cumplir de manera óptima su delicada labor de administrar justicia.

PALABRAS CLAVE: Rol del Poder Judicial; derecho al debido proceso; principio del plazo razonable; imputados libres.

ABSTRACT: *The purpose of the study is to determine how judges comply with the principle of reasonable time and the right to due process of free accused. This in relation to the fact that, many times, the defendants wait long years without the trial and the hearings that can establish the responsibility or not on facts that are imputed to them. We believe that the role of the magistrates of the Judiciary is fundamental for the restoration and strengthening of a Constitutional State of Law in which the rights of all, whether innocent or guilty, are guaranteed and fulfilled. At the end, proposals and recommendations are made that allow judges to optimally carry out their delicate task of administering justice.*

KEY WORDS: Role of the Judiciary; right to due process; principle of reasonable time; free defendants.

SUMARIO.- I. PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN.- II. ROL DEL PODER JUDICIAL EN UN ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHO.- III. EL PRINCIPIO-DERECHO AL PLAZO RAZONABLE Y EL DERECHO AL DEBIDO PROCESO COMO POLÍTICAS PÚBLICAS.- IV. EL IMPUTADO LIBRE COMO SUJETO DE DERECHOS Y PROTECCIÓN.- V. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES.

I. PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN.

Desde la practica judicial y a partir de una observación empírica se aprecia que el derecho al debido proceso de los procesados libres se pone en peligro debido a la carga procesal por la que atraviesan los magistrados del Poder Judicial. A ello se suma la falta de personal y la logística requerida para programar el juzgamiento y la aplicación deficiente del principio del plazo razonable de los procesados libres en el periodo ya que a pesar del tiempo transcurrido siguen sin ser juzgados. Dichos magistrados no aplican criterios técnicos, estratégicos y de gestión procesal que le permita programar el juzgamiento de los procesados libres con lo cual la situación jurídica de los mismos queda incierta. Por su lado, los fiscales poseen limitaciones similares y dificultades a los jueces, por lo que el derecho al debido proceso y al principio del plazo razonable de los imputados queda en una situación de vulnerabilidad.

Ante ello, creemos que sin una administración de justicia eficaz, idónea y célere para investigar, resolver y juzgar los justiciables son los más perjudicados, puesto que un procesado o imputado muchas veces se pasa largo años sin que se resuelva su situación judicial. Ello le genera al justiciable una situación no solo de malestar sino de afectación emocional, laboral, familiar y social, pues vive con la espada de Damocles de no saber si será declarado inocente o culpable.

En ese sentido se aborda la trascendencia del rol de los magistrados del Poder Judicial en la consolidación de un Estado Constitucional de Derecho y de un sistema democrático igualitario y accesible para todos, que tenga como centro a la persona humana. Se exponen los alcances teóricos, doctrinales y jurisprudenciales del derecho al debido proceso, del. principio del plazo razonable y se asume al imputado libre como sujeto de protección y al principio del plazo razonable como una política pública a ser implementada por el Poder Judicial.

II. ROL DEL PODER JUDICIAL EN UN ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHO.

La construcción de un Estado de Derecho implica que su sistema, sus instancias, su normativa y sus entidades funcionen y se orienten por la supremacía

• Javier Armas Cárdenas
Abogado egresado de la Universidad César Vallejo. Actualmente laborando como Juez Supernumerario del Juzgado de Paz Letrado de la provincia de Bellavista, Corte Superior de Justicia de San Martín-Poder Judicial. Correo electrónico: javier.abg09@gmail.com.

constitucional como principio orientador[1]; no obstante, aun cuando esta sea una buena intención aceptada universalmente, su realización plena aun es una quimera, por lo que los mecanismos de control de la constitucionalidad[2] adquieren singular importancia ya que aportan en el soporte efectivo del mencionado Estado ideal. Para que este se produzca se requiere de controles de constitucionalidad operativos, funcionales, legitimados, asequibles que hagan viable la preponderancia de los derechos básicos (Siqueiros, 2009). En esa línea, Birgin y Gherardi sostienen que sociedad que se diga democrática debe brindar servicios jurídicos accesibles de quien no posee los medios para obtenerlos, más allá de los casos en que la libertad física de las personas esté en juego. Se trata de asegurar y garantizar un Estado Constitucional de Derecho a través de un Poder Judicial activo, propositivo y activista[3].

La vigencia de los derechos fundamentales recae en los magistrados del Ministerio Público y del Poder Judicial, quienes tienen que investigar (los primeros) y resolver y tomar una decisión (los segundos). Tarea nada fácil para ambos operadores de justicia. Más todavía cuando en países como el Perú, tenemos un rezago en el cumplimiento de los plazos procesales y desdén por el cumplimiento estricto de los principios procesales. A lo que se suma algo más grave: la poca práctica y familiaridad del juez para inaplicar una norma que a todas luces resulta contraria el espíritu y los valores de la Constitución[4]. El juez peruano no ha desarrollado una cultura jurídica constitucional relevante, significativa que denote que, en efecto, su compromiso mayor es con el Estado Constitucional de Derecho, con los valores que anima y promueve la Constitución y con los derechos básicos.

1 Un caso emblemático fue el que resolvió la Corte Europea de Derechos Humanos en el expediente Airey v. Irlanda, en 1979, en la resolución se señala: el objetivo de la Convención (Europea de Derechos Humanos) es garantizar la existencia de derechos prácticos y efectivos, y no teóricos o ilusorios (...) Esto es particularmente cierto con respecto al derecho al acceso a los tribunales, dada la importancia que las sociedades democráticas asignan a la garantía del debido proceso (...) La Corte concluye (...) que la mera posibilidad de presentarse ante el (Tribunal competente) no satisface el derecho del peticionante a un efectivo acceso. Es decir, para la Corte Europea de Derechos Humanos, acceder a un sistema de justicia y a un debido proceso de modo real, efectivo, práctico es una forma de verificar que estamos ante una sociedad democrática y un Estado Constitucional de Derecho.

2 Siqueiros (2009) plantea dos perspectivas diferentes de sistemas de control de constitucionalidad: 1) una política: ejercido por entidades políticas y sobre argumentos principalmente políticos; 2) otra jurídica: a cargo de órganos jurídicos basados en razones jurídicas. Los dos mecanismos se complementan, se necesitan la una a la otra, son complejas y necesarias al mismo tiempo.

3 La expresión activismo judicial comprende tanto el recurso estratégico a las instancias judiciales por parte de organizaciones e instituciones dedicadas al litigio por el bien común, como el mayor uso de las instancias judiciales y las estrategias legales por parte de las personas para canalizar sus demandas al Estado o a otros particulares. Correlativamente, esto conlleva a la creciente disposición de las instancias judiciales de aceptar ese rol de limitador de los restantes poderes del Estado (Birgin, H. y Gherardi, N.: *La garantía de acceso a la justicia: aportes empíricos y conceptuales*, Argentina, 2009).

4 Esto ocurre a pesar que es la propia Constitución la que en su art. 138° faculta a los jueces a aplicar la Constitución si una norma es incompatible con ella. Las evidencias y la práctica laboral nos revelan que los jueces son más dados a cumplir una norma y a avalarse en ella que sustentarse en la Constitución, que a pesar de que saben que es la Norma Suprema, termina siendo declarativa, poco efectiva y una idea sabida, más no practicada. Esto conlleva a otra problemática: la de saber por qué los jueces peruanos son renuentes a ejercer control constitucional, a hacer prevalecer la Constitución, a hacerla operativa, funcional y realizable. Consideramos que esta constatación es materia para posteriores análisis y estudios.

Se trata, en el caso peruano, de un juez muy básico, ritualista, legalista y poco audaz para salirse de esos cánones y de esas costumbres.

Ello ocurre a pesar de que la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, CIDH, ha reconocido de manera reiterada la importancia del rol y las funciones que cumplen los operadores del Derecho en la vigencia de los derechos humanos[5], pues como funcionarios encargados de impartir justicia, les corresponde investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos básicos (Informe sobre la situación de las defensoras y defensores de derechos humanos en las Américas, OEA). Lo que quiere decir que la vigencia de los derechos y libertades en una democracia requiere un orden jurídico e institucional en el que las normas prevalezcan sobre la voluntad de los gobernantes y los particulares, y en el que exista un efectivo control judicial de la constitucionalidad y legalidad de las acciones del poder político o estatal (CIDH, 2013).

Para la CIDH la labor de defensa y protección de los derechos fundamentales que desarrollan los jueces, procuradores, defensores públicos, operadores de justicia y fiscales es de suma trascendencia en la formación de una cultura de los derechos humanos (Segundo informe sobre la situación de las defensoras y los defensores de derechos humanos en las Américas, OEA, 2011).

La Organización de Naciones Unidas también ha remarcado la labor de los magistrados y operadores de justicia señalando que estos aportan a que se obtenga el acceso efectivo a la justicia pues desarrollan un esfuerzo significativo en un proceso para que se imparta justicia de modo autónomo y así garantizar así los derechos de los afectados, puede decirse que actúan como defensores de los derechos fundamentales (Relatora Especial sobre la cuestión de Defensores de la Organización de Naciones Unidas. Folleto nº 29).

Si bien la comunidad jurídica internacional reconoce la encomiable labor que realizan los magistrados en sus respectivos despachos, también reconocen que en varios Estados de América Latina -Perú no es la excepción- desempeñan sus labores en ausencia de garantías que permitan una labor independiente, tanto en un nivel personal como institucional. Dicha debilidad se manifiesta en una serie de intervenciones de parte de poderes estatales y empresas privadas que ocasionan límites de iure o de facto para las personas que quieren acceder a la justicia las cuales están relacionadas a la falta de políticas institucionales que no acepten las presiones que pueden provenir de otros poderes públicos o instituciones estatales,

5 La CIDH en sus diversos pronunciamientos e informes ha manifestado que las juezas y los jueces son los principales agentes del Estado para lograr la protección de los derechos humanos en un Estado Constitucional de Derecho, así como del debido proceso que debe observarse cuando el Estado puede establecer una sanción (Informe sobre la situación de derechos humanos en Venezuela, OEA/Ser.L/V/II.118, Doc. 4 rev. 1., 24 de octubre de 2003, párr. 150).

así como en la ausencia de procedimientos pertinentes para nombramiento y selección y de garantías debidas en los procedimientos de carácter disciplinario (Informe Garantías para la independencia de las y los operadores de justicia. OEA, 2013).

La CIDH en sus visitas in loco a los países de América Latina ha observado, como así lo mencionado en el antedicho Informe, que se mantienen rasgos funcionales u organizativos al interior de las instancias de justicia que debilitan un rol imparcial, como lo son la falta de provisión de recursos materiales y logísticos pertinentes; así como fuentes externas a las instancias judiciales que afectan la autonomía de los magistrados: la corrupción y la ausencia de protección frente a presiones de los sectores como el crimen organizado y las entidades privadas[6] que limitan el acceso a la justicia a todos por igual.

En ese sentido, Cappeletti y Garth (1978) recuerdan las dos dimensiones de la definición de acceso a la justicia. Se trata, en primer lugar, de un aspecto normativo referido al derecho igualitario de todas las personas a hacer valer sus derechos por ley reconocidos. En segundo lugar, un aspecto fáctico que se refiere a lo relacionado con los procedimientos orientados a asegurar el ejercicio del acceso a la justicia. Desde esta postura, el acceso a la justicia supone el derecho a exigir por medio de los mecanismos institucionales la protección de un bien jurídico. Es por ello que la labor del juez no solo se agota en la interpretación y la aplicación de la ley, sino además en la interpretación y la asignación de la labor que le corresponde al Estado y a la sociedad en aras de cumplir el anhelado art. 1 constitucional: La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y el Estado. Es decir, el juez es un operador efectivo, competente y concreto para la plenificación de un Estado Constitucional de Derecho y la vivencia de la democracia[7].

Todo lo expuesto implica el acceso a un Poder Judicial apto y probo para resolver los asuntos que se presentan en la vida diaria de los justiciables. Es decir,

6 Aunque ya desde anteriores Informes la CIDH daba cuenta de la preocupante situación de los Estados por otorgar garantías para el desarrollo oportuno de los procesos judiciales y ofrecer a los operadores de justicia los insumos y herramientas necesarias que le permitan a los justiciables acceder a la justicia y al debido proceso sin mayores inconvenientes. Véase entre otros los Informes: Informe Anual 2011, Capítulo IV. Venezuela, párr. 447 a 475, y Cuba, párr. 211 a 227; Informe Anual 2010. Capítulo IV. Colombia, párr. 220 a 226; Observaciones preliminares de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sobre su visita a Honduras realizada del 15 al 18 de mayo de 2010, OEA/Ser.L/V/II. Doc. 68, 3 junio 2010, párr. 77 a 86; Observaciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sobre su visita a Haití en abril de 2007. OEA/Ser.L/V/II.131, doc. 36, 2 marzo 2008, párr. 24 a 30; y Segundo informe sobre la situación de los derechos humanos en el Perú, OEA/Ser.L/V/II.106. Doc. 59 rev.2 junio 2000, párr. 1 a 5.

7 Son muchas las expectativas sociales y constitucionales puestas en el Poder Judicial, y está bien que así lo sean. No obstante, esta debe estar acompañada con una decisión integral y transversal a todo el Estado. El que haya acceso a la justicia, un plazo razonable y el respeto de los derechos no es solo un asunto solo del Poder Judicial, sino de todo el Estado en su conjunto y de una sociedad vigilante y cooperante para que ello sea así. Por ello se requiere que el acceso a la justicia, el cumplimiento del plazo razonable, el derecho al debido proceso y el reconocimiento de los condenados como sujetos de derechos deben ser asuntos presentes en la discusión de la agenda política y democrática del país.

acceder a la denominada administración de justicia implica el acceso a un sistema judicial o al medio institucionalizado competente para atender una demanda; el acceso a un servicio oportuno, transparente, célere y a una decisión emitida en un plazo razonable[8].

III. EL PRINCIPIO-DERECHO AL PLAZO RAZONABLE Y EL DERECHO AL DEBIDO PROCESO COMO POLÍTICAS PÚBLICAS.

Cuando hacemos referencia al término principio[9], nos basamos en la propuesta de la teoría de los principios planteado por Alexy (2003). Para el autor alemán, los principios son mandatos de optimización[10] que exhiben la dimensión de la valía del caso. Es decir, que los principios cuenten con una dimensión de la valía implica que cuando estos resultan contradictorios, quien tenga que resolver el asunto debe considerar cuál es la valoración relativa de cada uno de ellos en relación con las especiales circunstancias del hecho. No obstante, esto no supone que deba declararse inválido el principio que resulta desplazado o que haya que introducírsele una nueva cláusula de excepción; sino que lo que sucede es que, bajo estos hechos, uno de los principios debe preceder al otro[11].

En ese sentido, el principio del plazo razonable debe responder al aseguramiento, por parte del juez, de que el caso deba ser asumido por su peso o importancia. Ello no quiere decir que un caso sea más importante que el otro o que uno tenga más peso que el otro, sino que desde su rol como juez no puede dejar que su trabajo no sea óptimo y cumpla con las expectativas de los justiciables que con lógico sentido esperan que su caso se resuelva lo más pronto posible, o por lo menos dentro del plazo establecido.

8 Anderson, M.: "Access to Justice and the Legal Process: making legal institutions responsive to poor people in Idcs", *IDS Working Paper*, 2003.

9 Cabe mencionar que los principios deben ser diferenciados de las directrices. Las directrices son normas que correlacionan un supuesto de hecho abierto con una solución jurídica también abierta, esto es, la consecución de un estado de cosas u objetivo pasible de ser cumplido en diferentes grados. Mientras que los principios son normas que correlacionan un supuesto de hecho abierto con una solución jurídica cerrada, es decir, que califican deónticamente a una acción cierta o determinada (Atienza, M. y Ruiz, J.: *Las piezas del derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*, Ariel, Barcelona, 1996).

10 Alexy, R.: *Tres escritos sobre los derechos fundamentales y los principios*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2003, señala que se deben precisar los alcances del mandato a optimizar y el mandato de optimización. En este caso, consideramos que el juez debe, por un lado, disponer en su despacho un mandato a optimizar los resultados y las decisiones de los procesos; y, por otro lado, él mismo debe verse, así como la personificación de la justicia que si tarda no es justicia, y, por lo tanto, tiene el mandato de optimización en sus labores.

11 Contrario a la propuesta argumentativa de Alexy es la de Atienza, M. y Ruiz, J.: *Las piezas del derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*, cit. Estos autores señalan que el criterio de optimización resulta incompleto o distorsivo ya que existen algunos principios que son de carácter absolutos o imponderables, es decir, que no pueden ser desplazados en favor de otros principios bajo ninguna circunstancia. Un ejemplo al respecto sería el principio de respeto a la dignidad humana. Decir que una acción justificada es contraria a la dignidad humana parece ser un oxímoron. Es que el principio de respeto a la dignidad humana es utilizado en un meta-nivel con el solo efecto de justificar la validez de los demás derechos básicos. Es por ello que tiene carácter de imponderable; pues, sus fundamentos son reconducidos a través de los derechos fundamentales que él mismo se encarga de justificar (de Fazio, F.: "La teoría de los principios. un estado de la cuestión", *Lecciones y Ensayos*, núm. 100, 2018).

El principio del plazo razonable forma parte del derecho al debido proceso y a la tutela jurisdiccional efectiva consagrada en el art. 139 de la Norma Suprema, y busca, por todos los medios legales y reconocidos salvaguardar la dignidad humana. En ese sentido, hay quienes señalan que el plazo razonable es además un derecho[12], pues se constituye en una expresión implícita del derecho al debido proceso, por lo que puede ser exigido en cualquier momento del proceso de modo independiente, como una forma de impulsar el proceso, pero a la vez de encontrar justicia, de saber la verdad, y de ser el caso, recibir una reparación o indemnización.

La reflexión de la doctrina y el desarrollo de la jurisprudencia ha generado que el plazo razonable será reconocido a nivel mundial como un derecho básico. Así lo incluye la Declaración Americana, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la Declaración Universal de los Derechos Humanos (art. 10); el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 6.1), la Convención sobre los Derechos del Niño (art. 6.1), la Convención de Belém do Pará (arts. 3 y 4), y el Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales de 1950 (art. 6.1). Este reconocimiento legal obliga a los Estados que han suscrito dichos tratados o convenios internacionales a asegurar su respeto y vigencia.

El Estatuto del Juez Iberoamericano señala que los magistrados deben asegurar que los procesos a su cargo se definan en un plazo razonable. En todo caso, sancionarán las acciones dilatorias o las que sean contrarias a la buena fe procesal de las partes (art. 42). Aun cuando se aprecia que el derecho a un plazo razonable está debidamente motivado en la doctrina y amparada en la normativa, creemos que, si el juez no cuenta con las condiciones físicas, materiales, logísticas y de personal para cumplir con su labor, muy poco podrá hacer para cumplir con el plazo razonable. No se trata de voluntarismo de parte del juez o que este tenga las buenas intenciones de cumplir con las metas y plazos, sino que se trata de asumir el plazo razonable como una política pública.

Es decir, si el Estado, y el Poder Judicial en particular, no asume que cumplir con el plazo razonable es un asunto de política pública, o dicho en otros términos de una decisión institucional que requiere inversión y presupuesto, pues su labor seguirá siendo criticada y deslegitimada ante la opinión pública. Creemos que el plazo razonable debe ser asumido como parte de una política pública antidiscriminatoria que obliga a los operadores de justicia, a cada una de las instancias judiciales y a todos los que hacen uso del sistema de justicia: abogados, fiscales, recurrentes. Por tanto, se requiere que el Poder Judicial exija la asignación de presupuestos

12 Amado, A.: "El derecho al plazo razonable como contenido implícito del derecho al debido proceso: Desarrollo jurisprudencial a nivel internacional y nacional", *Revista Internauta de Práctica Jurídica*, núm. 27, 2011.

necesarios que le permita cumplir con sus metas, labores y resolución oportuna de los casos, los cuales inciden sobre el goce y ejercicio de los derechos de quienes confían en una administración de justicia.

Amado (2011) sostiene que el derecho a ser juzgado en plazo razonable es parte implícita del derecho al debido proceso. Hablar de un debido proceso es verificar la observancia de principios y garantías básicas, el cual concluye en una decisión justa, razonable, proporcional y un proceso equitativo. Por su lado, el Estatuto del Juez Iberoamericano, establece que los magistrados están obligados a cumplir el debido proceso, ya que son garantes de los derechos de los procesados y, sobre todo, debe velar por otorgarles un trato igual que evite cualquier desequilibrio originado por la diferencia de condiciones y toda situación de indefensión (art. 39).

Al mismo tiempo, un debido proceso implica el respeto de una cadena de principios y garantías como garantías, el derecho a la defensa, el principio de igualdad de armas, de contradicción, publicidad, aceleración procesal y de presunción de inocencia[13]. Estamos refiriéndonos pues a la piedra de toque de todo el andamiaje denominado administración de justicia, y para que no quede solo en una buena intención es que creemos que debe ser asumido como una política pública, que le permita al Poder Judicial contar con todas las condiciones para cumplirlo y respetarlo.

IV. EL IMPUTADO LIBRE COMO SUJETO DE DERECHOS Y PROTECCIÓN.

Consideramos que los magistrados deben asumir el enfoque del imputado libre como sujeto de derechos y protección. Esto significa que debe garantizarle el pleno respeto de sus derechos y asegurar, desde su labor jurisdiccional, el cumplimiento de los principios procesales.

Para ello, le puede ser útil a los magistrados recordar los Principios Básicos de las Naciones Unidas (1985) relativos a la Independencia de la Judicatura, el cual señala las garantías básicas a cumplirse para asegurar la autonomía en la función judicial. En 1989, las Naciones Unidas aprobó los Procedimientos para la aplicación efectiva de los Principios Básicos (1989), el cual establece que los Estados adoptarán en sus sistemas judiciales los Principios sobre la independencia judicial con arreglo a lo previsto en sus procedimientos constitucionales y en la práctica jurídica de cada país.

No está demás mencionar los Principios de Bangalore (2002) aprobados por el Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas, el cual señala lo gravitante de contar con un Poder Judicial competente, independiente e imparcial a fin de

13 Bandrés, J.: *Derecho fundamental al proceso debido y el Tribunal Constitucional*, Arazandi, Pamplona, 1992.

asegurar la protección de los derechos fundamentales y el Estatuto Universal del Juez (Unión Internacional de Magistrados, 1999) y el Estatuto del Juez Iberoamericano (Consejo General del Poder Judicial Español, 2001), aprobados con el fin de que magistrados y fiscales cumplan con las garantías de independencia e imparcialidad judicial.

El enfoque del imputado libre como sujeto de derechos y protección debe ir acompañado de una decisión política e institucional de parte del Poder Judicial y del Estado en general. Esta decisión debe materializarse en la asignación de partidas presupuestales suficientes para el desarrollo de sus funciones. Han sido diversas entidades internacionales y las veces que le han recordado al Estado la obligación de:

- dotar de recursos adecuados para que los jueces se desempeñen de modo óptimo (CIDH, Principios básicos relativos a la independencia de la judicatura);

- estipular montos suficientes para posibilitar que cada juzgado funcione sin una excesiva carga procesal (Declaración de Beijing sobre los Principios relativos a la independencia de la judicatura);

- establecer criterios objetivos que posibiliten aumentar, cuando sea necesario, el monto del presupuesto con el objeto de asegurar que se dispongan siempre de los recursos suficientes. Cumplir de modo independiente, adecuado y eficiente con su función (DeJusticia, 2013);

- no reducir los presupuestos para la labor judicial, ya que su reducción puede limitar la labor de administrar justicia y generar retrasos injustificados (Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Segundo informe sobre la situación de las defensoras y los defensores de derechos humanos en las Américas. OEA, 2011);

- regular y asegurar los presupuestos necesarios para cumplir con la función de proteger y garantizar el derecho de la tutela jurisdiccional efectiva, el cual deben ser elevados permanentemente. En todo cambio relacionado con dicho presupuesto debe preverse un procedimiento de participación de la instancia correspondiente y debe asegurarse que pueda por sí misma o a través de su representante encargarse del manejo de su presupuesto (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2013);

- proveer los medios materiales y humanos pertinentes en los puestos de trabajo de los operadores judiciales, así como durante las diligencias que realicen permite fortalecer su labor. Al conocer los operadores de justicia que

> cuentan con las condiciones adecuadas para desarrollar de modo efectivo sus labores, se fortalece que no sean objeto de presiones o de corrupción, a diferencia de cuando reconocen de antemano que no podrían realizar sus labores de modo efectivo por no tener los recursos técnicos o humanos necesarios. La asignación de recursos técnicos y humanos pertinentes supone a su vez, un reconocimiento estatal a la importante función que realizan, la cual es necesario en el aseguramiento del derecho de acceso a la justicia para los afectados de violaciones a derechos fundamentales (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2013).

Una forma de verificar que en efecto estamos ante un Estado Constitucional de Derecho y vivenciando una democracia plena es cuando al imputado se le reconozca como un sujeto de derechos y protección. Ello implica que dicho imputado ejerza la igualdad procesal, se cumpla con resolver su caso en un plazo razonable y se respete el derecho al debido proceso; además de todas las garantías asignadas para él en la Norma Suprema y en el Código Procesal Penal[14].

V. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES.

A nivel universal y regional se cuenta con diversos instrumentos y normas orientativas que permiten fortalecer el rol del Poder Judicial en un Estado Constitucional de Derecho. El desafío sigue siendo que los Estado asuman con decisión política y económica el cumplimiento de dichos instrumentos.

El Poder Judicial resulta un órgano garante de un Estado Constitucional de Derecho y la vigencia y vivencia de los valores democráticos y constitucionales. En ese sentido, se requiere que sus miembros se asuman como protagonistas y activistas, desde su rol judicial, de una nueva cultura democrática, jurídica y constitucional.

Los jueces en su práctica procesal deben asumir el enfoque del imputado libre como sujeto de derechos y protección. Ello lo obliga a garantizarle el pleno respeto de sus derechos y asegurar el cumplimiento de los principios procesales. Un juez debe saber y asumirse como garante de un Estado democrático de Derecho.

El principio del plazo razonable debe ser asumido por el Poder Judicial como una política pública orientadora de su política institucional, de tal modo que se

14 Como señala Vega, C.: "Agraviado e imputado y el principio de igualdad procesal en el derecho penal peruano alternativas normativas", 2018. Universidad Daniel Alcides Carrión. Recuperado de http://repositorio.undac.edu.pe/bitstream/undac/1687/1/T026_73858418_T.pdf, desde el Derecho comparado casi todos los países de nuestra región cuentan hace ya algunos años con códigos de proceso penal modernos: Argentina, Bolivia, Colombia, Costa Rica, Chile, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Honduras, Paraguay y Venezuela. Dichos países han adecuado su legislación a los estándares mínimos que establecen los Tratados Internacionales de Derechos Humanos (Declaración Universal de los Derechos humanos, Convención Americana de Derechos humanos y Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos).

asegure asignación de recursos, presupuestos, logística y personal necesario a los juzgados e instancias judiciales con el propósito de que puedan cumplir con sus metas y tareas.

El reconocimiento del imputado libre como sujeto de derechos y protección, el cumplimiento del plazo razonable y el respeto al derecho al debido proceso deben ser asuntos de la discusión en la agenda, no solo jurídica y judicial, sino además en la agenda política, social y democrática del país. Estos derechos y principios deben dejar de ser asumidos como ideales, buenos deseos o metas a alcanzar a un largo plazo, más por el contrario, deben ser integrados como parte de la labor judicial, política y estatal desde una estrategia de evaluación por resultados. Cuando esto ocurra es que podemos advertir que se empieza a vivir un Estado Constitucional de Derecho.

Para que el modelo acusatorio garantista que el Perú ha asumido funcione se requiere de operadores judiciales y jurídicos que cautelen y protejan las garantías y derechos de todos los implicados en el proceso, en particular del imputado. Este sujeto procesal cuenta con la protección del art. 71 del Código Procesal Penal de 2004 llamado tutela de derechos, la que se pedirá al juez de garantías cada vez que crea que sus derechos son conculcados.

BIBLIOGRAFÍA

ALEXY, R.: *Tres escritos sobre los derechos fundamentales y los principios*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2003.

AMADO, A.: "El derecho al plazo razonable como contenido implícito del derecho al debido proceso: Desarrollo jurisprudencial a nivel internacional y nacional", *Revista Internauta de Práctica Jurídica*, núm. 27, 2011.

ANDERSON, M.: "Access to Justice and the Legal Process: making legal institutions responsive to poor people in Idcs", *IDS Working Paper*, 2003.

ATIENZA, M. y RUIZ, J.: *Las piezas del derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*, Ariel, Barcelona, 1996.

BANDRÉS, J.: *Derecho fundamental al proceso debido y el Tribunal Constitucional*, Arazandi, Pamplona, 1992.

BIRGIN, H. y GHERARDI, N.: *La garantía de acceso a la justicia: aportes empíricos y conceptuales*, Argentina, 2009.

CAPELETTI, M. y GARTH, B.: *El acceso a la justicia. La tendencia en el movimiento mundial para hacer efectivos los derechos*, Fondo de Cultura Económica, México, 1978.

DE FAZIO, F.: "La teoría de los principios. un estado de la cuestión", *Lecciones y Ensayos*, núm. 100, 2018.

RUIZ, J.: "Rule of Law y ponderación. Un límite de la ponderación y una insuficiencia de su teoría estándar", Conferencia dictada en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires el día 12 de abril de 2016. Recuperado de http://www.derecho.uba.ar/institucional/deinteres/2016–ruiz–manero–rule–of–law–y–ponderacion.pdf.

SEQUEIROS, I.: "El ejercicio de control de constitucionalidad por los jueces peruanos", *Poder Judicial: Revista Oficial,* Lima, año 3, núm. 5, 2009.

VEGA, C.: "Agraviado e imputado y el principio de igualdad procesal en el derecho penal peruano alternativas normativas", 2018. Universidad Daniel Alcides Carrión. Recuperado de http://repositorio.undac.edu.pe/bitstream/undac/1687/1/T026_73858418_T.pdf.

FUNDAMENTOS IUS FILOSÓFICOS DEL DERECHO A UNA MUERTE DIGNA PARA PERSONAS CON ENFERMEDADES TERMINALES EN EL PERÚ

PHILOSOPHICAL FOUNDATIONS OF THE RIGHT TO A DIGNIFIED DEATH FOR PEOPLE WITH TERMINAL ILLNESSES IN PERU

Rev. Boliv. de Derecho Nº 34, julio 2022, ISSN: 2070-8157, pp. 818-837

Jorge CARO MELÉNDEZ

ARTÍCULO RECIBIDO: 25 de febrero de 2022
ARTÍCULO APROBADO: 30 de abril de 2022

RESUMEN: En este artículo se plantean los fundamentos filosóficos, jurídicos y éticos del reconocimiento del derecho a una muerte digna para personas con enfermedades terminales, ello previo a la necesaria discusión integral sobre el derecho a la libertad, autodeterminación, autonomía y dignidad humana que el asunto plantea.

PALABRAS CLAVE: Derecho a una muerte digna; libertad; autodeterminación; autonomía; dignidad humana.

ABSTRACT: *This article raises the philosophical, legal and ethical foundations of the recognition of the right to a dignified death for people with terminal illnesses, prior to the necessary comprehensive discussion on the right to freedom, self-determination, autonomy and human dignity that the issue raises.*

KEY WORDS: Right to a dignified death; freedom; self-determination; autonomy; human dignity.

SUMARIO.- I. INTRODUCCIÓN.- II. FUNDAMENTOS JURÍDICOS QUE SOSTIENEN EL DERECHO A UNA MUERTE DIGNA PARA PERSONAS CON ENFERMEDADES TERMINALES.- III. FUNDAMENTOS FILOSÓFICOS, ÉTICOS Y MORALES QUE SOSTIENEN EL DERECHO A UNA MUERTE DIGNA PARA PERSONAS CON ENFERMEDADES TERMINALES.- IV. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES.

I. PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN.

El presente trabajo tiene como propósito sustentar los fundamentos *ius* filosóficos del reconocimiento del beneficio a una muerte digna para quienes tengan enfermedades terminales en el Perú. Esta propuesta de investigación surge de la inquietud por profundizar en las dimensiones jurídicas, filosóficas y éticas que el tema provoca, la cual no está exenta de críticas, puntos controversiales y discrepancias. Sin embargo, consideramos que resulta necesario abrir una discusión académica, científica y política al respecto, a fin de que se pueda dilucidar la posibilidad de reconocer el beneficio a una muerte digna para quienes tengan enfermedades terminales en el Perú.

Si bien la Constitución reconoce el derecho a la vida de todas las personas, así como las leyes, en especial el Código Penal, que protege este derecho prohibiendo toda afectación a la vida humana e imponiendo las más severas penas a quien quita la vida a otro. No obstante, recientemente algunas propuestas legales han planteado la discusión sobre la aprobación de la eutanasia. Para ello se platean las siguientes cuestiones que serán materia del análisis del presente estudio:

1. ¿Cuáles son los fundamentos jurídicos que sostienen el beneficio a una muerte digna para quienes tengan enfermedades terminales?

2. ¿Cuáles son los fundamentos filosóficos que sostienen el beneficio a una muerte digna para quienes tengan enfermedades terminales?

3. ¿Cuáles son los fundamentos éticos y morales que sostienen el beneficio a una muerte digna para quienes tengan enfermedades terminales?

En ese sentido, el estudio asume una trayectoria metodológica que asegura la pertinencia y confiabilidad de los argumentos. Para ello se identifica un tipo y diseño de estudio, un enfoque y diversas técnicas del análisis de fuente documental que otorgan validez en la sistematización de la información obtenida, evitando sesgos de cualquier tipo. Por tanto, se trata de un estudio debidamente justificado en

• Jorge Caro Meléndez
Abogado-Licenciado en Educación-Maestro en Gestión Pública. Maestro en Derecho Constitucional y Derechos Humanos de la Universidad César Vallejo-Tarapoto-Perú. Doctorando en Derecho. Conciliador Extrajudicial Especializado en Familia-Árbitro Nacional e Internacional. Correo electrónico: abogadojcaro@gmail.com.

su importancia y relevancia teórico, social y jurídico sobre un tema tan polémico como controversial: el beneficio a morir dignamente.

II. FUNDAMENTOS JURÍDICOS QUE SOSTIENEN EL DERECHO A UNA MUERTE DIGNA PARA PERSONAS CON ENFERMEDADES TERMINALES.

Resulta compleja y amplia la discusión en torno a considerar el beneficio a una muerte digna, la cual va más allá de la eutanasia. Es por ello que planteamos la fundamentación jurídica sobre este posible reconocimiento en relación a dos aspectos: 1) los cuidados paliativos y 2) la libertad y autonomía del paciente.

Respecto a los cuidados paliativos, para el caso específico de enfermedades que generan dolor y sufrimiento como efecto de enfermedades crónicas en fase terminal, el 2018 se aprobó la Ley 30846, Plan Nacional de cuidados paliativos para enfermedades oncológicas y no oncológicas, que tiene como propósito ofrecer los cuidados paliativos a quienes así lo requieran, a través de la atención de sus necesidades físicas, psicológicas, espirituales y sociales con el soporte emocional en el ámbito familiar.

Es decir, el Estado asume los cuidados paliativos como una política pública, sustentada en principios bioéticos y normativas éticas, el cual debe ser apropiada, disponible, accesible, educativa e implementada a todas las instancias de la atención de la salud, ello con el fin de brindar una atención integral y holística a quienes tengan enfermedades severas que limitan su vida y que por lo mismo buscan generar un efecto en su calidad de vida, en su bienestar y aliviar su sufrimiento, reconociendo la dignidad humana y la muerte como un proceso natural.

El Plan Nacional de cuidados paliativos señala que este tipo de cuidado brinda una serie de beneficios: evitar el ingreso a Unidad de Cuidados Intensivos de pacientes en la etapa final de la enfermedad, permitiendo la compañía familiar, evitando el uso de tratamientos complejos, costosos y aún más dolorosos pues lo que estos ocasionan es prolongar agonías, sufrimientos y gastos económicos. En ese sentido, queda claro para la norma que la eutanasia no es sinónimo de muerte digna, sino lo que plantea y regula la norma es que toda persona tenga el beneficio a una muerte digna a través de cuidados paliativos, en cualquier circunstancia en que esta sea necesaria.

Dado que los cuidados paliativos se aplican al final de la vida y en circunstancias en las que se toman decisiones delicadas, complejas y dolorosas para el paciente y su familia, cualquier decisión que se tome al respecto genera impactos no solo jurídicos, sino además económicos, emocionales, sociales y familiares. Toda la discusión gira en torno a la dignidad de la vida y a considerar la opción de morir dignamente.

Los médicos también cuentan con una normativa propia que establece que no se debe promover el sufrimiento en las terapias. Para lo cual no se debe adoptar terapias desproporcionadas según sea el caso. El médico debe promover el respeto a la voluntad del paciente en relación al cuidado de su salud y no debe realizar acciones cuyo fin sea la muerte del sujeto (Código de Ética y Deontología del Colegio Médico del Perú, art. 72).

En relación a la libertad y autonomía del paciente, este resulta uno de los aspectos más debatibles y controversiales sobre el reconocimiento a una muerte digna. ¿Estará enfrentada la libertad a la vida o viceversa? ¿Debe prevalecer la libertad sobre la vida o viceversa? ¿qué tan libre somos sobre la vida y sobre la muerte? A fin de ceñirnos a una discusión jurídica nos ubicaremos desde los valores que promueve un Estado Constitucional de Derecho.

A lo largo de los últimos siglos el constitucionalismo liberal ha convencido a la humanidad de que el individuo y la persona están por encima del Estado y de la sociedad y que el reconocimiento de la libertad se constituye en uno de los pilares imprescindibles de toda civilización humana. Es por eso que hoy en día no es admisible los abusos de poder estatal ni de ninguna autoridad que quiera imponerse sobre la persona si esta no se encuentra legitimado y regulado. Los límites del poder y del Derecho han quedado establecidos como valores esenciales de un Estado Constitucional. No obstante, también se ha asumido que no existen derechos absolutos y que estos serán relativos en cuanto no dañen, perturben o afecten al bien común y al interés público. Sopesar ambas perspectivas y llegar a un equilibrio de criterios resulta siempre complejo.

Si bien la Constitución Política reconoce el derecho a la vida de toda persona, así también las leyes, en especial el Código Penal, protege este derecho prohibiendo toda afectación contra la vida de cualquiera, imponiendo penas graves a quien quita la vida a otra persona. Es así que el art. 112° del Código Penal lo tipifica como homicidio piadoso cuando el que por razones piadosas mata a un enfermo incurable que le pide de modo consciente para poner fin a sus intolerables sufrimientos, será sancionado con pena privativa de libertad no mayor de tres años. Consideramos que la postura del Código Penal no deja de ser estatista y contrario a la voluntad de su titular, toda vez que prima la decisión del Estado de proteger la vida de quien considera que lo que vive ya no resulta digno y tolerable a su capacidad de resistir al dolor.

De otro lado, el Reglamento de la Ley 29414, en su art. 16° reconoce la voluntad del paciente para aceptar o no, o continuar o no un tratamiento médico, siempre que sepa de la terapia contra la enfermedad, lo que no supone el abandono de los cuidados, programas de acompañamiento y cuidados paliativos. Este reconocimiento calza con la postura kantiana de que el Estado ni la sociedad no

deben instrumentalizar a las personas, ni tratarlas como medios, sino como fines en sí. El reconocimiento de esa dignidad pasa por un reconocimiento pleno de su libertad, autodeterminación y autonomía. Ello implica que la persona sea capaz de asumir decisiones sobre sí mismas, la que supone aceptar o no ciertas condiciones que puedan incidir sobre sus derechos y voluntad.

El reconocimiento de la libertad, autodeterminación y autonomía considera que el Estado no debe entrometerse en la esfera privada e íntima del sujeto, más aún cuando su vida corre peligro y resulta para él insostenible, por lo que reprimir una conducta que contribuye al propósito de la libertad, autodeterminación y autonomía resulta incongruente con los valores de un Estado Constitucional de Derecho. Ello no supone hacer de la libertad, autodeterminación y autonomía derechos absolutos, sino que de lo que se trata es que no prime la voluntad del Estado paternalista sobre el de la persona.

Cabe ahondar más todavía sobre la autonomía. Este bien jurídico resulta un presupuesto insustituible para ejercer una vida digna y como tal, contrarresta el planteamiento proteccionista del Código Penal cuando este considera la vida como una mera entidad biológica, sin considerar sus circunstancias, la autonomía de las personas y la dignidad humana, derecho y principio que está por encima de todo; por lo que el Código Penal no está protegiendo la dignidad humana ni la vida en sí, la que se sustenta en la libertad y la dignidad. En ese sentido, el art. 112° del Código Penal resulta contrario al espíritu de un Estado Constitucional de Derecho, ya que la vida es un bien relacionado a la dignidad humana, su libertad y autonomía. La vida no debe entenderse, como lo hace el Código Penal, como una mera condición biológica.

El reconocimiento de la libertad, autodeterminación[1] y autonomía implica además que la persona consienta de modo previo e informado (sin amenazas, temores, inducción o alicientes impropios) si quiere someterse a tratamientos médicos que le generen dolores o tratos que pueden ser considerados inhumanos, crueles o degradantes. El consentimiento del paciente implica a su vez la exclusión de responsabilidades civiles y penales de parte del personal médico.

No obstante, y a fin de superar la discusión jurídica y política respecto al reconocimiento del beneficio a una muerte digna, en los últimos años algunas propuestas legales han planteado la discusión sobre la aprobación de la eutanasia[2].

1 Un caso emblemático sobre la autodeterminación de las personas fue el resuelto por el Poder Judicial de España mediante sentencia 120/1990 del 27/6/1990, cuando se pronunció en el caso de la huelga de hambre que asumieron los internos del Centro Penitenciario Soria de Madrid. Los internos señalaron que el Estado debe renunciar a su rol paternalista de alimentar forzosamente a los internos y que, por el contrario, debía reconocerles la libertad de decidir sobre su propia vida, subsistencia y, de ser el caso, de su propia muerte.

2 El término eutanasia fue acuñada por Williams en 1872 y etimológicamente quiere decir buena muerte (López, Navarro y López-Guerrero, 1994).

Uno de esos proyectos se presentó en el 2015 cuando el entonces congresista Roberto Angulo Álvarez formuló ante el Congreso el Proyecto de Ley Nº4215-2015-CR Ley que despenaliza el homicidio piadoso, propuesta que no fue aprobada, y, por el contrario, varios parlamentarios impedían su discusión y puesta en debate. Es por ello que consideramos que la no penalización de la eutanasia es un asunto que se debe zanjar a fin de lograr su aplicación, toda vez que, el homicidio piadoso es una necesidad para los enfermos incurables que padecen de dolores insoportables y por ello sienten que no se respeta su dignidad como personas, menoscabada por sus enfermedades, y dicho problema no es un tema de derecho, sino un asunto social que experimentan las sociedades hoy en día.

La incorporación de la eutanasia no solo supone cambiar el Código Penal, sino, además, las normas éticas y profesionales que rigen la conducta médica, toda vez que, los médicos, a partir del juramento hipocrático, tienen como principal función velar por el bienestar de su paciente lo que ellos entienden, alargar la vida de los pacientes lo más que puedan. Sin embargo, lo que no se toma en cuenta es de que si el paciente considera la vida que lleva como digna. Así entonces, el presente estudio no solo ataña al ámbito médico sino jurídico y también implicancias en el ámbito ético, religioso, social, cultural, económico, que, desde la dación del Código napoleónico, no existen cambios en las leyes o que estas se hayan adaptado a una realidad siempre cambiante.

Desde el Derecho comparado[3] se puede advertir que sí existen antecedentes y discusiones jurídicas respecto a este tema. Así, verbi gratia, los países que cuentan con una ley de eutanasia voluntaria son Holanda, Bélgica y Luxemburgo. En el caso de Holanda está plenamente amparada la vida: hay penas de hasta 12 años de cárcel para quien practique la eutanasia sin el consentimiento del enfermo. Lo que sí existe en Holanda es una práctica de información transparente y varios controles jurídicos que en otros Estados donde sí es común la eutanasia clandestina (Asociación federal derecho a morir dignamente, 2008).

La Organización Mundial de la Salud (2014) declaró a los cuidados paliativos como un derecho humano, lo que hace vinculante el desarrollo de esta forma de atención a los Estados, de esta manera se reconoce la necesidad de un sector poblacional aquejada por un dolor y sufrimiento intenso, a que se le brinden

3 La legislación española en el art. 143.4 del Código Penal de 1995 tipifica la eutanasia como un tipo privilegiado del auxilio ejecutivo al suicidio, sancionando la conducta típica con una pena notablemente inferior a la del homicidio. Ya en el debate parlamentario de la norma referida, la entonces minoría objetó que se privilegiara el tipo sobre el suicidio, en cuanto los elementos descritos, incluida la seria e inequívoca aceptación de la víctima, ya que estos elementos son los de un homicidio por causas humanitarias y no los de un suicidio. Esta regulación recibió críticas en el momento de entrar en vigor por parte de sectores de la doctrina jurídica, que entendían negativo el extender la aplicabilidad del mismo a hipótesis que se realicen fuera del ámbito médico-asistencial. Pese al constante debate y los casos que han aparecido en los medios, la jurisprudencia no ha podido perfilar los elementos del nuevo delito ya que la fiscalía no ha llevado adelante acusaciones por delito de eutanasia.

los cuidados médicos pertinentes y proporcionales con el propósito de tener una muerte digna. Es decir, para este organismo internacional especializado en la salud, queda reconocido el derecho de las personas que, por tener dolores y sufrimientos intensos, reciban de parte de los Estados, los cuidados médicos necesarios y suficientes.

Han sido diversos los estudios sobre los impactos sociales, jurídico y familiares que ha generado la eutanasia[4]. Estos estudios concluyen que desde que se ha legalizado la muerte asistida, esta ha tenido un alto índice de recurrencia entre las personas y familias afectadas por este tipo de casos. Además, los estudios refieren a que no existe mayor estímulo moral que la necesidad de aminorar el sufrimiento de las personas con enfermedades incurables a partir de la aplicación de la eutanasia por personal médico calificado, convirtiéndose en un beneficio del paciente que se encuentra en estas circunstancias. Los estudios señalados concluyen también que no es posible justificar la prohibición total de la eutanasia, toda vez que las prácticas de darle fin a la vida ya son legales en esos países, sin embargo, lo que no está legalizado es que a través de los testamentos en vida se busque solicitar una aplicación de la eutanasia, toda vez que para que esta se aplique se requiere el consentimiento del individuo a fin de asegurar la legalidad del procedimiento.

Desde un análisis de la jurisprudencia comparada se cuenta con la sentencia de la Corte Constitucional de Colombia, T-970/14 del Exp. N° 970/14.067.849 Bogotá (2014), acción de tutela contra EPS en procura de los derechos básicos, el cual señala que el Estado tiene como obligación la protección de la vida siendo dicha obligación compatible con los otros derechos: dignidad y autonomía, en ese sentido dicha obligación cede ante los enfermos terminales y prevalece la voluntad de la persona que de modo consciente señala su deseo de morir. Finalmente, la Corte dispone al Ministerio de Salud emitir una directriz mediante la cual se sugiere la elaboración de un protocolo que se debatirá entre expertos de distintas disciplinas y que servirá como referente para los procedimientos del beneficio a morir con dignidad, exhortó al Congreso a regular este beneficio.

Por otra parte, según sentencia del Tribunal Supremo español, la vida es un devenir desde la concepción hasta la muerte. Mientras que el Tribunal Constitucional de dicho país en sentencia de 16 de abril de 1985 reconoce que la vida humana se inicia con la gestación y que esta supone la generación de un ser diferente de la madre, importante concreción que debía ser tenida muy en cuenta

4 Nos referimos a estudios como el de *Asia Pacific Journal of Health Law and Ethics* (2019) titulado *Responding to Calls to Legalize Euthanasia and Physician –Assisted Suicide in Singapore*; también el estudio de Thomas Morrow (2019) titulado *Voluntary Euthanasia, Assisted Suicide & Law Reform: A Sketch of the Canadian Experience* y el estudio de Barbara Pesut (2019) titulado *Medical Assistance in Dying: A Review of Canadian Nursing Regulatory Documents.*

por los defensores de cualquier tipo de aborto. En otro caso del mismo Tribunal se afirma que el embrión humano es un bien jurídicamente protegible, lo que viene a significar la protección jurídica de la persona a lo largo de toda su vida. Si respetar la vida hasta la muerte es un deber, el acto deliberado de poner fin a la vida a requerimiento propio o de los familiares es contrario a ello.

Ugaz y Martínez[5] señalan que los operadores del Derecho no aplican los planteamientos teóricos contenidos en la norma, debido a la deficiente normativa de la eutanasia, y en la no consideración del dolor tanto externo como interno del paciente y de su familia; esto se prueba en un 51%, consecuentemente adolecían parcialmente de empirismos legales. Asimismo, señalan que la comunidad jurídica no aplica de modo idóneo las propuestas teóricas de las normas, debiendo incorporarse la regulación jurídica de la eutanasia dentro del ordenamiento jurídico, hecho que ha sido aprobado en la legislación comparada, como la de Holanda, Luxemburgo, Bélgica, Alemania y Albania.

En consecuencia, la protección de la vida, supera el sentido meramente biologicista de esta y se sostiene desde un fundamento *ius*filosófico y ético, propio del reconocimiento de la dignidad humana, la autodeterminación y la autonomía de la voluntad. Por lo que el Código Penal, y en Derecho Penal en sí, mientras más constitucionalizado esté, más lo asumirá.

III. FUNDAMENTOS FILOSÓFICOS, ÉTICOS Y MORALES QUE SOSTIENEN EL DERECHO A UNA MUERTE DIGNA PARA PERSONAS CON ENFERMEDADES TERMINALES.

Desde la antigüedad el ser humano ha reflexionado y se ha planteado la posibilidad de elegir el momento de su muerte y lo hacía en el entendido de que este acto significaba un momento de libertad y dignidad. Así el emperador Marco Aurelio creía que una de las decisiones más nobles de la razón es la de saber cuándo ha llegado el momento de abandonar el mundo. En la modernidad, Montaigne, sostenía que cuanto más voluntaria es la muerte, esta es más bella. En ese periodo la famosa Utopía de Tomás Moro había un lugar para la eutanasia. En 1959, Stuart Mill era uno de los autores que aceptaba la eutanasia al señalar que cualquier persona puede renunciar inclusive a su derecho a la vida por distintos motivos, usando así su derecho a la libertad; y al momento de realizarse tal uso del último de ambos sobre aquél, prevalece la libertad (citado por la Asociación federal derecho a morir dignamente, 2008). Pániker[6] señala que la Iglesia debería comprender que oponerse a la eutanasia voluntaria equivale a estar en contra de

5 Ugaz Arbaiza, A. y Martínez Asmat, A.: "Eutanasia en el Perú y su regulación jurídica como alternativa a una muerte digna", *Revista SSIAS*, vol. 9, núm. 2, 2016.

6 Pániker, S.: "Eutanasia, iglesia y libertad", *Diario El País*, 2008.

la libertad y en favor del sufrimiento y los tratos crueles. Dicho filósofo propuso en su momento una legislación sobre el beneficio a una muerte digna, en el que, aparte de plantear los cuidados paliativos, se promueve una discusión sobre la normativa del beneficio de los pacientes con enfermedades terminales a obtener ayuda para poner fin a su vida.

Por su lado, Sotelo[7] (2004) sostiene que la vida no es el valor supremo, pese a que ha sido mucha la confusión que se ha promovido sobre este planteamiento. Solo somos plenamente humanos cuando sabemos por qué y para qué vale la pena vivir y morir. Agrega Sotelo que la posibilidad de decidir sobre la propia muerte anuncia el sustento mismo de la libertad. El que hayamos nacido condenados a morir, lejos de ser un destino inaceptable que nos obligaría a inventarnos modos de sobrevivencia, se revela el sustento más sólido de la libertad. La visión de la muerte no solo nos indica los valores por los que vivir y en cuya defensa se está dispuestos a arriesgar la propia vida, sino que es el sustento de la libertad, que consiste en decidir el momento y la causa que consideramos mejor para dejar la vida terrenal. Nos sentimos libres mientras sepamos en qué grado de sometimiento o de dolor elegiremos la muerte. Sotelo nos recuerda que de algo estamos seguros, nunca sufriremos el castigo de Sísifo o el de Prometeo, porque, a diferencia de los dioses, somos simples mortales.

En Estados Unidos, Brody[8] señala que en estudios aplicados a pacientes moribundos que buscan acelerar la muerte se ha observado que, muchas veces, sus razones van más allá de lo físico, como un dolor intratable o emocionales, como sentirse impotente. A veces las causas son de índole existencial: el reconocimiento de que sus vidas ya no tienen sentido, preocupación en cuanto a que se han convertido en una carga onerosa para sus seres queridos, el deseo de evitar una larga agonía o tensión a causa del tiempo y costo económico que se está "desperdiciando" para prolongar sus vidas, que de cualquier modo van a acabar pronto[9].

7 Sotelo, I.: "Libertad y muerte", *Diario El País*, España, 2004.

8 Brody, J.: "Sentida súplica", *The New York Times*, Estados Unidos, 2008.

9 Se distinguen hasta seis formas de eutanasia: 1) Agónica, que se refiere a la provocación de la muerte sin sufrimiento, en un enfermo desahuciado; 2) Lenitiva, referida a la utilización de fármacos analgésicos para aliviar el dolor de una enfermedad mortal y que lleva consigo un cierto acortamiento de la vida; 3) Suicida, cuando una o varias personas colaboran para suprimir la vida de un enfermo a petición de este; 4) Homicida, cuando una persona no tiene inconveniente en eliminar a otra, afectada de una enfermedad incurable; 5) Positiva, que es la provocación de la muerte mediante una intervención generalmente farmacológica y 6) Negativa, llamada también ortotanasia o distanasia, que es la que rechaza los medios extraordinarios y desproporcionados para prolongar la vida artificialmente al enfermo con patología irreversible, evitando el encarnizamiento terapéutico cuyos ejemplos históricos los encontramos en los 111 días de agonía de Hiro Hito, o los finales del mariscal Tito, presidente Harry Truman, el pintor Dalí, el cineasta Bellini o Karen Quinlan que estuvo nueve años en coma dependiendo de un respirador sin recuperarse (López, Navarro y López-Guerrero, 1994).

Los médicos Montes y Soler[10] sostienen que es evidente que ningún dios bondadoso podría querer un castigo tan cruel para una de sus criaturas. Los que ven en la autonomía de la persona un peligro cierto de pérdida de poder sobre las conciencias, están dispuestos a sostener cualquier razón para defenderlo. En ese sentido, plantean el reconocimiento de derechos y el punto de partida de un debate social que logre romper con una historia de sumisión de los derechos civiles a criterios religiosos que solo son asumidos por una parte de la sociedad.

Una de las posturas más significativas respecto al tema de investigación es aquella que se opone a la práctica o autorización de la eutanasia. Existen diversas organizaciones que luchan contra la práctica de la eutanasia y defienden la vida de sus potenciales afectados. Se trata de organizaciones en EE.UU. y otras partes del mundo que educan al público sobre la eutanasia y del suicidio asistido y que defienden a los enfermos, los ancianos y cualquier otra persona que pueda ser víctima de estos ataques contra la humanidad[11]. La postura que plantean dichas instituciones es que la eutanasia constituye un crimen y un atentado contra la vida.

Por su lado, la Asamblea de la Asociación Médica Mundial de 1949, acordó, entre otros considerandos, que el médico debe velar con el respeto por la vida humana desde su comienzo. El Código Internacional de ética médica en su III Asamblea General de 1949, estableció que el médico debe recordar siempre el deber de preservar la vida humana.

Mientras que el Código Deontológico de los Colegios Médicos de España (artículo 28-2) establece que, en el caso de enfermedad terminal, el médico debe limitarse a calmar los dolores físicos y morales del paciente, manteniendo en todo lo posible la calidad de una vida que se agota, evitando emprender o continuar acciones terapéuticas sin esperanza, inútiles y obstinadas, y asistirá al enfermo hasta el final con el respeto que merece la dignidad humana.

Otra institución que ha promovido la defensa de la vida es la Iglesia Católica, la que considera la vida como un don divino irrenunciable y valora el sufrimiento hasta el grado de considerar aceptable la entrega dichosa al martirio. La posición eclesial frente a la eutanasia es la siguiente:

a) Nunca es moralmente legal la conducta que por su naturaleza provoca directa o intencionalmente la muerte de una persona.

10 Montes, L. y Soler, F.: "La vida es un derecho no una obligación", *Diario El País,* Madrid, 2008.

11 Nos referimos a instituciones como Vida Humana Internacional, *Human Life International* (HLI), *American Academy of Medical Ethics* (AAME), *American Life League* (ALL), *Americans United for Life* (AUL), *Center for the Rights of the Terminally Ill* (CRTI), *Citizens United Resisting Euthanasia* (CURE), *International Anti-Euthanasia Task Force* (IAETF), *Jews Opposing Euthanasia, National Conference of Catholic Bishops* (NCCB), *National Right to Life Committee* (NRLC), *Physicians for Compassionate Care* (PCC), entre otros.

b) Jamás es legal matar a una persona, ni siquiera para no verlo sufrir o no hacerlo sufrir, aunque él lo pidiera de modo expreso.

c) No es legal negar a una persona la prestación de cuidados vitales con los cuales de seguro moriría, aunque sufra de una enfermedad incurable.

d) No es legal renunciar a cuidados proporcionados y disponibles, cuando se saben eficaces, aunque sea solo de modo parcial.

e) No es obligatorio someter al paciente terminal a nuevas intervenciones quirúrgicas, cuando no se tiene la fundada esperanza de hacerle más aceptable su vida.

f) Es lícito suministrar narcóticos y analgésicos que alivien el dolor, aunque atenúen la consciencia y provoquen de modo secundario un acortamiento de la vida del paciente, con tal que la acción sea calmar el dolor y no acelerar de modo disimulado su muerte.

g) Es legal no aplicar procedimientos extraordinarios a un paciente en coma cuando haya perdido toda actividad cerebral. Pero no lo es cuando el cerebro del paciente conserva ciertas funciones vitales, si esa omisión le provoca muerte inmediata.

h) Los discapacitados poseen los mismos derechos que los demás, en lo que respecta a los tratamientos terapéuticos.

i) El Estado no puede atribuirse el derecho de legalizar la eutanasia, pues la vida de la persona es un bien que prima sobre el poder mismo.

j) La eutanasia es un crimen contra la vida humana y la ley divina, de las que se hacen responsables todos los que intervienen en la decisión y ejecución de dicho acto criminal (Juan Pablo II, Encíclica *Evangelium Vitae* (Carta sobre el valor y el carácter inviolable de la vida humana).

Sin embargo, la postura de la Iglesia es severamente cuestionada por Martín[12], quien señala que a muchos les resulta difícil y perturbador comenzar prematuramente el aprendizaje de la muerte. Pensamos que mejor hacerlo cuando llegue el día del último viaje, como diría Machado. La tradición cristiana, magnificadora del martirologio considera como un pecado de soberbia o rebelión contra la voluntad de Dios cualquier acto de disposición de la vida que no sea la entrega voluntaria a los verdugos para que realicen su trabajo y materialicen un

12 Martín, J.: "Aprender a vivir, aprender a morir", *El Periódico*, España, 2008.

suicidio evitable. A las personas nadie les ha pedido permiso para ingresar en el mundo, ¿es mucho pedir que podamos decidir cuándo morir?

De otro lado, Pesut[13] refiere que no existe mayor estímulo moral que la necesidad de aplacar el padecimiento de las personas con enfermedades incurables a partir de la aplicación de la eutanasia por personal médico, constituyéndose en un beneficio. Los estudios señalados concluyen también que no es posible justificar la prohibición total de la eutanasia, toda vez que las prácticas de darle fin a la vida ya son legales en esos países, sin embargo, lo que no se encuentra permitido es que a través de los testamentos en vida se busque solicitar una aplicación de la eutanasia, toda vez que para que esta opere se requiere el consentimiento de la persona a fin de garantizar la licitud del procedimiento.

Pérez Vargas[14] sostiene que los derechos al no ser absolutos, tampoco lo es el deber de garantizarlos, ya que puede haber límites en la decisión de las personas, respecto a aquellos asuntos que solo a ellos les compete; los derechos básicos, no obstante su reconocimiento constitucional y su importancia, no son absolutos y, por tanto deben armonizarse entre sí con los demás bienes y valores amparados por la Constitución Política y que solo el titular del derecho a la vida puede decidir hasta cuándo es ella deseable y compatible con la dignidad humana[15].

El estudio de Rodríguez Soriano[16] plantea que la muerte voluntaria, (en el caso referido la "eutanasia" o el "suicidio médicamente asistido), hace relativizar la idea moral y abstracta de que la "vida es el bien supremo". La vida, vista como el máximo bien, resulta ser una universalización que deriva en una imposición que hace someter la voluntad y la dignidad humana ante ámbitos abstractos (sociales y políticos) que eliminan la humanidad de la persona.

Herranz, presidente de la Comisión Ética de la Organización Médica Colegial Española, diferencia dos tipos de eutanasia: la activa y la pasiva.

1) La eutanasia activa, es la conducta que origina la muerte en una situación grave e irreversible, es decir, provoca de inmediato la muerte mediante la aplicación de un agente letal.

13 Pesut, B.: *Medical Assistance in Dying: A Review of Canadian Nursing Regulatory Documents*, 2019.

14 Pérez Vargas, O.: *El derecho a morir con dignidad en el contexto jurídico colombiano y su relación con el homicidio por piedad*. Facultad de Derecho de la Universidad Católica de Colombia, 2018.

15 En esa línea se entiende lo que escribe Estrada Ugarte, A.: "El derecho a decidir (por ti)", Blog personal. Consultado el 11 enero 2022. https://anabuscalamuertedigna.wordpress.com/: "Esta búsqueda por la muerte se convirtió paradójicamente, en una motivación para vivir. Todavía no he tenido un proceso infeccioso este año y no sé cuándo lo tendré, pero lo que digo es que, si yo tuviera el permiso del Estado para morir, estoy segura que esos procesos infecciosos no serían así de terribles y los llevaría en paz, con esperanza y libertad".

16 Rodríguez Soriano, R.: "Elementos políticos para el debate sobre los dilemas éticos del suicidio médicamente asistido y de la eutanasia", *Revista Ciencia y Salud*, 2015.

2) La eutanasia pasiva, origina la muerte por omisión intencionada de un cuidado debido y necesario para la curación o supervivencia, es posible hasta cuatro situaciones: no comenzar o detener una terapia cuando un paciente lo solicite de modo explícito. No comenzar o detener una terapia cuando carezca de sentido según los criterios médicos actuales. Iniciar una terapia necesaria, aunque esta pueda adelantar la muerte. Omitir una terapia ordinaria con el fin de eliminar la vida de la persona. Otras modalidades pueden estar referidas a los métodos, tanto de conductas como de omisiones o a los fines de compasión, alivio familiar, etc. El dolor, sensación sobre todo subjetiva, razón de argumentaciones para la eutanasia supone requerimientos físicos, psicológicos y sociales y su atención adecuada es la base de un cuidado pertinente. El tratamiento del dolor está relacionado por el tipo y la causa del mismo y para ello se usan medicamentos menores, los opiáceos, los anestésicos, los corticoides, la electroestimulación, etc.[17].

Sin embargo, también han sido muy contundentes los argumentos a favor de la eutanasia, entre otros se señala que: a) Los pacientes tienen el beneficio a decidir cuándo y cómo morir; b) Resulta cruel e inhumano negar a una persona morir cuando está sufriendo de manera intolerable; c) La muerte no es una cosa mala, de manera que adelantarla no es malo; d) Debe autorizarse cuando está en el mejor interés de todos los afectados y no viola los derechos de nadie; e) Puede generar un modo costo-efectivo de atender pacientes moribundos; f) De todas maneras, ocurre en la práctica, por ello es preferible que esté normada[18].

Para la Sociedad Peruana de Cuidados Paliativos[19] existen casos en las que el intento de salvar la vida y salud de un paciente se puede constituir en situaciones de ensañamiento terapéutico, contrario a la ética médica, por lo que recomiendan considerar la proporcionalidad entre la eficacia de la terapia y el sufrimiento del paciente; es decir, lograr la adecuación del esfuerzo terapéutico y obtener el consentimiento consciente e informado que el paciente pueda expresar.

Describiendo aún más la problemática a estudiar, cabe señalar que una familia inmersa en una situación en la que uno de sus miembros sufre un padecimiento terminal incurable, vive un drama no solo emocional, sino además económico, social y moral y consideran que, al estar penalizado la eutanasia, el Estado desatiende su caso y criminaliza su situación y, al ocasionarle gastos, aprecian que

17 López Guerrero, A., Navarro Rodríguez, R. y López-Guerrero Vásquez, P.: "La eutanasia en el mundo". España. Cuadernos de Bioética, 1994, pp. 89-99

18 Goic, A.: "Apuntes sobre la eutanasia", *Revista Médica de Chile*, 2005.

19 Esta asociación está conformada por médicos, enfermeras, psicólogos y trabajadores sociales, y tiene como misión promover el cuidado paliativo a través de la investigación, la ética y la comunicación de todos los profesionales involucrados en mejorar la calidad de vida de los pacientes con enfermedades incurables progresivas (Portal web, 2022). Esta sociedad de profesionales está de acuerdo por ejemplo con que se suministre fármacos a un paciente cuya muerte está próxima reduciendo la conciencia para aliviar el sufrimiento, lo cual requiere previamente la voluntad expresa del paciente.

las industrias farmacéuticas lucran en esta situación que es irreversible para la familia y el paciente (Chávez y Rodríguez, 2019).

En Perú, el caso de Ana Estrada, diagnosticada con polimiositis, enfermedad autoinmune, progresiva y degenerativa que atrofia e inflama los músculos ocasionando pérdida de fuerza. En su blog expresa que necesita tener la certeza de decidir cuándo y cómo querer partir para ser feliz. Señala que, según las estadísticas de estos organismos, afirman que solo una cuarta parte de los inscritos para recibir la dosis letal en el momento que ellos decidan, han llevado a cabo la eutanasia. Y, más bien, la gran mayoría de ellos nunca lo usaron y aguardaron la muerte natural. ¿Comprenden lo paradójico de esto? Que mientras no tenga el poder de su libertad seguirá viviendo presa en un cuerpo que se está deteriorando cada momento y que la atará a su cama conectada las 24 horas al respirador y empezarán las úlceras en la piel que no son otra cosa que heridas que se expanden y profundizan hasta que se logra ver el hueso. Esas heridas supurarán pus y olerán a podrido y el tejido se va a necrosar. Pero eso será solo el comienzo de muchas infecciones y más medios invasivos y amputaciones y aun así no morirá, sino que sufrirá. Ese infierno será eterno y su mente estará completamente lúcida para vivir cada dolor en una cama de hospital sola y queriendo morir. Es difícil hablar de la muerte. Es aún más difícil cuando se trata de alguien que necesita tener la certeza de morir para vivir. La eutanasia en Perú es ilegal, siente que vive en un Estado que le quita la libertad y una vida sin libertad no es vida porque su cuerpo le pertenece a ese Estado (https://anabuscalamuertedigna.wordpress.com/).

En razón de ello, Ana Estrada, a través de la Defensoría del Pueblo, plantea una acción de amparo ante el Poder Judicial, contra el Ministerio de Salud, (MINSA), Seguro social de Salud (EsSalud) y el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos (MINJUSDH), solicitando al juez se reconozca su beneficio a morir en condiciones dignas, derecho a la dignidad, derecho al libre desarrollo de la personalidad, derecho a la vida digna y el derecho a no ser sometido a tratos crueles e inhumanos[20]. Luego del proceso respectivo, el Juzgado ordenó se inaplique el artículo 112° del Código Penal, para el caso de ella; por lo que ninguno de los participantes será procesado, siempre que los actos orientados a la eutanasia, se realicen de modo institucional y sujeta a la supervisión de su legalidad, en el tiempo y oportunidad que se especifique; en tanto ella, no puede hacerlo por sí misma Además, ordenó al Ministerio de Salud y a EsSalud: a) respetar la decisión de Ana Estrada, de poner fin a su vida a través del procedimiento técnico de la eutanasia; mediante la acción de un médico de suministrar de manera directa (oral o intravenosa), un fármaco destinado a poner fin a su vida, u otra intervención médica destinada a tal fin; b) Ambas instituciones de modo independiente, deberán conformar

20 El proceso judicial se llevó a cabo en el Décimo Primer Juzgado Constitucional de la Corte Superior de Justicia de Lima en el expediente n° 00573-2020-0-1801-JR-DC-11, acción de amparo.

Comisiones Médicas interdisciplinarias, con reserva de la identidad de los médicos y con respeto de su objeción de conciencia, si fuere el caso, en un plazo de 7 días; precisándose que EsSalud deberá formar dos Comisiones: 1) una con el fin de elaborar un plan que precise los aspectos asistenciales y técnicos de la eutanasia y un protocolo de cumplimiento de dicho procedimiento y, 2) otro que cumpla con practicar la eutanasia en sí.

Aunque mucho antes del caso de Ana Estrada, diversos autores plantearon la discusión sobre la regulación sobre la eutanasia en el Perú. Elguera[21] concluye que la eutanasia es un beneficio que se sustenta sobre todo en el derecho innato de toda persona a su dignidad, y la dignidad es un elemento sustractor de todo aquello que deviene en contra del normal accionar de un sujeto. Y ese normal accionar se ve deteriorado cuando existen sufrimientos fuertes ocasionados de la enfermedad terminal que padezca una persona. Sabiendo que su futuro es la muerte pronta, entonces lo más adecuado es autorizar la eutanasia. Además, el autor cree que la eutanasia como muchos otros derechos emergentes, necesitan ser posibilitados dentro de los parámetros de lo correcto de acuerdo a una sociedad que evoluciona con el devenir del tiempo, considerando que Perú es un país que no está al nivel de desarrollo que otros países, esto puede ser una colaboración para conseguir ese desarrollo próximo.

Casos como el de Ana Estrada han planteado una especie de protocolo para la aplicación de la eutanasia, autorizada judicialmente. Siendo así, el juez dispone y autoriza para que se realice un procedimiento médico y técnico a fin de suministrar de modo directo (oral o intravenoso) un fármaco orientado a poner fin a la vida; conformar una Junta Médica interdisciplinaria que tenga como propósito acompañar de modo integral, antes y después del proceso de la eutanasia a fin de que se respete dicha decisión; elaboración de un plan validado y aprobado por el Ministerio de Salud en que precise los aspectos asistenciales y técnicos de la eutanasia, así como la designación de los médicos que se encarguen de su ejecución; brindar todas las condiciones administrativas, prestacionales y sanitarias para el ejercicio del beneficio a la muerte digna.

IV. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES.

Tomando en cuenta los argumentos a favor y en contra de la eutanasia diversas legislaciones del mundo han regulado esta figura en términos, no exentos de discusión y debate.

21 Elguera Somocurcio, A.: *Derecho a morir dignamente como causal que justifica despenalizar la eutanasia activa para enfermos en situación terminal en el Perú*, Universidad Andina del Cusco, 2016.

A lo largo de la historia, la eutanasia ha sido y seguirá siendo un asunto controversial no solo para el Derecho, sino también para la ciencia, la filosofía, la legislación, la medicina, la psicología, la religión y para la vida misma del hombre ya que está en juego la vida y la muerte como condición humana. En ese sentido, con el presente estudio se pretende aportar en ese necesario debate jurídico y argumentativo que, consideramos, se debe llevar a cabo en el país.

La discusión sobre si los derechos fundamentales a la dignidad, a la vida digna, al libre desarrollo de la personalidad y la amenaza cierta de sufrir tratos crueles e inhumanos y el propio beneficio a la muerte digna, se pone en juego cuando una persona decide que se le aplique la eutanasia, sigue latente. Si bien existe un amplio desarrollo doctrinal, legal y jurisprudencial para respaldar o no dicha decisión; en Perú resulta inédito en la historia jurisprudencial que, a partir del caso de Ana Estrada, se haya autorizado la aplicación de la eutanasia sin responsabilidades penales para ninguno de los que participen en ella.

Planteados los fundamentos *ius* filosóficos del beneficio a una muerte digna para quienes tengan enfermedades terminales en el Perú, de lo que se trata no es de exigir una muerte a como dé lugar, sino de que la persona que se encuentra en esas condiciones tenga el beneficio a decidir sobre el fin de su vida, como resultado del ejercicio de una facultad y una posibilidad, y, por lo tanto, del ejercicio a la libertad informada y legitimada por un Estado que cumpla a cabalidad el artículo 1° de la constitución: la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y el Estado.

La eutanasia enfrenta lo ético con lo jurídico, lo legal con lo justo, la dignidad con la prolongación de la vida, las posturas médicas con las posturas legales, religiosas y filosóficas. Precisamente lo último consideramos que puede seguir dando luces para comprender el fenómeno de la muerte y cuando esta se solicita en un estado de enfermedad terminal, que trae consigo sufrimiento, dolor y tratos crueles. Creemos que la filosofía nos puede ayudar a salir de esta discusión y enfrentamiento argumentativo que defienden la eutanasia contra quienes la rebaten. Necesitamos la filosofía para seguir hurgando en la complejidad de la vida y de la muerte.

Se requiere la constitucionalización del Derecho Penal, a fin de que se asuman los valores propios de un Estado Constitucional de Derecho basado en el reconocimiento de la dignidad humana, la libertad, la autonomía y la autodeterminación de la voluntad. Un Derecho Penal que deje atrás el paternalismo estatal y que deje de lado su visión biologicista de la persona, negando derechos y libertades, sin considerar situaciones, condiciones, lugares y personas.

Esperar que las personas en estado de enfermedad terminal acudan a una instancia judicial para la declaración y admisión de la existencia del beneficio a una muerte digna, es prolongar sus sufrimientos, angustias, gastos económicos e incertidumbres. El Estado debe saber que no todas las personas están en condiciones de asumir un proceso judicial tan largo, tedioso, oneroso y desgastante. No se puede seguir prolongando sufrimientos y angustias so pretexto de defender la vida.

El Congreso de la República debe aprobar una normativa que despenalice la aplicación de la eutanasia y regule el beneficio a una muerte digna para quienes tengan enfermedades terminales graves e incurables, siendo así, a través de un protocolo médico, técnico y especializado normar la posibilidad de llevar a cabo procedimientos de eutanasia. La nominación del beneficio a una muerte digna lleva implícito el derecho y principio a la dignidad, a la vida digna, al libre desarrollo de la personalidad y sobre todo a no sufrir tratos crueles e inhumanos.

BIBLIOGRAFÍA

BACIGALUPO ZAPATER, E.: *Derecho Penal. Parte General*, Hamurabi, Buenos Aires, Argentina, 1999.

BARTOLOMEI, M.: *Diversidad en la conceptualización de los derechos humanos: Universalismo y diversidad cultural en América Latina*, Universidad de Lund; Suecia, 1995.

BIDART CAMPOS, G.: *La interpretación del sistema de derechos humanos*. Ediar; Buenos Aires; Argentina, 1994.

BOLADERAS I CUCURELLA, M.: *Bioética*. Síntesis; Madrid, España, 1998.

BRODY, J.: "Sentida súplica", *The New York Times*, Estados Unidos, 2008.

CAFARRA, C.: "La dignitá de la vita umana", en Pontificia Accademia per la Vita, Evangelium Vitae, Encíclica y comentarios, LEV., 1995.

ELGUERA SOMOCURCIO, A.: *Derecho a morir dignamente como causal que justifica despenalizar la eutanasia activa para enfermos en situación terminal en el Perú*, Universidad Andina del Cusco, 2016.

ESTRADA UGARTE, A.: "El derecho a decidir (por ti)", Blog personal. Consultado el 11 enero 2022. https://anabuscalamuertedigna.wordpress.com/.

FARREL, D.: *Utilitarismo, Ética y Política,* Editorial Abeledo-Perrot, Buenos Aires, Argentina, 1985.

GOIC, A.: "Apuntes sobre la eutanasia", *Revista Médica de Chile*, 2005.

GÓMEZ PÉREZ, R.: *Problemas Morales de la Existencia Humana*, Madrid, 2000.

LÓPEZ GUERRERO, A., NAVARRO RODRÍGUEZ, R. y LÓPEZ-GUERRERO VÁSQUEZ, P.: "La eutanasia en el mundo". España. Cuadernos de Bioética, 1994.

MARTÍN, J.: "Aprender a vivir, aprender a morir", *El Periódico*, España, 2008.

MONTES, L. y SOLER, F.: "La vida es un derecho no una obligación", *Diario El País,* Madrid, 2008.

PÁNIKER, S.: "Eutanasia, iglesia y libertad", *Diario El País*, 2008.

Pérez Vargas, O.: *El derecho a morir con dignidad en el contexto jurídico colombiano y su relación con el homicidio por piedad*. Facultad de Derecho de la Universidad Católica de Colombia, 2018.

Pesut, B.: *Medical Assistance in Dying: A Review of Canadian Nursing Regulatory Documents*, 2019.

Rodríguez Soriano, R.: "Elementos políticos para el debate sobre los dilemas éticos del suicidio médicamente asistido y de la eutanasia", *Revista Ciencia y Salud*, 2015.

Sotelo, I.: "Libertad y muerte", *Diario El País*, España, 2004.

Ugaz Arbaiza, A. y Martínez Asmat, A.: "Eutanasia en el Perú y su regulación jurídica como alternativa a una muerte digna", *Revista SSIAS*, vol. 9, núm. 2, 2016.

LA VIOLENCIA EN LOS INTEGRANTES DEL GRUPO FAMILIAR DESDE UN ENFOQUE DE SALUD PÚBLICA Y DE DERECHOS HUMANOS EN EL PERÚ 2010-2020

VIOLENCE IN FAMILY MEMBERS FROM A PUBLIC HEALTH AND HUMAN RIGHTS PERSPECTIVE IN PERU 2010-2020

Rev. Boliv. de Derecho Nº 34, julio 2022, ISSN: 2070-8157, pp. 838-853

Evelyn Margarita
MARTÍNEZ
BOCANEGRA

ARTÍCULO RECIBIDO: 19 de enero de 2022
ARTÍCULO APROBADO: 30 de abril de 2022

RESUMEN: El estudio tiene como propósito analizar el planteamiento y los resultados de las políticas públicas desarrollados en el Perú durante el periodo 2010-2020, en particular de la Estrategia Nacional de prevención de la violencia de género contra las mujeres implementada por el Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables. Desde un análisis cualitativo y con aplicación de la técnica de la fuente documental se evalúa el estado de la cuestión y los desafíos que debe afrontar el Estado para fortalecer los mecanismos e institucionalidad que le permita reducir, prevenir y sancionar uno de los males endémicos que vive el país desde hace varias décadas: la violencia en los integrantes del grupo familiar, la cual no permite a la inmensa mayoría de pobladores, en particular los más vulnerables (mujeres y niños) gozar del derecho a la tranquilidad y bienestar.

PALABRAS CLAVE: Violencia en los integrantes del grupo familiar; enfoque de salud pública; derechos humanos; Estrategia Nacional de prevención de la violencia de género contra las mujeres.

ABSTRACT: *The purpose of the study is to analyze the approach and results of public policies developed in Peru during the period 2010-2020, in particular the National Strategy for the Prevention of Gender Violence against Women implemented by the Ministry of Women and Vulnerable Populations. From a qualitative analysis and with the application of the technique of the documentary source, the state of the matter and the challenges that the State must face to strengthen the mechanisms and institutions that allow it to reduce, prevent and punish one of the endemic evils that the country has been experiencing for several decades is evaluated: violence in the members of the family group, which does not allow the vast majority of inhabitants, in particular the most vulnerable (women and children) to enjoy the right to tranquility and well-being.*

KEY WORDS: *Family violence; public health approach; human rights; National Strategy for the prevention of gender-based violence against women.*

SUMARIO.- I. INTRODUCCIÓN.- II. DE LA VIOLENCIA FAMILIAR A LA VIOLENCIA EN LOS INTEGRANTES DEL GRUPO FAMILIAR.- III. LA VIOLENCIA EN LOS INTEGRANTES DEL GRUPO FAMILIAR DESDE UN ENFOQUE DE SALUD PÚBLICA.- IV. LA VIOLENCIA EN LOS INTEGRANTES DEL GRUPO FAMILIAR DESDE UN ENFOQUE DE DERECHOS HUMANOS.- V. DESAFÍOS PARA FORTALECER LA INSTITUCIONALIDAD DEL MINISTERIO DE LA MUJER Y POBLACIONES VULNERABLES Y LA ESTRATEGIA NACIONAL DE PREVENCIÓN DE LA VIOLENCIA DE GÉNERO CONTRA LAS MUJERES.- VI. CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN.

La violencia intrafamiliar no es un tema reciente, ni es exclusivo del análisis del campo jurídico, sino que se trata de un problema que se remonta a tiempos inmemoriales y que atraviesa todas las épocas de la historia, las culturas, los contextos sociales, económicos, educativos y políticos. La violencia intrafamiliar no es atributo de una determinada clase o estatus social, ni está reserva para una determinada condición de vida, sino que está presente de modo evidente, latente e invisibilizado.

Siendo así, a lo largo de estas últimas décadas se ha desarrollado y aprobado numerosa e importante normativa y políticas públicas orientadas a prevenir, sancionar y atender las demandas de violencia en los miembros de la familia. Ello ha ido acompañado de la implementación de instancias públicas y programas para que lleven a cabo el cumplimiento de dichas normas y políticas públicas. No obstante, esto nos lleva a cuestionar: por qué a pesar que el Estado peruano ha aprobado una importante normativa para erradicar y sancionar la violencia familiar estos casos siguen en aumento; qué tan efectiva, oportuna y de calidad está siendo la labor que desarrollan los programas del Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables (MIMP)y cuan efectiva resulta la Estrategia Nacional de prevención de la violencia de género[1] contra las mujeres.

1 La violencia de género es el ejercicio de la violencia que refleja la asimetría existente en las relaciones de poder entre varones y mujeres, y que perpetúa la subordinación y desvalorización de lo femenino frente a lo masculino. Ésta se caracteriza por responder al patriarcado como sistema simbólico que determina un conjunto de prácticas cotidianas concretas, que niegan los derechos de las mujeres y reproducen el desequilibrio y la inequidad existentes entre los sexos. La diferencia entre este tipo de violencia y otras formas de agresión y coerción radica en que en este tipo de violencia el factor de riesgo es el solo por el hecho de ser mujer (Comisión Económica para América Latina, 1996). Una de las principales críticas al enfoque de género es que se trataba de una postura segada, limitada y unidireccional ya que dejaba de lado tras posibles víctimas: el varón, los hijos, los ancianos o las personas con discapacidad, integrantes del grupo familiar. Sin embargo, Novoa, citado por Rengifo, Carmona y Baena, 2019, nos ayuda a precisar que esto no es así ya que la situación de las mujeres guarda estrecha relación con la situación de los varones; se trata de dos dimensiones inseparables. Si mejora la situación de las mujeres, también mejorará la situación de los varones, será un beneficio para ambos, para los integrantes del grupo familiar y para la sociedad en

• Evelyn Margarita Martínez Bocanegra
Abogada de Profesión. Grado académico de Maestra en Gestión Pública. Estudiante del Doctorado en Derecho por la Universidad Cesar Vallejo-Tarapoto. Actualmente laborando como Secretaria Judicial en el Juzgado Mixto/ Penal Liquidador de Mariscal Cáceres-Juanjui, de la Corte Superior de Justicia de San Martín. Correo electrónico: evelynmartinezabogado@gmail.com.

En ese sentido, desde este estudio[2] se plantean dos enfoques en concreto: la salud pública y los derechos fundamentales, poniendo el énfasis en la violencia de género y contra la mujer. Para ello, se analiza, desde un paradigma cualitativo, las teorías, normativa e institucionalidad que se ha desarrollado en las últimas décadas en el país y la efectividad de la labor de los operadores del Derecho, en particular del MIMP y de la puesta en práctica de la Estrategia Nacional de prevención de la violencia de género contra las mujeres.

II. DE LA VIOLENCIA FAMILIAR A LA VIOLENCIA CONTRA LA MUJER Y LOS INTEGRANTES DEL GRUPO FAMILIAR.

La violencia es una conducta u omisión orientada a someter y controlar a un sujeto, ocasionándole dolor, sufrimiento o lesiones físicas y/o psicológicas[3]; aunque su realización se identifica aun cuando no produzca daño alguno. Cuando nos referimos a violencia familiar, nos estamos refiriendo a esa violencia que es manifestación de los vínculos de poder cultural[4] e históricamente inequitativos entre hombres y mujeres que ha vivido el país, que se manifiestan en los vínculos

general. Por tanto, el enfoque de género incluye tanto a varones como a mujeres, ya que la feminidad no puede comprenderse si no es en contraste con la masculinidad.

2 Los estudios de Lévi-Strauss (1956 y 1995) y de Benveniste, E.: *Problemas de lingüística general,* Siglo Veintiuno, México, 1996, sostienen que la familia es un sistema compuesto por elementos de carácter simbólico que se articulan entre sí a partir de determinados principios de estructura. Dichos principios son: incompletud del sistema, carencia de identidad propia de los elementos, covariancia de los elementos y dinamismo del sistema. Se trata pues de un sistema, el familiar, complejo, diverso, cambiante y dinámico, que requiere una comprensión siempre actualizada y revisada.

3 Cabe señalar que hoy en día la violencia se vale de los medios informáticos y digitales para llevarse a cabo. La violencia digital o informática es todo acto de violencia por razón de género contra la mujer cometido, con la asistencia, en parte o en su totalidad, del uso de las Tecnología de la Información y Comunicación, o agravado por este, como los móviles, la internet, plataformas digitales o correo electrónico, dirigida contra una mujer por el hecho de serlo o que la afecta de modo desproporcionado (Informe de la Relatora Especial sobre la violencia contra la mujer de la Organización de Naciones Unidas (2018), sus causas y consecuencias acerca de la violencia en línea contra las mujeres y las niñas desde la perspectiva de los derechos humanos). Por tanto, una persona que ha sido víctima de violencia digital también está facultada para solicitar medidas de protección ante el juez competente.

4 Ruiz, Y.: "Biología, Cultura y Violencia", Trabajo presentado en las Jornads de Foment de la Investigació, Universitat Jaume I, 2003, hace una diferenciación entre agresividad y violencia. Este autor sostiene que la agresividad es un impulso humano presente por cuestiones genéticas; mientras que la violencia es un acto cultural aprendido que, aunque depende del potencial de agresividad está influido por factores culturales. Es decir, la naturaleza humana es agresiva, pero no violenta y sirve a la supervivencia y a la autodefensa. González Guzmán, R.: "La medicina social ante el reporte de la Comisión sobre los Determinantes Sociales de la Salud", *Medicina Social*, vol. 4 (2), 2009, al definir la violencia señala que esta posee un carácter intenso realizada con la intención de herir o dañar a alguien o a algo, pero además concuerda con Ruiz al señalar que la violencia posee una variante positiva, en el sentido de que se trata de conductas con una carga adaptativa o de supervivencia. Por lo que la doctrina concuerda en señalar que la agresividad tendría un sentido adaptativo, y la violencia tendría un componente cultural. Es la cultura la que convertiría la agresividad en violencia, pues hasta los instintos pueden ser modelados por la cultura. Podemos definir como violencia "cualquier acción (o inacción) que tiene la finalidad de causar un daño (físico o no) a otro ser humano, sin que haya beneficio para la eficacia biológica propia (Sanmartin, 2000). La violencia seria, pues, gratuita desde el punto de vista biológico, y resultado de la interacción entre la agresividad natural y la cultura. Por lo que para Rengifo Arias, C., Carmona Otálvaro, J. y Baena Vallejo, G.: "Análisis de las políticas públicas sobre violencia intrafamiliar en Colombia: Abordaje de acuerdo a la función y el sentido del fenómeno violento dentro la familia", *Revista Interdisciplinaria*, Centro Interamericano de Investigaciones Psicológicas y Ciencias Afines, vol. 36, núm. 2, 2019, asumir la postura de Ruiz y Gonzáles implica que la violencia al ser un acto predominantemente simbólico o cultural, este podría modificarse, resignificarse, sancionarse e intervenirse.

familiares y se agravan en un contexto de vulnerabilidad desde una perspectiva de interseccionalidad (Comisión de Justicia de género del Poder Judicial, 2021). Es decir, la violencia familiar en el Perú tiene rostros concretos: mujeres, niños, niñas, adolescentes, personas con discapacidad y adultos mayores.

La violencia que ocurre al interior de una familia es una violencia que se dirige contra la pareja y que se define como un patrón de acción usado en cualquier vínculo para lograr o sostener el control sobre la víctima. Es decir, se caracteriza por ser un acto físico, sexual, emocional, económico o psicológico que incide sobre otro sujeto, además se puede constituir en una amenaza de realizar determinadas acciones, lo cual implica cualquier acción que atemorice, intimide, aterrorice, manipule, dañe, humille, culpe, lesione o hiera a la persona. Cualquiera puede ser afectado por maltrato en la casa, independiente de su condición cultural, racial, económica, social, sexual, religiosa o de género (Organización de Naciones Unidas-Mujeres, 2015). El hecho se puede generar en los diversos tipos de parejas: casadas, convivientes o novios. En todas estas condiciones puede tener el mismo nivel de afectación sobre la víctima y en todas estas condiciones la víctima es susceptible de ser amparada y protegida.

Por su parte, el Poder Judicial a través del Acuerdo Plenario N° 01-2016/CJ-116, ha precisado que la afectación contra la mujer por su condición de tal, es la ocasionada por la persona contra la mujer por motivo de no cumplir o imponer estereotipos de género, comprendidos éstos como el grupo de normas sociales y culturales que señalan ciertas conductas hacia las mujeres, que las discriminan y subordinan ante la sociedad.

Ante este escenario tan adverso contra la mujer y los más vulnerables del grupo familiar es que la Ley n° 30364, ha sustituido la denominación *violencia familiar* y ha adoptado la definición de integrantes del grupo familiar, el cual asume como personas de amparo los vínculos familiares extendidos, como es el caso de abuelos, tíos, primos, cuñados e incluso ahijados[5].

La Ley N° 30364 trae consigo un abordaje mucho más integral y específico al mismo tiempo sobre la violencia intrafamiliar. La norma deja atrás el término *violencia familiar* que solía invisibilizar, restringir y perder especificidad de quiénes eran o podían ser las víctimas, para referirse en adelante a la mujer y a los miembros de la familia. Es que no se trata de un mero cambio terminológico o un simple juego de palabras, sino que el término integrante del grupo familiar, quiere dejar atrás décadas de ninguneo sobre la mujer, sus demandas, historias, silencios,

5 La ley incluye como sujetos de protección a cónyuges, excónyuges, convivientes, exconvivientes, padrastros, madrastras o quienes tengan hijas o hijos en común; las y los ascendientes o descendientes por consanguinidad, adopción o por afinidad; parientes colaterales hasta el cuarto grado de consanguinidad o adopción y segundo grado de afinidad (art 7-B de la Ley n° 30364).

miedos, represiones, sentido de culpa y hechos como los que ocurrían cuando la mujer acudía -superando el temor y la vergüenza- ante una entidad pública a denunciar situaciones de violencia de la que había sido víctima, pero que se la hacía sentir culpable, se la amenazaba para que no hable o que retire la denuncia. Es por ello que la nueva normativa quiere superar ese paradigma culpabilizador sobre la mujer, para re conocerla como una auténtica persona, sujeto de derechos. Además, esta nueva terminología comprende otras variables y aristas que antes el legislador, desde su machismo recóndito o manifiesto, no lo había previsto o no lo quería reconocer. A saber: 1) Puede incluir otros supuestos de hecho y su ámbito de amparo no excluye los vínculos familiares normadas en la norma, es decir, sus límites no son solo por filiación, ni parentesco, sino además incluye los vínculos familiares amplios en toda su diferencia, así como la convivencia en la misma casa o espacio compartido; 2) Dejar atrás el término *familia* indica renunciar al paradigma de la familia única, exclusiva, excluyente, invisibilizadora de sus miembros, para asumir un nuevo paradigma en la esfera del Derecho de Familia, el que salvaguarda a la persona y su dignidad, protege a cada uno de sus miembros, en particular y según sus circunstancias, pues la familia no es titular de derechos en sí, como se entendió y practicó por décadas, sino que es la persona y el sujeto de derechos, que integrando una o varias familias, es quien le otorga a la familia una categoría y un contenido jurídico. Es por ello que, con la nueva normativa, si es el caso que se obliga al victimario a retirarse de la casa familiar, no se hará para afectar a la familia, por el contrario, se hará para amparar a sus miembros, a cualquiera de ellos, en cualquier circunstancia.

El nuevo paradigma, que valgan verdades tampoco es que sea tan *nuevo*, pues, ya era planteada tiempo atrás por el Tribunal Constitucional en 1997 en el caso que declaró inconstitucional la valoración de la educación, cultura y costumbres, señalando que no es válida la idea de la preservación de un matrimonio cuando para lograrla, uno de los cónyuges debía soportar la vulneración de los derechos básicos, derechos que le son propios a su valía humana[6]. Es decir, aquellos jueces constitucionales habían asumido el reconocimiento que la propia Constitución en su artículo 1° establece: la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y el Estado. Lo que estaba haciendo el Tribunal Constitucional es cumplir con dicha norma suprema, lo que, desde el lado del legislador no estaban haciendo, ni comprendiendo, y lo que es peor ni queriendo comprender, debido a la influencia de grupos religiosos y conservadores autodenominados *profamilia*[7].

6 Nos referimos a la Sentencia del Tribunal Constitucional del 13/05/97, respecto a la demanda planteada por la Defensoría del Pueblo el 29/04/97. Exp. N° 018-96-I/TC.

7 Cabe mencionar que el movimiento denominado Con mis hijos no te metas agrupa a sectores de diversos credos, iglesias, asociaciones de padres de familia, políticos, empresarios, influencers y personas en general que dicen defender la familia, estar en contra del aborto, la ideología de género y las libertades de la mujer sobre su cuerpo. Desde el 2016 tienen en Perú un protagonismo político y mediático muy importante, a

Cuando se ha vulnerado la integridad física, patrimonial o psicológica de alguno/a de los miembros de la familia, recurrir a ideas como *unidad familiar, bienestar o interés familiar, intimidad familiar*, para no sancionar al agresor o tomar la decisión de que no lo expulsen del hogar o lo alejen de sus víctimas, se aprecia como una expresión de tolerancia que valida o permite la violencia. Por tanto, con la nueva terminología se deja atrás siglos de invisiblización, postergación y falsa creencia de que la familia estaba por encima de las personas.

III. LA VIOLENCIA EN LOS INTEGRANTES DEL GRUPO FAMILIAR DESDE UN ENFOQUE DE SALUD PÚBLICA.

Respecto a la violencia contra las mujeres, hoy en día es asumida como violencia basada en el género y aceptada como una vulneración a los derechos básicos y un problema social de dimensiones epidémicas, tanto por diferentes organismos internacionales especializados como por los Estados[8].

La violencia contra la mujer en los vínculos de pareja es un problema social que incide en muchas mujeres a nivel mundial. Sin embargo, el análisis de la violencia de género como tal es un asunto relativamente reciente. Es recién desde hace veinte años que se inicia el interés científico por las consecuencias de la violencia familiar, el cual hoy en día ya es considerada como un asunto de políticas pública[9] y de salud pública de máxima preocupación por los organismos internacionales especializados y por los Estados, así como un abuso contra los derechos humanos, con un elevado nivel de prevalencia a nivel planetario[10]. No se trata pues de un asunto íntimo o *privado* que les corresponde a las parejas resolver, sino de un asunto de salud pública puesto que está en riesgo permanentemente derechos fundamentales: tranquilidad, bienestar, paz y salud.

El fenómeno de la violencia en los integrantes del grupo familiar está tan arraigado que se asume de generación en generación[11] como una conducta

tal punto que, incluso, varios de ellos han sido elegidos congresistas, alcaldes, regidores, poseen cargos públicos de relevancia, son empresarios, políticos y juristas de conocida influencia y poder.

8 Ferrer Pérez, V. y Bosch-Fiol, E.: "El Género en el análisis de la violencia contra las mujeres en la pareja: de la "ceguera" de género a la investigación específica del mismo", Anuario de Psicología Jurídica, vol. 1, 2014.

9 Las políticas públicas se convierten en la estrategia principal a través de la cual el Estado pretende garantizar el desarrollo económico, social y político del país (Rengifo Arias, C., Carmona Otálvaro, J. y Baena Vallejo, G.: "Análisis de las políticas públicas sobre violencia intrafamiliar en Colombia: Abordaje de acuerdo a la función y el sentido del fenómeno violento dentro la familia", cit.). Es que la política pública es "la concreción del Estado en acción, en movimiento frente a la sociedad y sus problemas" (Vargas Velásquez, A.: *Notas sobre las políticas públicas*, Almudena Editores, Bogotá, 1999, p. 57).

10 Lila, M.: "Investigación e Intervención en Violencia contra la Mujer en las relaciones de Pareja", *Psychosocial Intervention,* (2), 2010.

11 Para Yanes Cedres, J. y Gonzáles Méndez, R.: "Correlatos cognitivos asociados a la experiencia de violencia interparental", *Psicothema*, vol. 12, núm. 1, 2000, la violencia es un fenómeno de transmisión intergeneracional; estudiada de modo sistemático a partir de los años 60 tratando de buscar un historial de maltrato en los padres maltratadores (Gómez y de Paúl, 2002). Presenciar situaciones de violencia familiar es uno de los más potentes factores de riesgo, en el caso de los niños, para repetir esta pauta de conducta en pareja cuando crezcan y, en el caso de las niñas, para asumir un papel pasivo de aceptación de dicha

normalizada y justificada[12], por ello los adolescentes y jóvenes, asumen conductas violentas en las relaciones de pareja como una forma cotidiana y común de resolver los enfrentamientos que surgen en su interior (Gómez, Maraver y Pazos, 2017). No existe por parte de adolescentes y jóvenes un cuestionamiento sobre esas prácticas de sus aprendidas de sus padres y que se heredan como si fuera parte del patrimonio y característica familiar[13].

Es por ello que, a partir de las contribuciones de la corriente de la Medicina Social, denominada también Ciencias Sociales aplicadas a la Salud o Ciencias Sociales de la Salud, se entiende como una perspectiva de salud pública a aquel que toma en cuenta dos aspectos: 1) relaciona el proceso salud-enfermedad y los servicios sanitarios a las dimensiones sociales, políticos y culturales, 2) valora el rol del Estado en la gestión de los asuntos de la salud (Gonzales, 2009). En esa perspectiva, la salud pública se constituye en un espacio de encuentro y compartir de saberes, valora la diversidad de disciplinas científico-técnicas que la conforman y como campo de acción, se aplica en el contexto donde las diferentes instancias relacionadas a la salud se organizan para enfrentar una enfermedad, epidemia, plaga o virus, como es lo que ha ocurrido recientemente a propósito de COVID-19.

Para una comprensión más integral de una visión de salud pública, nos basamos en los aportes de la Organización Mundial de la Salud, OMS (2008). La OMS sostiene que los factores sociales en que los sujetos viven y trabajan, inciden sobre la salud y tanto el escenario como el desarrollo social, inciden sobre la salud. La OMS asume de dos tipos de factores de la salud: 1) los estructurales: que incluye los factores socioeconómico y político; 2) los intermediarios: que se relaciona con los estructurales, con los resultados en salud y están conformados por factores materiales, acciones, condiciones biológicas, psicosociales y el sistema sanitario en sí. Es por ello que la OMS recomienda a los Estados mejorar la situación global de las condiciones de la salud y cómo esta se ofrece, para que así se combata la inequidad con la que se brinda. Pues justamente estas brechas e inequidad son las que contribuyen a agravar la situación de las personas vulnerables del grupo familiar: mujeres, niños, ancianos y personas con discapacidad.

---

violencia. Así pues, crecer en contextos familiares donde existe violencia es un predictor para la aparición de diversos problemas emocionales, cognitivos y de conducta, tanto a corto como a largo plazo [González Guzmán, R.: "La medicina social ante el reporte de la Comisión sobre los Determinantes Sociales de la Salud", cit.].

12 Los estudios de Carmona Otálvaro, J. y Jaramillo Zapata, J.: "Análisis de las perspectivas teóricas sobre la noción de violencia, y su relación con la violencia intrafamiliar", Katharsis, Colombia, vol. 16, 2013, señalan que la violencia es un modo de interpretar, simbolizar y expresar lo aprendido en su entorno más inmediato: la familia, los padres, los hermanos.

13 Los estudios de Uribe Aramburo, N.: "Nuevas perspectivas sobre violencia intrafamiliar. Un enfoque psicoanalítico", *Revista Affectio Societatis*, vol. 7 (13), 2010, señalan que las familias en las que se manifiesta la violencia resultan espacios disfuncionales que repitieron patrones establecidos y formas de relacionarse basadas en la violencia. Entonces el grito, el golpe, la agresión verbal, el maltrato sexual y otros, son formas aprendidas y transmitidas de relacionarse entre ellos, y a la vez, un desencadenante de futuras manifestaciones que amenazarán con la descomposición de la familia actual y futura.

Es así que Linares Pérez[14] recomienda que se debe propiciar desde el Estado una visión centrada en las dimensiones que tienen que ver con la vida, el bienestar y la salud sin excluir los aspectos relacionados a la enfermedad y el peligro, esto posibilitará el diseño y desarrollo de políticas de salud que favorezca una intervención sobre lo comunitario sustentado en el enfoque de salud de la población y encaminadas por los aspectos sociales, académicos y de investigación, además de los servicios de salud pública.

Colombia es uno de los países que ha asumido la violencia en los miembros del grupo familiar como un asunto de política pública, por ello, el Estado ha asumido diversas decisiones a través de sus instancias nacionales, departamentales y locales, que representan el conjunto de estrategias para contrarrestar los casos que una sociedad considera problemáticas porque afectan su interés general; por ello la violencia que se generan en la familia son considerados problemas públicos[15].

Si bien hoy en día la violencia es asumida como un asunto de salud pública y como un abuso a los derechos humanos, surge otra cuestión: por qué el Estado y sus políticas públicas, su normativa, su institucionalidad, sus planes y programas siguen siendo ineficientes para sensibilizar a la población sobre las consecuencias que trae consigo la violencia en los integrantes de la familia.

IV. LA VIOLENCIA EN LOS INTEGRANTES DEL GRUPO FAMILIAR DESDE UN ENFOQUE DE DERECHOS HUMANOS.

Abordar la violencia en los integrantes de la familia desde un enfoque de derechos humanos implica una aceptación comprensiva y práctica de los instrumentos, principios y valores internacionales que fundamentan los derechos humanos[16]. Se trata de un asunto político y jurídico que reconoce la dignidad, libertad y los derechos de todos y todas en igual de condiciones.

La violencia contra las mujeres es un modo de discriminar ya que limita a que las mujeres gocen de sus derechos y libertades en iguales condiciones a las del varón. Esta no solo es una afectación de los derechos fundamentales, sino que es una afectación a la dignidad personal y una expresión de las relaciones de poder

14 Linares Pérez, N.: "Aplicación de los enfoques de salud de la población y los determinantes sociales en Cuba", Revista Cubana de Salud Pública, núm. 41, (1), 2015.

15 Rengifo Arias, C., Carmona Otálvaro, J. y Baena Vallejo, G.: "Análisis de las políticas públicas sobre violencia intrafamiliar en Colombia: Abordaje de acuerdo a la función y el sentido del fenómeno violento dentro la familia", cit.

16 Nos referimos en particular a la Declaración Universal de Derechos Humanos, el cual señala que la violencia contra las mujeres es una violación del derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona (artículo 3); del derecho a no ser sometida a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes (artículo 5); de la igualdad ante la ley y el derecho a igual protección de la ley (artículo 7); del derecho a recurrir a un tribunal imparcial (artículos 8 y 10); del derecho a circular libremente (artículo 13), y de la libertad de reunión y asociación (artículo 20).

históricamente desiguales entre mujeres y varones (Preámbulo de la Convención Belém do Pará).

Es decir, aun a pesar que desde los años 40 la humanidad tomó conciencia del valor y del reconocimiento de los derechos fundamentales, estos aún siguen siendo una quimera a realizar. Aun la humanidad no se reconoce plenamente iguales en derechos y dignidad. en ese sentido, creemos que el Estado, desde las políticas públicas debe confirmar su compromiso por los derechos humanos y debe recuperar el valor axiológico, histórico y humanístico de reconocer a todos sus derechos y dignidades. la mujer, la niñez, los discapacitados y el adulto mayor siguen en desventaja, siguen siendo víctimas, por acción u omisión de la indiferencia o ineficacia del Estado.

En ese sentido, para la Comisión Económica para América Latina (1996) los derechos humanos son asumidos como lineamientos orientativos y éticos con proyección jurídica, que emergen de la necesidad de todas las personas de contar con los contextos básicos e imprescindibles para una vida plena y que han sido producto de un largo devenir histórico y de reafirmación a lo largo de los dos últimos siglos.

Valega[17] sostiene que la norma peruana al plantear el enfoque de derechos fundamentales sobre la violencia contra la mujer y los miembros del grupo familiar, incluye la visión de integralidad y que en relación a la violencia esta se produce por diversos motivos, tanto personales como estructurales. Asimismo, la inclusión del enfoque de derechos fundamentales, lleva implícita el de interculturalidad, generacional e interseccionalidad, lo cual exige asumir los distintos casos de violencia y discriminación que viven las mujeres según las diversas variables existentes (edad, raza, clase, estado civil, cultura, educación, trabajo, entre otros).

Para la Comisión Económica para América Latina (1996) si el Estado no asegura el amparo de los derechos fundamentales de las mujeres, o actúa de modo negligente al no prevenir y castigar hechos de violencia de género estaría siendo cómplice de esas situaciones. De igual modo, la incapacidad estatal para desterrar los factores sociales, económicos y culturales que tornan más vulnerables a las mujeres ante la violencia de género determina que sea responsable de ésta, ya que al no actuar de modo proactivo para erradicar las injusticias y desigualdades que se expresan en las relaciones de género, está haciendo caso omiso a uno de sus principales deberes: respetar y hacer respetar la dignidad humana. No obstante, la obligación estatal de amparar los derechos fundamentales de todas las personas (mujeres y varones), en todo contexto, no permite la opción de una

17 Valega, C.: *Avanzamos contra la indiferencia: Comentarios a la Nueva Ley para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra las Mujeres y los Integrantes del Grupo Familiar.* Lima, IDEHPUCP, 2015.

acción arbitraria en la esfera íntima de los sujetos y, por otra parte, el control de todo aquello que limita los vínculos familiares en equidad. Es decir, el Estado no puede ser ni indiferente ni ajeno a lo que ocurre en las familias.

Desde el presente estudio queremos insistir en el análisis de la violencia en los integrantes de la familia desde un enfoque de derechos humanos, porque consideramos que aún siguen siendo válidos sus aspiraciones, propuestas, fundamentos y desafíos.

V. DESAFÍOS PARA FORTALECER LA INSTITUCIONALIDAD DEL MINISTERIO DE LA MUJER Y POBLACIONES VULNERABLES Y LA ESTRATEGIA NACIONAL DE PREVENCIÓN DE LA VIOLENCIA DE GÉNERO CONTRA LAS MUJERES.

En este acápite se exponen los desafíos que se requiere cumplir para fortalecer la institucionalidad del Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables. Cabe indicar que cuando nos referimos a la institucionalidad, nos referimos a su capacidad operativa, logística, legitimidad y credibilidad social, que son elementos fundamentales para llevar a cabo su labor de modo adecuado, eficiente, creíble y de calidad.

Coincidimos con la Comisión de Justicia de género del Poder Judicial (2021) cuando plantea que se requiere otorgar medios técnicos, tanto teóricas como legales, a magistrados y personal del Poder Judicial y Ministerio Público, responsables de garantizar la seguridad de las afectadas por medio de acciones preventivas y de supervisión de las medidas de protección. Asimismo, se requiere un abordaje desde las dimensiones transversales de la violencia contra las mujeres y los miembros de la familia, orientado en los deberes internacionales que el Estado peruano se ha comprometido, de este modo se fortalece el Sistema Nacional Especializado de Justicia en Violencia para la protección y sanción de la violencia contra las mujeres e integrantes del grupo familiar (SNEJ).

En cuanto a la efectividad de la Ley Nº 30364, se requiere que los jueces y auxiliares de los órganos jurisdiccionales señalen las exigencias básicas de atención que deben asumirse en la etapa tutelar y señalando las exigencias que deben cumplir las medidas de protección para lograr su propósito; mientras que en el ámbito penal se profundice en los procesos que toman importancia a partir de la legislación actual.

Cabe indicar que fortalecer la institucionalidad del MIMP contribuirá a empoderar el propio Sistema Nacional Especializado de Justicia (SNEJ) creado en el 2018 y aporta la puesta en práctica de la Política Pública de Reforma del Sistema de Justicia planteada por el Consejo para la reforma del sistema de justicia (2021)

que plantea luchar contra la violencia hacia las mujeres y los miembros de la familia en uno de sus diez fines concretos.

El MIMP cuenta con la Dirección General contra la violencia de género, el cual ha implementado, entre otras políticas públicas, la Estrategia Nacional de prevención de la violencia de género contra las mujeres y el proyecto Fortaleciendo la prevención a través de una estrategia de alcance nacional y articulado, para el ejercicio del derecho de las mujeres a una vida libre de violencia y discriminación basada en el enfoque de género.

Ambas políticas tienen como eje de acción el empoderamiento económico de las mujeres como un mecanismo no solo para prevenir y evitar la violencia contra las mujeres, sino para hacerlas más autónomas e independientes de su pareja. Dicho empoderamiento no es solo contar con un trabajo remunerado, sino que implica desarrollar capacidades y habilidades que le permitan a la mujer reconocer y valorar su dignidad, libertad y autonomía, y a partir de allí cubrir sus necesidades básicas para una vida digna. Esto a su vez le debe permitir disponer de tiempo y recursos para trabajar y que en un mediano plazo aumenten su empleabilidad[18] y productividad a través de la formación, capacitación y desarrollo de conocimientos que le permitan obtener mayores ingresos económicos y, por tanto, su realización personal.

El propio Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables (2020) reconoce que la violencia contra las mujeres posee un alto costo no solo para las mujeres, sino además para la comunidad. Los análisis costo-beneficio determinan que la prevención de la violencia de género por medio del empoderamiento económico es una política eficiente de inversión, por lo que los fondos orientados al programa de inserción laboral se van expresando en bajos costos sociales y económicos para el Estado, además de que aumenta la ocupación de mujeres económicamente activas, con ingresos orientados a mejorar la calidad de vida personal y familiar. De ese modo se aporta al fortalecimiento de la autoestima y el propio reconocimiento como persona y sujeto de su propio desarrollo.

VI. CONCLUSIONES.

Una política pública desde un enfoque de género contra la violencia hacia la mujer y los miembros del grupo familiar lleva implícita las condiciones culturales, históricas, familiares, sociales, políticas y jurídicas que este fenómeno posee.

18 Cabe precisar la diferencia entre ocupabilidad y empleabilidad. La ocupabilidad consiste en que las empresas provean vacantes asequibles, mientras que la empleabilidad implica desarrollar capacidades en ellas para hacerlas más calificadas laboralmente. Tanto en la ocupabilidad como en la empleabilidad existen brechas que pueden ser cerradas si se incluye un componente formativo. Además, organizar la empleabilidad por niveles de competencia y experiencia laboral aumentará las vacantes disponibles (Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables, 2020).

A partir de allí se comprende y enfrenta de modo integral este fenómeno tan arraigado, y que, por lo mismo, requiere de decisiones sostenidas en el tiempo y que van más allá de las políticas coyunturales.

El reto para el Derecho y las políticas públicas aprobadas e implementadas es superar su definición tradicional que se ha asumido sobre la violencia y los modos punitivos en que se la ha enfrentado. Pues no se trata de un fenómeno que requiere ser solo penalizado y condenado social y jurídicamente, sino comprendido y reconstruido desde todas sus aristas, riesgos y peligros.

Siendo la violencia un fenómeno socio cultural aprendido y transmitido intergeneracionalmente, se requiere por ello, estrategias y políticas de corto, mediano y largo plazo, que ayuden a comprenderla, alertarla, prevenirla y tratarla. De ser necesario, dicha violencia será penalizada y sancionada, sin que deje de ser tratada por los expertos.

El Sistema Nacional Especializado de Justicia en Violencia para la protección y sanción de la violencia contra las mujeres y miembros de la familia y la Estrategia Nacional de prevención de la violencia de género contra las mujeres son expresiones de políticas públicas que asumen decisiones y posturas desde un enfoque de género y derechos humanos que requiere ser más fortalecidos, otorgándosele mayores presupuestos, logística y capacidad operativa.

Si bien se cuenta con una normativa y una institucionalidad para prevenir, sancionar y atender los casos de violencia contra la mujer y los miembros de la familia, estas políticas resultan insuficientes y poco efectivas debido a que no están respaldadas por una decisión política y económica que le permita contar con personal especializado, recursos, logística e infraestructura necesaria para abordar tan complejo problema. Es decir, el fortalecimiento de la institucionalidad del MIMP y la efectividad de la Estrategia nacional de prevención de la violencia de género contra las mujeres, pasa por una decisión y un respaldo político y económico.

El desarrollo de capacidades para la empleabilidad, la inserción laboral y la generación de fuentes de ingreso económico, permitirán que la mujer se haga más autónoma e independiente de su pareja, por ello mismo, no permitirá ni tolerará más violencia de ningún tipo sobre ella y los miembros del grupo familiar. El trinomio género, empleo y educación será clave en el desarrollo de capacidades para la empleabilidad y la inserción laboral.

La violencia en los integrantes del grupo familiar desde un enfoque de salud pública y de derechos humanos, implicará que el Estado enfrente las barreras de género, considerar el costo-oportunidad del trabajo para las mujeres, no mantener los roles estereotipados en el trabajo, insertar laboralmente a las mujeres para

lograr de ellas el empoderamiento social, económico y político. Al mismo tiempo, el Estado, a través del Ministerio de Trabajo deberá fiscalizar y acompañar a las mujeres trabajadoras, promover el enfoque de género en el plano laboral y certificar las capacitaciones que reciban las mujeres.

BIBLIOGRAFÍA

Alonso Varea, J. y Castellanos Delgado, J.: "Por un enfoque integral de la violencia familiar", *Revista Psychosocial Intervention*, vol.15, núm. 3, 2006.

Benveniste, E.: *Problemas de lingüística general,* Siglo Veintiuno, México, 1996.

Carmona Otálvaro, J. y Jaramillo Zapata, J.: "Análisis de las perspectivas teóricas sobre la noción de violencia, y su relación con la violencia intrafamiliar", Katharsis, Colombia, vol. 16, 2013.

Ferrer Pérez, V. y Bosch-Fiol, E.: "El Género en el análisis de la violencia contra las mujeres en la pareja: de la "ceguera" de género a la investigación específica del mismo", Anuario de Psicología Jurídica, vol. 1, 2014.

Hernando Gómez, A., Malaver López, P. y Pazos Gómez, M.: "Experiencias positivas y negativas en relaciones de pareja de jóvenes y adolescentes", *Revista de Psicología, Universidad de Chile*, vol. 26, 2016.

González Guzmán, R.: "La medicina social ante el reporte de la Comisión sobre los Determinantes Sociales de la Salud", *Medicina Social*, vol. 4 (2), 2009.

Lévi-Strauss, C.: *Antropología estructural*, Barcelona, Paidós, 1995.

Lévi-Strauss, C., Gough, K. y Spiro, M: *Polémica sobre el Origen y la Universalidad de la Familia*, Barcelona, Anagrama, 1956.

Lila, M.: "Investigación e Intervención en Violencia contra la Mujer en las relaciones de Pareja", *Psychosocial Intervention,* (2), 2010.

Linares Pérez, N.: "Aplicación de los enfoques de salud de la población y los determinantes sociales en Cuba", Revista Cubana de Salud Pública, núm. 41, (1), 2015.

Rengifo Arias, C., Carmona Otálvaro, J. y Baena Vallejo, G.: "Análisis de las políticas públicas sobre violencia intrafamiliar en Colombia: Abordaje de acuerdo a la función y el sentido del fenómeno violento dentro la familia", *Revista Interdisciplinaria*, Centro Interamericano de Investigaciones Psicológicas y Ciencias Afines, vol. 36, núm. 2, 2019.

Ruiz, Y.: "Biología, Cultura y Violencia", Trabajo presentado en las Jornads de Foment de la Investigació, Universitat Jaume I, 2003.

Sanmartín, J.: *La violencia y sus claves*, Ariel, Barcelona, 4ª edición, 2000.

Uribe Aramburo, N.: "Nuevas perspectivas sobre violencia intrafamiliar. Un enfoque psicoanalítico", *Revista Affectio Societatis*, vol. 7 (13), 2010.

Valega, C.: *Avanzamos contra la indiferencia: Comentarios a la Nueva Ley para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra las Mujeres y los Integrantes del Grupo Familiar.* Lima, IDEHPUCP, 2015.

Vargas Velásquez, A.: *Notas sobre las políticas públicas*, Almudena Editores, Bogotá, 1999.

Yanes Cedres, J. y Gonzáles Méndez, R.: "Correlatos cognitivos asociados a la experiencia de violencia interparental", *Psicothema*, vol. 12, núm. 1, 2000.

ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA DE LAS RONDAS URBANAS Y CAMPESINAS DE PERÚ EN LA PERSPECTIVA DE LA JUSTICIA INTERCULTURAL*

ADMINISTRATION OF JUSTICE OF THE URBAN AND PEASANT ROUNDS OF PERU IN THE PERSPECTIVE OF INTERCULTURAL JUSTICE

Rev. Boliv. de Derecho Nº 34, julio 2022, ISSN: 2070-8157, pp. 854-877

* El presente artículo toma como base la tesis del suscrito titulada Hechos punibles y administración de justicia de las rondas de la Provincia de Moyobamba. 2018-2019, para optar el grado académico de magister en Derecho Penal en la Universidad Federico Villareal, Lima-Perú.

Edwin
Humberto
VARGAS DAZA

ARTÍCULO RECIBIDO: 8 de enero de 2022
ARTÍCULO APROBADO: 30 de abril de 2022

RESUMEN: En el presente estudio se expone el modo de proceder de los miembros de las rondas urbanas y rondas campesinas de Perú, desde la experiencia de la provincia de Moyobamba; ello en razón a que las autoridades del sistema de la administración de justicia ordinaria están expectantes de los procedimientos de la justicia comunal y exigen mayores avances desde la perspectiva de la justicia intercultural.

PALABRAS CLAVE: Rondas urbanas; rondas campesinas; administración de justicia; justicia intercultural.

ABSTRACT: *This study presents the way of proceeding of the members of the urban rounds and peasant rounds of Peru, from the experience of the province of Moyobamba; this is because the authorities of the system of the administration of ordinary justice are expectant of the procedures of communal justice and demand greater progress from the perspective of intercultural justice.*

KEY WORDS: Urban rounds; peasant rounds; administration of justice, intercultural justice.

SUMARIO.- I. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA Y MÉTODO.- II. JUSTICIA INTERCULTURAL: UNA DENOMINACIÓN MULTIFACÉTICA.- III. JUSTICIA INTERCULTURAL EN EL PERÚ: ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL Y CASUÍSTICO DE UN CAMBIO ACTITUDINAL EN MARCHA.- IV. ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA DE LAS RONDAS URBANAS Y CAMPESINAS: HABLAN LOS OPERADORES DE JUSTICIA.- V. RETOS DE LA ADMINISTRACIÓN DE LA JUSTICIA COMUNAL Y LA JUSTICIA INTERCULTURAL.- VI. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES.

I. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA Y MÉTODO.

El presente trabajo de investigación tiene por objetivo determinar la manera en que los miembros de las rondas urbanas y campesinas[1] de la provincia de Moyobamba, Perú, aplicaron la legislación penal en el ámbito de su competencia[2]. Asimismo, se evaluó el modo en que los ronderos realizan sus labores de administración de justicia[3] que la Constitución Política les faculta[4]; además, se analizó el nivel de comprensión y conocimiento sobre la legislación penal que

1 Las rondas urbanas y campesinas se constituyeron en Perú formalmente desde los años 70 en organizaciones de defensa de los intereses de la población rural frente a la poca o nula presencia del Estado. Las rondas forman parte de un sistema comunal peculiar y resultan un modo de autoridad comunal en los lugares o espacios rurales del país en que existen –estén o no integradas a Comunidades Campesinas y Nativas preexistentes. Las rondas campesinas, que se inscriben dentro del contexto de las formas tradicionales de organización comunitaria y de los valores andinos de solidaridad, trabajo comunal e idea del progreso han asumido diversos roles como seguridad y desarrollo y también los vinculados al control penal en tanto aplican las normas del derecho consuetudinario que les corresponda y expresen su identidad cultural; es así que se autodenominan ronderos. Los integrantes de las rondas campesinas cumplen, con el requisito de pertenecer a un grupo cultural y étnico particularizado. Desde la perspectiva subjetiva, tienen conciencia étnica o identidad cultural: afirman rasgos comunes y se diferencian de otros grupos humanos y sienten que su comportamiento se acomoda al sistema de valores y a las normas de su grupo social, su conducta observable refleja necesidad de identidad y de pertenencia (Arbulú, 2010).

2 En el caso de los ronderos la comisión de un hecho punible que ellos puedan sancionar no resulta del todo fácil de resolver. Los aspectos y las características culturales, educativas, de idiosincrasia, familiares y sociales influyen en su quehacer y comprender. Más todavía cuando la administración de justicia se trata de una práctica ancestralmente asumida en las comunidades. La comprensión de los hechos, para el caso de los ronderos, puede resultar incluso subjetiva pues lo que para ellos constituye un comportamiento "malo" para la justicia ordinaria no pudiera serlo; o lo que ellos creen entender por "justicia", en ciertos, casos podría ser una injusticia. En todo caso, siendo este un asunto que va más allá del Derecho y que tiene que ver con la historia, la sociología, la antropología y las tradiciones no está exento de controversia y discusión, para unos y para otros.

3 A este tipo de administración de justicia se le ha denominado también justicia comunal, justicia indígena, justicia nativa, jurisdicción especial comunal-ronderil o justicia popular. En cualquiera de los casos se trata de instancias social y legalmente reconocidas y aceptadas por la población y el Estado.

4 El art. 149 de la Constitución establece que las autoridades de las comunidades campesinas y nativas, con el apoyo de las Rondas Campesinas, pueden ejercer las funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial de conformidad con el derecho consuetudinario, siempre que no violen los derechos fundamentales de la persona.

• Edwin Humberto Vargas Daza
Abogado por la Universidad de San Martín de Porres, Lima. Con estudios culminados de Maestría en Derecho Penal en la Universidad Nacional Federico Villareal, Lima y doctorado en la Universidad Nacional Pedro Ruíz Gallo, Lambayeque. Actual Fiscal Provincial Penal Titular de la Fiscalía Provincial Corporativa del Distrito Fiscal de San Martín, Perú. Correo: vargas.edwin@hotmail.com.

asumen, el nivel de articulación que realizan con los representantes del Ministerio Público y la Policía Nacional, como parte de su competencia en justicia comunal[5].

El estudio plantea la preocupación de las autoridades de la Provincia de Moyobamba respecto a la labor que realizan las rondas campesinas y urbanas, que si bien se trata de instancias jurisdiccionales reconocidas constitucional[6], legal[7] e históricamente; dichas autoridades tienen posturas encontradas sobre ellos, puesto que, por un lado, tendrían cierto recelo o críticas en el desempeño de las rondas y, por otro lado, la población respalda, respeta y confía incluso más en la labor de las rondas que en los mecanismos formales de resolución de conflictos.

Nos interesa abordar esta problemática ya que preocupa el hecho de saber que los ronderos de la Provincia de Moyobamba al ejercer la administración de justicia dejen de lado los Principios y valores fundamentales de un Estado Constitucional de Derecho. Esta afirmación también es corroborada en los estudios de Ruiz Molleda[8], Instituto Peruano de Educación en Derechos Humanos y la Paz (2006), Pontificia Universidad Católica del Perú (2009) y Franco y Gonzales[9]. Dichos autores señalan que, si bien la justicia comunal expresada a través de las rondas urbanas y campesinas cumplen una labor meritoria, necesaria y estratégica para

5 La justicia comunal conjuga dos dimensiones: justicia y comunidad. El concepto de justicia puede entenderse como aquel valor y acción material humano que frente al conflicto se orienta por una distribución equitativa de bienes o intereses a partir de la decisión de los miembros de un grupo social determinado. Siendo la justicia un producto social que se deriva de los imaginarios de una comunidad, un pueblo, una cultura o una civilización, en relación con el ser humano, con el runa, y la Madre Naturaleza y la Pacha, el Cosmos [Peña. J.: *Justicia Comunal en los Andes del Perú alternativa de paradigma en los procesos de reforma judicial, el caso de Calahuyo.* Lima, 2000].

6 A nivel constitucional, en Perú ha ocurrido un proceso constituyente muy similar al desarrollado en Colombia, cuya Constitución de 1991 implicó el mayor reconocimiento de la autonomía de las comunidades indígenas en materia de administración de justicia en la historia constitucional. Hasta entonces, los integrantes de los pueblos indígenas habían sido tratados por el derecho nacional bajo modelos paternalistas, tutelares y asimilacionistas (Roa, 2014). Incluso Ardito Vega, W.: "Retos que el pluralismo jurídico plantea al poder judicial en el Perú", en Corte Suprema de Justicia de la República (2011). Congresos internacionales sobre justicia intercultural en pueblos indígenas, comunidades andinas y rondas campesinas, Lima, 2011, hace mención que en el momento de la promulgación del artículo constitucional que reconocía la jurisdicción indígena, este no contaba con el respaldo del Ministerio Público y el Poder Judicial, y ambas entidades lo percibieron con recelo. Chirinos Soto, que aquel entonces era constituyente, expresaba la opinión de muchos magistrados, al considerar este artículo como un texto "complicado e inquietante" que podría tener consecuencias muy negativas para la administración de justicia, teniendo una visión despectiva sobre las comunidades campesinas y nativas. Como se analiza en el presente estudio aun en Perú, muchos operadores de justicia se resisten a dejar de lado su actitud paternalista, prejuiciosa y discriminadora sobre los pueblos indígenas.

7 Las rondas campesinas se rigen por la Ley N° 27908, Ley de Rondas Campesinas y su Reglamento el Decreto Supremo 025-2003-JUS. Dicha normativa les reconoce una serie de obligaciones que las rondas deben de cumplir, así tenemos que las rondas deben: estar inscritas en Registros Públicos y en la Municipalidad de su jurisdicción, contar con su respectiva acreditación, existir solo una ronda en un mismo ámbito comunal, coordinar con autoridades estatales y con otras organizaciones sociales, apoyar a las Comunidades Campesinas en la tarea de administrar justicia, colaborar en la resolución de conflictos en hechos ocurridos dentro de su jurisdicción, realizar funciones de conciliación extrajudicial y de seguridad y paz comunal, dentro de su ámbito territorial, solicitar el apoyo de la fuerza pública y otras autoridades del Estado, cuando así lo amerita el caso, entre otras funciones.

8 Ruiz Molleda, J.: *Cuando el Poder Judicial y las rondas campesinas combaten juntos la delincuencia: El aporte de la Corte de San Martin a la coordinación entre el Poder Judicial y la justicia indígena*, Themis, Lima, 2019.

9 Franco, R. y Gonzales, M.: *Las mujeres en la justicia comunitaria: víctimas, sujetos y actores*, Instituto de Defensa Legal, Lima, 2009.

salvaguardar la tranquilidad y la seguridad ciudadana, en ciertos casos, los abusos, arbitrariedades y sanciones corporales que imponen en ciertos casos, desmerece toda labor de las rondas. Incluso en ciertos casos, las autoridades judiciales a fin de hacerse respetar llegan a "imitar" el tipo de sanción corporal que se imponen en las instancias de la justicia comunal, como ocurrió con la *High Court* de Trinidad y Tobago [10].

Respecto al método aplicado para la obtención de la información, se debe señalar que se entrevistó a jueces, efectivos policiales y fiscales con competencia jurisdiccional de la provincia de Moyobamba, además de entrevistar a los presidentes de distintas rondas campesinas que administran justicia dentro de una jurisdicción comunal o indígena[11]. Todos los participantes están involucrados en la problemática, por tanto, la conocen y están en condiciones de plantear alternativas de solución. A ello se suma que se aplicó la técnica del análisis de la fuente documental: legislación, doctrina y jurisprudencia. Todo ello nos ha permitido contar con datos actualizados, relevantes, ciertos y confiables.

Desde la presente investigación debemos señalar que creemos y apostamos por mecanismos alternativos de solución de conflicto, y más todavía cuando se trata de mecanismos constitucionalmente avalados, como lo son las rondas campesinas y urbanas; no obstante, creemos también que todo mecanismo o instancia alternativa a la administración de justicia formal, debe estar orientado y enmarcado dentro del cauce constitucional, legal, penal, procesal penal y desde los principios de la justicia intercultural[12] para evitar excesos, abusos o arbitrariedades. A continuación, se exponen los resultados obtenidos en el presente estudio.

10 Fue conocida la condena impuesta por la *High Court* de Trinidad y Tobago por el delito de intento de violación y sentenciado a 20 años de cárcel con trabajos forzados y a recibir 15 latigazos con el "gato de nueve colas", que es un instrumento de nueve cuerdas de algodón trenzadas, cada una de aproximadamente 30 pulgadas de largo y menos de un cuarto de pulgada de diámetro, asidas a un mango. Las nueve cuerdas de algodón son descargadas en la espalda del sujeto, entre los hombros y la parte baja de la espina dorsal. Este instrumento está diseñado para provocar contusiones y laceraciones en la piel del sujeto a quien se le aplica, con la finalidad de causarle grave sufrimiento físico y psíquico (Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Caesar versus Trinidad y Tobago, 2005).

11 La jurisdicción comunal o indígena existe cuando se produce una vocación de reafirmación de la comunidad, que permita descubrir su decisión de asumir el manejo de su destino, a partir de una identidad determinable, y de la posibilidad de rastrear usos y prácticas ancestrales. La Constitución reconoce el derecho a la diversidad y, tratándose de comunidades indígenas, establecidos los elementos que permiten tenerlas como tales, para determinar la procedencia de la jurisdicción especial, prima la vocación comunitaria, expresada, fundamentalmente por sus autoridades, y en ocasiones refrendada por la comunidad, para asumir el manejo de sus asuntos, extender y reafirmar sus prácticas de control social y avanzar en la definición de su propio sistema jurídico, como manera de afirmación de su identidad (Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-552/03, del 10 de julio de 2003).

12 La interculturalidad debe asumirse como un proceso social y cultural permanente, donde debe producirse una deliberada intención de relación dialógica, democrática, participativa y recíproca entre los miembros de las culturas involucradas en el proceso, y no solamente la coexistencia o contacto inconsciente o de hecho entre ellos. También, se puede afirmar que la interculturalidad es fundamental para la construcción de una sociedad solidaria, democrática y hasta ambientalista, de respeto mutuo con el entorno ambiental (Zúñiga y Ansión, citados por Quiñonez, 2018). Para Cortina, A.: *Tolerancia y solidaridad*, Universidad de Valencia, 2007, la interculturalidad está basada en un diálogo que fomente el respeto mutuo, pero desde la consideración del otro como un *alter ego*, en un intercambio entre culturas que se dirija hacia la comprensión, la interacción, la inclusión y la igualdad efectiva.

II. JUSTICIA INTERCULTURAL: UNA DENOMINACIÓN MULTIFACÉTICA.

La denominación justicia intercultural[13] posee la característica de ser, al mismo tiempo, teórica, argumentativa, orientativa y aplicativa. Para el Poder Judicial (2010) siendo nuestro país un recinto que alberga la heterogeneidad y la pluralidad en la que coexisten dinámicamente diversas culturas y etnias que tienen su particular cosmovisión, racionalidad, manera de vivir, lenguas, tradiciones, construcción del tiempo y el espacio, se requieren sistemas constitucionales, normativos y mecanismos que permitan solucionar sus conflictos, así como la necesidad de garantizar el derecho de toda persona perteneciente a una comunidad cultural a la tutela judicial efectiva y al libre acceso al sistema de impartición de justicia.

En la línea de Zúñiga y Ansión, citados por Ontiveros Yulquila, la interculturalidad, como principio rector, implica orientar procesos sociales y culturales que conlleven al reconocimiento mutuo del derecho a la diversidad; que en nuestro caso tiene que ver con la administración de justicia y el modo de convivencia. Al mismo tiempo, la perspectiva intercultural también debe enfrentar todas las formas de discriminación, segregación y desigualdades sociales, culturales, económicas y políticas. Debe contribuir permanente y de modo participativo por unas relaciones dialógicas y equitativas entre los miembros de universos culturales diversos, como es el caso peruano.

Poniendo en práctica la justicia intercultural, esta implica, por ejemplo, el reconocimiento de los derechos lingüísticos. La lengua se constituye colectivamente en el seno de una comunidad y es también en el seno de esta comunidad que las personas usan la lengua individualmente. De esta manera, el ejercicio de los derechos lingüísticos individuales lo puede hacer efectivo si se respetan los derechos colectivos de todas las comunidades y todos los grupos lingüísticos. No habrá una verdadera justicia intercultural si esta no considera los derechos lingüísticos[14].

13 La interculturalidad implica la actitud de asumir positivamente la situación de diversidad cultural en la que uno se encuentra. Esta perspectiva se convierte en un principio orientador de la vivencia personal en el plano individual y el principio rector de los procesos sociales en el plano axiológico social. El asumir la interculturalidad como principio normativo en esos dos aspectos individual y social constituye un importante reto para un proyecto educativo moderno en un mundo en el que la multiplicidad se vuelve cada vez más insoslayable e intensa [Zúñiga y Ansión, citados por Ontiveros Yulquila, A.: "Relaciones entre los pueblos originarios y los estados a través de la justicia estatal", en Corte Suprema de Justicia de la República (2011). Congresos internacionales sobre justicia intercultural en pueblos indígenas, comunidades andinas y rondas campesinas, Lima, 2011].

14 A fin de asegurar los derechos lingüísticos se ha aprobado el Decreto Supremo n° 002-2015-MC que establece la creación del Registro Nacional de Intérpretes y Traductores de Lenguas Indígenas u Originarias del Ministerio de Cultura (art. 1), que a su vez está integrado por el Registro de Intérpretes de Lenguas Indígenas u Originarias, creado por el Decreto Supremo N° 005-2013MC según lo establecido en su numeral 95.10 del art. 95 y por el Registro de Intérpretes de Lenguas Indígenas u Originarias para procesos de Consulta Previa, creado mediante Resolución Viceministerial N° 001-2012-VMIMC.

En ese sentido, la Declaración Universal de los Pueblos Indígenas, señala que los Estados deben articular los derechos lingüísticos de comunidades, grupos y personas que comparten un mismo espacio es imprescindible para garantizar la convivencia, pero llevar a cabo esto resulta sumamente complejo en países como el Perú. Por ello la Declaración tiene en cuenta los derechos de las comunidades lingüísticas asentadas históricamente en su territorio con el fin de establecer una gradación, aplicable en cada caso, de los derechos de los grupos lingüísticos con diferentes grados de historicidad y de autoidentificación, y de los individuos que viven fuera de su comunidad de origen.

Para llevar a cabo los principios y el marco orientador de una justicia intercultural, el Poder Judicial ha desarrollado, por un lado, una institucionalidad sobre justicia intercultural, para ello ha creado e implementado desde el 2010 la Oficina Nacional de Justicia de Paz y Justicia Indígena. Por otro lado, ha aprobado una serie de normativa que le permite a dicha Oficina y a toda la estructura organizacional y operativa del Poder Judicial desarrollar y aplicar una justicia intercultural. Nos referimos a la Hoja de Ruta de la Justicia Intercultural del año 2012, aprobada mediante Resolución Administrativa n° 499-2012-P-PJ, que le otorgó una serie de funciones y competencias para construir un sistema de justicia intercultural, que involucre como beneficiarios a un sector del tejido social históricamente relegado como es aquel formado por las comunidades y rondas campesinas de las zonas rurales del país.

Para ello, le corresponde a la Oficina Nacional de Justicia de Paz y Justicia Indígena, formular, planificar, gestionar, ejecutar y evaluar las actividades que ejecuta el Poder Judicial para el desarrollo y fortalecimiento de la justicia de paz en el país, así como las funciones de diseñar, promover, impulsar y sistematizar las acciones de coordinación entre la jurisdicción ordinaria, la justicia de paz y la jurisdicción especial acorde con lo establecido por el art. 149° de la Constitución Política del Estado (Oficina Nacional de Justicia de Paz y Justicia Indígena, Portal web, 2022).

Por su lado, el Poder Ejecutivo ha aprobado el Manual para el empleo del quechua *chanka* en la administración de justicia, elaborado por el Ministerio de Cultura (2014) en la que evidencia la necesidad de generar herramientas culturalmente pertinentes que promuevan la comunicación efectiva entre las autoridades de la jurisdicción ordinaria y la población usuaria que habla una lengua indígena. Por ello, el Ministerio de Cultura, a través del Viceministerio de Interculturalidad, ha comenzado la elaboración de materiales bilingües que faciliten la comunicación entre ambos actores. El Manual para el empleo del quechua *chanka* en la administración de justicia, presenta diálogos bilingües en las lenguas castellano y quechua *chanka*, sobre las situaciones más recurrentes en la región de

Ayacucho. Pretende brindar a las autoridades de la jurisdicción ordinaria de esta región y de otras regiones del Perú donde se habla la lengua quechua *chanka*, la posibilidad de comunicarse en ella.

III. JUSTICIA INTERCULTURAL: ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL Y CASUÍSTICO DE UN CAMBIO ACTITUDINAL EN MARCHA.

A fin de precisar que la puesta en práctica de la justicia intercultural ha sido parte de un proceso de aprendizaje para los jueces, fiscales y policías, por ello es necesario señalar que el Poder Judicial ha tenido una comprensión y una postura inicial sobre la justicia intercultural y sobre los aspectos culturales llenos de prejuicios. Así por ejemplo en el Expediente 98-93- Distrito Judicial de Lambayeque, muestra una subvaloración de la diferencia cultural, al denominar "medicina folklórica" al conocimiento y prácticas medicinales. Este término es parte de una comprensión que descalificaba todo saber y prácticas no occidentales como inferiores: en la cultura occidental hay religión, en la otra brujería; en una la medicina, en las otras la medicina folklórica, en una existe derecho, en las otras costumbres. En los años 90 los jueces carecían de categorías para denominar la diversidad cultural sin usar conceptos peyorativo[15].

Otro caso ilustrativo de este proceso de comprensión judicial es el Expediente 98-0175-191601-SP. Distrito Judicial de Loreto del 10 de agosto de 1999. En este caso, el juez hace referencia a "pueblos ya civilizados" en relación a los pueblos indígenas, presuponiendo que éstos serían pueblos incivilizados. Para este caso, el Poder Judicial consideraba a los pueblos indígenas como culturas atrasadas e inferiores. El juez tenía la imagen de la cultura nativa como relajada de la moral sexual y casi salvajes y que carecen de autocontrol.

La falta de comprensión judicial sobre el fenómeno cultural y lo histórico presente en las prácticas de las comunidades también se evidenciaba en los Expedientes 98-173 Distrito Judicial de Loreto (17.2.1999) y Exp. 98-302 Loreto, en la que se dan cuenta de que los jueces de dichos casos, el haber dado muerte al brujo parece estar justificado dentro de la cultura de los nativos procesados. Para los jueces, no se trataba de que la cultura nativa no valore la vida, sino de que los procesados creían firmemente que los brujos eran causantes de muertes y constituían una amenaza permanente contra la vida de los demás, por lo que su muerte quedaría "justificada".

En otros casos, se evidenciaba resistencia de los jueces del Poder Judicial para aceptar el pluralismo legal reconocido en el art. 149 de la Constitución Política.

15 Yrigoyen Fajardo, R.: *Pautas de coordinación entre el derecho indígena y el derecho estatal*, Fundación Myrna Mack, Guatemala, 1999.

Son numerosos los casos de ronderos perseguidos penalmente por administrar justicia en los fueros de su comunidad. Ello se evidencia en los Exp. 276-93. Corte Superior de Ancash (23.8.1999) y Exp. 504-96. Excepción de naturaleza de acción, del Primer Tribunal Correccional de Huaraz (27.9.1996) y Exp. 110-98. Sentencia de la Corte Superior de Ancash (23.11.1998).

Estos casos daban cuenta de la visión "compasiva", prejuiciosa y desconfiada de los jueces hacia los indígenas al considerarlos como incivilizados. Otros jueces sentían recelos de la labor que realizaban los jueces comunales, sentían que les restan autoridad o que se les reducía su poder jurisdiccional. En los jueces hasta los años 90 predominaba una mentalidad monista de la justicia, racista, discriminatoria y prejuiciosa de lo cultural o histórico. El paradigma y los principios de la justicia intercultural eran aún desconocidos.

Siendo el Perú un país multicultural y de un legado histórico antiquísimo y complejo, la administración de justicia ordinaria, con el transcurrir del tiempo ha entendido e incorporado esta comprensión histórica y cultural a su práctica jurisdiccional. Es así que en la sentencia 975-04 del 9 de junio del 2004, la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema absolvió a los ronderos, señalando que el art. 149° de la Constitución Política permite a las rondas campesinas administrar justicia. La sentencia precisó que, además, las rondas están facultadas para detener personas, para procesarlas y para aplicar las sanciones necesarias, siempre que no vulneren los derechos fundamentales.

Años más tarde, en el 2008, se realizó el Pleno n° 11 Jurisdiccional Regional Penal de la región Amazónica, donde los magistrados de las Cortes Superiores de Amazonas y San Martín promovieron que se reflejara la necesidad de reconocer la función jurisdiccional de las rondas campesinas. Los acuerdos de este Pleno no tenían carácter vinculante, pero permitieron apreciar un cambio en la percepción de la Corte Superior de San Martín, años atrás reacia a admitir la competencia de las rondas[16].

En el 2009, el Poder Judicial asume que la actuación de las rondas debe contar con dos elementos: 1) el elemento objetivo, es decir, con independencia de lo personal: el agente ha de ser un rondero, y, 2) elemento territorial: la conducta juzgada ha de haber ocurrido en el ámbito geográfico de actuación de la respectiva ronda campesina, necesariamente presentes a la calidad del sujeto o el objeto sobre los que recae la conducta delictiva (Acuerdo Plenario N° 1-2009/CJ-116, emitido en el V Pleno Jurisdiccional de las Salas Penales Permanente y Transitorias de la Corte Suprema de Justicia de la República del Poder Judicial).

16 Ardito Vega, W.: "Retos que el pluralismo jurídico plantea al poder judicial en el Perú", cit.

Cabe también señalar la sentencia del caso Curva del Diablo, en la que la Sala Penal de Apelaciones Transitoria y Liquidadora de Bagua, sostiene que las autoridades originarias de las comunidades tienen funciones jurisdiccionales de acuerdo al uso y costumbre, en el marco del irrestricto respeto a los derechos humanos. Dicha sentencia también hace referencia a la identidad étnica y cultural como atenuante a la hora de fijar una pena y reconoce el pluralismo jurídico como un "sistema de normas arraigado por costumbres ancestrales y una cultura distinta a la nuestra", confirmando los derechos a la identidad cultural, a ser diferente y vivir según sus propias costumbres y cultura.

Ha transcurrido muchos años y la práctica de una justicia intercultural en el Poder Judicial ha sido más relevante y significativa. El cambio de la mentalidad de los jueces hacia la cultura, los aspectos históricos, los indígenas, las comunidades nativas y la justicia comunal ha sido significativa. Eso se evidencia en sentencias y resoluciones en la que deja entrever la comprensión de la justicia intercultural y los aspectos culturales del procesado. Así se cuenta con el Exp. 975-04 y Exp. 752-06 de la Corte Suprema la cual amparándose en el art. 149 de la Constitución Política reconocen que las rondas campesinas sí tienen facultad para impartir justicia.

A nivel jurisdiccional también se cuenta con una jurisprudencia emblemática sobre justicia intercultural: el Acuerdo Plenario n° 1-2009 adoptado en el V Pleno Jurisdiccional de las Salas Permanentes y Transitorias de la Corte Suprema de Justicia de la República (rondas campesinas y Derecho Penal). En este Acuerdo Plenario, el Poder Judicial resuelve que el alcance del fuero comunal rondero lo exime de ser denunciado por el delito de usurpación de funciones (art. 361° del Código Penal) en la medida de que el rondero actúa en ejercicio de la función jurisdiccional comunal constitucionalmente reconocida y garantizada. También se rechaza la imputación por delito de secuestro (art. 152° del Código Penal) puesto que el rondero procede a privar la libertad como consecuencia del ejercicio de la función jurisdiccional –detención coercitiva o imposición de sanciones-.

Asimismo, agrega dicho Acuerdo Plenario que la actuación de las rondas campesinas y de sus integrantes no está orientada a obtener beneficios ilegales o fines de lucro, y –en principio- la composición y práctica que realizan tienen un reconocimiento legal, que las aleja de cualquier tipología de estructura criminal (banda o criminalidad organizada) asimilable a aquellas que considera el Código Penal como circunstancias agravantes o de integración criminal (arts. 186°, párrafo 2, inciso 1, y 317° del Código Penal).

El Acuerdo Plenario señala además que se debe tener en cuenta que los patrones o elementos culturales presentes en la conducta del rondero tienen entidad para afectar el lado subjetivo del delito, vale decir, la configuración del injusto penal y/o su atribución o culpabilidad, al punto que pueden determinar –si

correspondiere-: 1) la impunidad del rondero, 2) la atenuación de la pena, o 3) ser irrelevantes.

Cabe señalar que el Poder Judicial en el Acuerdo Plenario nº 1-2009[17], ha reconocido la función de administrar justicia por parte de las rondas campesinas, precisando las características que deberían poseer la justicia rondera, en un marco de respeto de los procedimientos propios y de los derechos humanos en la perspectiva de armonizar la justicia comunal con la justicia ordinaria. Incluso el Poder Judicial ha realizado esfuerzos institucionales decididos para implementar la justicia intercultural[18]. Todo ello está contribuyendo significativamente para llevar a la práctica estándares básicos para una institucionalidad y una normativa de la justicia intercultural.

Las relaciones sexuales entre los miembros de las comunidades nativas e indígenas y con menores de edad también ha sido materia de una amplia discusión entre los magistrados del Poder Judicial, el cual se ha expresado en el Acuerdo Plenario nº 1-2015 sobre aplicación del art. 15 del Código Penal y los procesos interculturales por delitos de violación de niñas y adolescentes.

De otro lado, la Casación nº 515-2017 PIURA, señala que la jurisdicción especial comunal tiene su límite en el respeto de los derechos fundamentales de las personas. Para su reconocimiento, debe comprobarse la existencia de los elementos: humano, orgánico, normativo y geográfico. La ausencia de alguno de estos elementos, impide la aplicación de lo dispuesto en el art. 18 inciso 3 del Código Procesal Penal; en consecuencia, el hecho punible será de competencia de la jurisdicción penal ordinaria.

Desde el análisis de la doctrina jurisprudencial ha sido Yrigoyen Fajardo[19] quien más ha estudiado este asunto. La autora señala que la jurisdicción especial constituye un fuero para las comunidades campesinas, comunidades nativas y rondas campesinas por el que sus autoridades pueden ejercer funciones jurisdiccionales. Dichas funciones son las potestades que tiene el poder jurisdiccional: conocer,

17 En dicho Acuerdo Plenario se establecen además las acciones o procedimientos ronderiles que, de realizarse, atentan contra el contenido esencial de los derechos fundamentales y, por tanto, serán antijurídicas y al margen de la aceptabilidad del derecho consuetudinario, estos son: 1) priven la libertad de las personas sin causa y motivo razonable –plenamente arbitrarias y al margen del control típicamente ronderil. 2) realicen agresiones irrazonables o injustificadas a las personas cuando son intervenidas o detenidas por los ronderos, 3) violen, amenacen o humillen para que declaren en uno u otro sentido, 4) los juzgamientos sin un mínimo de posibilidades para ejercer la defensa –lo que equivale, prácticamente, a un linchamiento, y 5) la aplicación de sanciones no conminadas por el derecho consuetudinario; (vii) las penas de violencia física extrema –tales como lesiones graves, mutilaciones- entre otras.

18 Una muestra de ello es la aprobación de la Hoja de Ruta de Justicia Intercultural, el Protocolo de Coordinación entre Sistemas, el Protocolo de Atención y Orientación Legal con Enfoque Intercultural, y el Protocolo de Actuación en Procesos Judiciales que involucren a Comuneros y Ronderos.

19 Yrigoyen Fajardo, R.: *Pautas de coordinación entre el derecho indígena y el derecho estatal*, Fundación Myrna Mack, Guatemala, 1999.

juzgar, resolver conflictos, definir derechos y obligaciones concretas, ordenar restricciones de derechos ya sea como penas o medidas, ordenar la prestación de servicios a la comunidad, la reparación de daños y perjuicios, la disposición de bienes. Esta jurisdicción no está obligada a seguir la legislación ordinaria, sino que se rige por el derecho consuetudinario[20], pero no debiendo violar los derechos fundamentales de las personas.

Ello se complementa con lo que sostiene Meini[21] para quien el rondero como consecuencia de su patrón cultural puede actuar de tres modos:

1) sin dolo -error de tipo- al no serle exigible el conocimiento sobre el riesgo para el bien jurídico;

2) por error de prohibición porque desconoce la ilicitud de su comportamiento, esto es, la existencia o el alcance de la norma permisiva o prohibitiva; o

3) sin comprender la ilicitud del comportamiento ejecutado o sin tener la capacidad de comportarse de acuerdo a aquella comprensión.

Es decir, ha sido recién a los inicios del siglo XXI[22] en que los miembros del Poder Judicial[23], el Ministerio Público y la Policía Nacional han aprendido, asumido y aceptado la existencia de otras formas de vida, otros modos de comprender y aplicar el Derecho y de hacer justicia. El reto sigue siendo que esta justicia se mantenga en los parámetros de un Estado Constitucional de Derecho y del respeto a los derechos humanos.

Asimismo, el Poder Judicial, representado por el juez supremo Víctor Prado Saldarriaga[24] con una mirada más crítica de la justicia peruana a los procesos

20 Para la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, citada por Quiñones, M.: *Aplicación de la justicia intercultural en la corte superior de Ayacucho en el marco del derecho al acceso a la justicia. 2015-2017*, Universidad de San Martín de Porres, Lima, 2018, el Derecho consuetudinario es un conjunto de costumbres, prácticas y creencias que los pueblos indígenas y las comunidades locales aceptan como normas de conducta obligatorias y que forma parte intrínseca de sus sistemas sociales y económicos y su forma de vida. Para este Organismo lo que caracteriza al Derecho consuetudinario es precisamente que consiste en un repertorio de costumbres reconocidas y compartidas colectivamente por una comunidad, pueblo, tribu, etnia o grupo religioso, por oposición a las leyes escritas que emanan de una autoridad política legalmente constituida cuya aplicación incumbe a la autoridad, generalmente al Estado.

21 Meini, I.: "Inimputabilidad penal por diversidad cultural", en *Imputación y responsabilidad penal*, ARA Editores, Lima, 2009.

22 Ello ha ocurrido a pesar que Perú mediante Resolución Legislativa n° 26253 del 2 de diciembre de 1993, ya había suscrito el Convenio n° 169 de la Organización Internacional del Trabajo, sobre pueblos indígenas y tribales y en 1987 ya contaba con una Ley General de Comunidades Campesinas. Ley N° 24656. Es decir, han tenido que pasar más de 20 años para que esta normativa se vaya efectivizando en el país.

23 Más no solo ha sido un proceso de aprendizaje y aceptación de parte de los jueces del Poder Judicial, sino que también lo ha sido para los magistrados del Tribunal Constitucional, que en diversas sentencias dan cuenta del cambio de mentalidad de los operadores de justicia, sobre todo jueces, en la comprensión de la justicia comunal, como, por ejemplo, la que contiene el Exp. n° 2765-2014-PA/TC.

24 Cabe mencionar que dicho juez supremo presidió la Comisión de Trabajo sobre Justicia Indígena y Justicia de Paz, creada mediante Resolución administrativa N° 202-2011-P-P, el 11 de mayo de 2011. Es decir,

históricos interculturales, inauguró el X Congreso Internacional de Justicia Intercultural en la ciudad de Tarapoto, San Martín, en setiembre de 2019, el cual contó con la masiva participación de jueces de todas las instancias, líderes de diversas etnias nativas, rondas campesinas y comunidades afrodescendientes. Prado Saldarriaga, presidió la comisión organizadora de dicho Congreso en la que resaltó que: "Este congreso quiere innovar, abordar temas que entendíamos iban a ser polémicos, que sabíamos que no iban a generar un consenso de nuestra actividad, pero que era necesario abordarlos (…) Haremos un balance crítico, técnico y social de estos dos casos emblemáticos de la historia nacional, temas transversales que no siempre produjeron una lectura positiva de lo que hizo el Poder Judicial, de cómo se buscó entender conflictos, situaciones y prácticas que fueron objeto de desvaloración, maltrato y discriminación", señaló Prado Saldarriaga. Agregó que las enseñanzas negativas y positivas de esos casos, serán analizadas, con la distancia del tiempo y una visión más solidaria, clara e intercultural, de lo que entonces aconteció.

Desde el análisis de la jurisprudencia comparada, la Corte Constitucional de Colombia, manifiesta que, para que exista y se reconozca a una jurisdicción indígena o comunal, debe acreditarse los siguientes elementos: 1) elemento humano, que consiste en la existencia de un grupo diferenciable por su origen étnico y por la persistencia diferenciada de su identidad cultural; 2) elemento orgánico, esto es la existencia de autoridades tradicionales que ejerzan una función de control social en sus comunidades; 3) elemento normativo, conforme al cual la respectiva comunidad se rija por un sistema jurídico propio conformado a partir de las prácticas y usos tradicionales, tanto en materia sustantiva como procedimental; 4) ámbito geográfico, en cuanto la norma que establece la jurisdicción indígena remite al territorio; 5) un factor de congruencia, en la medida en que el orden jurídico tradicional de estas comunidades no puede resultar contrario a la Constitución ni a la ley (Sentencia T-552/03, del 10 de julio de 2003).

Por su parte, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (2005) tiene la convicción de que el uso de penas corporales como la flagelación, es un instrumento utilizado para infligir una forma de castigo cruel, inhumana y degradante; por lo que considera que la naturaleza misma de éstas refleja una institucionalización

recién desde el 2011 el Poder Judicial asume institucionalmente la decisión de reflexionar, implementar y articular acciones entre la justicia indígena y la justicia ordinaria. Dicha Comisión toma como referente el Plan Nacional de Reforma Integral de la Administración de Justicia del 24 de abril del 2004), elaborado por la Comisión Especial de Reforma Integral de la Administración de Justicia (CERIAJUS) que en la subárea 6 titulada Justicia de Paz y Justicia Comunal, propone siete proyectos destinados a fortalecer la Justicia de Paz y mejorar las relaciones entre el Poder Judicial y la justicia comunal. También resulta importante mencionar que el 2012 la Corte Suprema de Justicia aprobó La Hoja de Ruta de la Justicia Intercultural. Esta Hoja de Ruta se diseñó con el propósito de "fortalecer en los próximos años la justicia intercultural en el Perú" (párrafo 5). Por ello, plantea una serie de lineamientos y acciones que debe realizar el Poder Judicial para fortalecer su relación con la jurisdicción especial. Además, establece una suerte de principios y compromisos que regirán estas políticas interculturales y la coordinación interforal.

de la violencia que, pese a ser permitida por la ley, ordenada por las autoridades judiciales y ejecutada por las autoridades penitenciarias, constituye una sanción incompatible con la Convención Americana de Derechos Humanos. Como tales, las penas corporales constituyen una forma de tortura y, en consecuencia, una violación per se del derecho de cualquier persona sometida a la misma a que se respete su integridad física, psíquica y mental (Caso Caesar versus Trinidad y Tobago).

Desde Bolivia, el aporte de Campos[25] resulta significativo ya que realiza un análisis *in situ* sobre la aplicación práctica de la jurisdicción indígena luego de haber trabajado en los 36 pueblos indígenas de dicho país. La autora señala que cada pueblo indígena mantiene su propia forma de administrar justicia; es decir, se cuenta con 36 formas de administración de justicia, aunque comparten ciertos elementos. En la nación Aymara, existen bastantes diferencias si sólo se habla territorialmente, en el norte de Potosí poseen un sistema de administración de justicia totalmente diferente que, en La Paz, capital del país. En las zonas altas de La Paz, en las zonas lacustres, el sistema de administración es totalmente diferente. La justicia indígena ha resuelto y resuelve todos los casos, y lo ha hecho por más de 400 años, ello ha sido positivo debido a que el Estado no ha tenido la capacidad de atender, de tener una representación, en estos lugares no existen jueces, fiscales, en muchos casos ni siquiera policías. La experiencia boliviana revela que tanto la justicia indígena como la justicia occidental han logrado coexistir y convivir pacíficamente, ello ha conllevado a que sus autoridades asuman el rol de administrar justicia de modo complementario y colaborativo.

De lo expuesto sobre el análisis jurisprudencial y casuístico de algunas experiencias emblemáticas va quedando claro que la justicia comunal que imparten los pueblos indígenas, ronderos campesinos y urbanos, responde a la necesidad práctica de vivir en paz, tranquilidad y seguridad, a partir de mecanismos comunales de autocuidado, autoregulación y organización propia y autónoma. No han necesitado del Estado para hacerlo; es más, lo hacen a pesar de la incomprensión, prejuicios y limitaciones de los funcionarios del Estado. No obstante, la aplicación de la justicia comunal y la actuación de los ronderos ha sido un proceso de marchas y contramarchas y no exenta de riesgos, abusos y desconocimientos, que en el camino les ha tocado corregir, aprender y aceptar.

Por su lado, los operadores de justicia van dejando de lado los prejuicios, temores, reparos e incomprensión sobre la justicia comunal y van dando paso a otro tipo de relacionamiento entre ellos. Se trata de un cambio actitudinal que han asumido en los últimos años los magistrados como parte de un proceso en marcha a nivel mental, procesal, laboral y profesional, que coadyuva a la vigencia

25 Campos, M.: *La jurisdicción indígena en Bolivia*, Programa FORDECAPI-COSUDE. Bolivia, 2011.

de un Estado Constitucional de Derecho y al respeto del derecho a la integridad desde un enfoque de una justicia intercultural. No obstante, el avance cualitativo señalado, requiere considerar la propia experiencia de los operadores de justicia que día a día van lidiando con este tipo de casos.

IV. ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA DE LAS RONDAS URBANAS Y CAMPESINAS: HABLAN LOS OPERADORES DE JUSTICIA.

Para conocer y describir esta categoría temática se entrevistó a jueces[26], fiscales[27], efectivo policial[28] y presidentes de las rondas campesinas[29] a quienes se les preguntó: ¿De qué manera las rondas aplican la legislación penal en el ámbito de su competencia?

De acuerdo a Vergara Villanueva, las rondas campesinas en e*stricto sensu* no aplican la legislación penal (positivismo-Código Penal, ni Código Procesal Penal), empero sí determinan por su conocimiento consuetudinario la transgresión a la ley (y sus propias costumbres), siendo que frente a ello imponen la estructura de su proceso, determinando sanciones distintas a las establecidas en el Código sustantivo (por ejemplo, la cadena ronderil). Ergo, no existen normas ni procedimientos que faciliten el acceso de los indígenas al aparato de la administración de justicia, ni se implementan políticas y normas que promuevan el respeto efectivo de sus derechos aplicando el principio de igualdad jurídica, sin desconocer sus propios ordenamientos. Para los pueblos indígenas, las comunidades campesinas y comunidades nativas, así como las rondas campesinas en cuanto expresen una identidad comunal, pueden administrar justicia y solucionar sus propios conflictos. Es decir, pueden investigar, juzgar, sancionar o absolver y quienes deben ejercer la autoridad y la administración de justicia en los pueblos indígenas son las autoridades comunales.

26 Los jueces entrevistados fueron: Luis Alberto Torrejón Rengifo (Juez Superior Titular. Corte Superior de Justicia de Amazonas. Autor del libro "Otra mirada al baguazo. Los retos de la justicia intercultural); José Luis Rosales Torres (Juez Titular del Tercer Juzgado de Investigación Preparatoria, Moyobamba. Corte Superior de Justicia de San Martín); Yolanda Yacila Cuya de Valdivia (Jueza del Segundo Juzgado de Investigación Preparatoria. Corte Superior de Justicia de San Martín); Manuel Ricardo Sotelo Jiménez (Juez Titular del Tercer Juzgado Penal Unipersonal. Moyobamba) y William Suárez Zelada (Juez Titular del 2do Juzgado Penal Unipersonal- Poder Judicial).

27 Los fiscales entrevistados fueron: Jorge Eduardo Vergara Villanueva (Fiscal Titular Superior Penal. Ministerio Público. Distrito Fiscal de San Martín); Segundo Máximo Larios Perleche (Fiscal adjunto Superior titular. 2da Fiscalía Superior Penal. Moyobamba); Claudia Guzmán Fonseca (Fiscal Adjunta de la Primera Fiscalía Penal Corporativo. Ministerio Público); Heniz Yuri Carrero Vidarte (Fiscal de la Segunda Fiscalía Provincial Corporativa) y Aníbal Marcial García Torres (Fiscal Provincial Titular de Moyobamba). Cabe agregar que si bien el suscrito y autor del presente artículo es fiscal provincial de Moyobamba se ha previsto todo lo conveniente durante el desarrollo del estudio a fin de que los resultados y análisis de este no presenten sesgos o pierda objetividad.

28 El efectivo policial entrevistado fue: Ronald Bejarano Avendaño (ST3 PNP. Investigador DEPINCRI Moyobamba).

29 Los ronderos entrevistados fueron: Santos Saavedra Vásquez (Presidente de la Central Única Nacional de las Rondas Campesinas - CUNARC-Perú); Flavio Flores Chuquipoma (Presidente de la Central única Regional de las rondas campesinas) y Merardo Hoyos Guevara (Presidente de la Central única Provincial de las rondas campesinas. Todas las entrevistas se realizaron en setiembre de 2021).

Vergara Villanueva señaló además que la Defensoría del Pueblo ha considerado que dichas autoridades en el ejercicio de sus funciones jurisdiccionales deben respetar los derechos humanos, entre ellos, el derecho a la vida, la integridad, dignidad, etc. En cuanto al principio de unidad y exclusividad de la función jurisdiccional, debe recordarse que la función jurisdiccional en tanto poder/deber del Estado – orientado a juzgar y ejecutar lo juzgado- es única e indivisible por naturaleza, y no cabe entonces entender que puedan existir varias jurisdicciones independientes una de otras, lo único que puede distribuirse es la competencia, es decir, el ámbito material, territorial o funcional sobre el que deberá ejercerse dicha potestad. Siguiendo esta concepción, esto permitiría comprender, dentro del marco constitucional: "que puedan existir otros órganos a los que la Constitución les ha reconocido potestad jurisdiccional para que la ejerzan respecto a ámbitos de competencias especiales, como es el caso del Tribunal Constitucional en materia de derechos fundamentales, el Jurado Nacional de Elecciones cuando actúa como juez electoral, la justicia militar, así como el caso de las autoridades de las comunidades campesinas y nativas de acuerdo con el art. 149 de la Constitución. Sin embargo, sería mejor que el propio texto constitucional recoja esta precisión.

De otro lado, Rosales Torres señala que se han advertido casos en que las rondas campesinas imponen sanciones por delitos menores como hurtos, lesiones, amparado en la llamada "cadena ronderil", en el que el sancionado realiza ejercicios físicos, acciones de ronda o vigilancia, acuerdan pagos como reparación al daño causado, entre otros. Yacila Cuya indica que las rondas campesinas se basan en el Acuerdo Plenario n° 01-2009/CJ-116, en el sentido que les permite realizar actuaciones en el quehacer de su comunidad tales como seguridad y desarrollo y entre ellos los vinculados al control penal en la cual aplican las normas del derecho consuetudinario que les corresponda y expresen su identidad cultural, ante el problema de la falta de acceso a la justicia tratando de buscar soluciones a los conflictos. Sin embargo, estando al reconocimiento efectuado por el Estado, en muchos casos cometen abusos, por lo que ahí tienen que empezar a intervenir la justicia ordinaria.

De acuerdo a la experiencia de Sotelo Jiménez, la intervención de las rondas campesinas, en la persecución de algunas conductas ilícitas dentro de su jurisdicción, resulta positiva, es decir, se acepta que los ronderos ejercen justicia en materia penal. La aplicación de la legislación penal por parte de los ronderos, no se puede señalar como la aplicación de los Código Penal o Procesal Penal, en la forma en que lo hace la justicia ordinaria; sino que los ronderos aplican el derecho consuetudinario (cultura y costumbre) a la hora de administrar justicia.

Suárez Zelada indica que el error es que no existe una ley que les otorgue a las rondas campesinas y urbanas competencia penal ni su función puede ser solo para

arresto ciudadano y que haga la entrega a la Fiscalía o simplemente dar aviso a la Policía Nacional. Hoy en día los ronderos quieren juzgar todo tipo de delito, pero no tendrían competencia. Torrejón Rengifo señala que las rondas aplican la ley penal de conformidad con el art. 149 de la Constitución Política, en concordancia con el art. 20 del Código Penal y el art. 18 del Código Procesal Penal en materia penal, bajo los alcances del Acuerdo Plenario 001-2009/CJ-116-PJ, en temas que aún están por definirse en un proyecto de ley, de desarrollo constitucional, que el Congreso de la República tiene pendiente de aprobar. Por su lado, Guzmán Fonseca señala que los ronderos sancionan delitos menores (hurto de animales, daños que no superan cantidades exorbitantes y otros). No siempre se guían por lo que señala el Código Penal, por lo que pueden sancionar conductas atípicas. Por otro lado, advierte que los procedimientos que emite las rondas comunales (debida notificación, derecho a la defensa, derecho a la contradicción, etc.) en ciertos casos vulnera varios derechos fundamentales.

Carrero Vidarte señala que el Estado ha delegado competencia a favor de las rondas campesinas sobre hechos que afectan a sus propios intereses y valores comunales y solucionan conforme a sus usos y costumbres. Sin embargo, considera que no se han asignado competencias de manera específica lo cual ha conllevado a la confusión y por eso se vienen involucrando en conocer y/o someter a su jurisdicción casos que son de competencia de la justicia ordinaria, por lo que se debe mediante ley establecer concretamente qué casos deben ser sometidos a su conocimiento y jurisdicción.

García Torres refiere que en la Provincia de Moyobamba si bien es cierto existen rondas campesinas, sobre todo, en lo que se conoce como la margen izquierda del río Mayo, en cuyos caseríos se aplica la justicia comunal en apoyo de comunidades campesinas. Sin embargo, existe una tergiversación de ello en las mal llamadas rondas urbanas, las mismas que se asientan sobre todo en las ciudades de Moyobamba, Rioja, Nueva Cajamarca, etc., por lo que el actuar de estas rondas urbanas que es una realidad no se homologa a la ronda campesina o comunal.

Bejarano Avendaño considera que el empirismo de los miembros que conforman los ronderos es inevitable, por ende, sus actuaciones estén alineadas al marco de la ley. Por ello reincidirían en arbitrariedades. Otro factor son los usos y costumbres con el que se ampara estas actuaciones ya que es bien sabido en el argot popular la "eficacia" para impartir justicia.

Respecto a la manera en que las rondas pueden mejorar y/o fortalecer su competencia para administrar justicia, los entrevistados señalan de manera unánime que se debe fortalecer competencias y habilidades de los ronderos a

través de capacitación permanente[30]. Rosales Torres menciona que esto se debe hacer con una estrecha coordinación con los operadores de justicia, a fin de que las acciones a realizar puedan darse de manera conjunta y persiguiendo objetivos comunes. Por su lado, Yacila Cuya considera que debe indicárseles hasta qué punto son sus facultades para evitar abusos, ya que en muchos casos los miembros de las rondas se basan en sus costumbres, y por eso al existir reconocimiento por parte del Estado, es que si no se les orienta adecuadamente se presentan casos en que pueden vulnerar los derechos fundamentales. Sotelo Jiménez señala que las capacitaciones no solo deben ser del ámbito del Derecho, sino de otras disciplinas afines o relacionadas como psicología y antropología. Además, es necesario tender puentes de manera real y permanente entre los ronderos y la Policía Nacional y el Ministerio Público y otros entes legitimados en la labor de prevenir, combatir y sancionar el delito.

Larios Perleche cree que las rondas deben evitar el sectarismo y los privilegios de sus dirigentes. Guzmán Fonseca cree que deben ser más receptivos con la información legal que se les proporciona y capacitarse en temas de conciliación. Carrero Vidarte cree que el Estado como único titular de la jurisdicción tendrá que aprobar leyes de coordinación sobre las competencias y facultades de las rondas campesinas y que la delimite frente a la justicia ordinaria.

Luego de contrastar el análisis de la jurisprudencia con la versión de los propios operadores de justicia (jueces, fiscales, policía y ronderos) va quedando definido los retos que aún persisten tanto para la administración de la justicia comunal en sí como para el rol y el desempeño de los ronderos.

30 La propuesta de fortalecimiento de capacidades y capacitaciones ya había sido planteada en la Subárea 6 del Plan Nacional de Reforma Integral de la Administración de Justicia (2004) que proponía la elección directa de jueces de paz, el fortalecimiento de la justicia de paz, precisar los aspectos procesales de los juzgados de paz, mejorar la redacción a nivel constitucional de la justicia comunal, proponer una ley de desarrollo constitucional y programas de sensibilización y capacitación sobre el Estado Pluricultural de Derecho.

V. RETOS DE LA ADMINISTRACIÓN DE LA JUSTICIA COMUNAL Y LA JUSTICIA INTERCULTURAL[31].

Los retos de la administración de la justicia comunal y el rol de las rondas campesinas y urbanas tienen que ver con aspectos relacionados a lo legal, procesal[32] y en el cambio de paradigma[33], los que se detallan a continuación.

El Consejo Ejecutivo del Poder Judicial debe implementar el Protocolo de coordinación entre sistemas de justicia del Poder Judicial, el cual establece los siguientes principios: respeto mutuo, conformidad con las normas internacionales de derechos humanos, equidad, transparencia, solidaridad, participación y control social, celeridad, oportunidad, gratuidad y flexibilidad, protección de la jurisdicción especial, *pro homine*, coordinación y cooperación, garantía en el acceso a la justicia y la tutela efectiva de derechos, reconocimiento de resoluciones, interculturalidad y reciprocidad. Hay que señalar que dicho Protocolo se aprobó el 2014 y al cabo de los años no ha tenido un impacto realmente significativo entre la labor de los jueces ordinarios y los de la justicia comunal. Es decir, esta mera mención del listado de los principios no ha bastado para que estos se lleven a cabo, sino que se requieren decisiones y acciones concretas que permitan efectivizarlas.

Estamos de acuerdo con Bazán[34] que, en su calidad de investigador académico y juez de Cajamarca, señala que se requiere un diagnóstico in situ de la actuación de las rondas campesinas a la luz de la legislación nacional e internacional, ya que la justicia que aplican las rondas campesinas resulta de un panorama incierto, pues aún quedan aspectos legales y procesales que deben ser esclarecidos por

31 La justicia intercultural plantea la discusión teórica sobre la interculturalidad jurídica la cual consiste en que las distintas jurisdicciones asumen prácticas de convivencia pacífica, respeto a la diferencia, entendimiento, con el fin de resolver los conflictos que se presentan en el marco del pluralismo jurídico igualitario. La interculturalidad jurídica incluye varias definiciones para ver qué es el derecho indígena y en qué consiste el derecho propio [Campos, M.: *La jurisdicción indígena en Bolivia*, cit.]. Aquí también cabe señalar la importancia de la cultura como elemento sustancial para la comprensión del Derecho como fenómeno social (Sentencia del caso el Baguazo. Sala Penal de Apelaciones Transitoria y Liquidatoria).

32 El Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo en su art. 8 señala que "al aplicar la legislación nacional a los pueblos interesados deberán tomarse debidamente en consideración sus costumbres o su derecho consuetudinario". Este articulado debe servir como marco orientador apara todo desarrollo normativo que implique a los pueblos indígenas.

33 Este cambio de paradigma tiene que ver con lo señalado en la Declaración de Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas, aprobada por la Asamblea General el 13 de septiembre de 2007. La Declaración aborda el derecho de los pueblos indígenas al ejercicio de su jurisdicción especial en varios de sus artículos. Así, en su art. 4 reconoce el derecho a la autonomía o autogobierno en tanto manifestación del derecho a la libre determinación y establece que: Los pueblos indígenas, en ejercicio de su derecho de libre determinación, tienen derecho a la autonomía o al autogobierno en las cuestiones relacionadas con sus asuntos internos y locales. Asimismo, el art. 5 de la Declaración establece que: Los pueblos indígenas tienen derecho a conservar y reforzar sus propias instituciones políticas, jurídicas, económicas, sociales y culturales, manteniendo a la vez su derecho a participar plenamente, si lo desean, en la vida política, económica, social y cultural del Estado. Asimismo, la Declaración estipula de modo expreso y contundente que las comunidades tienen derecho a promover, desarrollar y mantener sus estructuras, instituciones y sus propias costumbres, tradiciones, procedimientos, prácticas y, cuando existan, costumbres o sistemas jurídicos, de conformidad con las normas internacionales de derechos humanos (art. 34°).

34 Bazán, F.: *Rondas Campesinas: la otra justicia*, Cajamarca, 2006.

el legislador. La legislación nacional debe orientarse a fortalecer el sistema de administración de justicia a nivel nacional y en la perspectiva de construir un modelo de justicia inclusivo, con mayor legitimidad y eficiencia. La legislación debe reconocer plenamente la existencia de las rondas campesinas, y reconocer normativamente en forma adecuada su rol en materia de administración de justicia. La legislación debe establecer mecanismos de coordinación y cooperación entre las rondas campesinas y los Juzgados del Poder Judicial y Fiscalías del Ministerio Público, ello con el fin de perseguir la gradual integración de los dos sistemas normativos y judiciales respetando sus particularidades y los principios que sustentan el Estado Democrático de Derecho, pluricultural y multiétnico. Se debe conjurar la excomunión que implica enfrentar la negación o duda pertinaz sobre la verdad contenida en la "herejía jurídica" de la otra justicia que ejercen las rondas campesinas en el Perú.

Otro asunto que sigue generando discusión en relación a esta problemática es la de determinar si el rondero o comunero es pasible de una sanción penal cuando en el ejercicio de sus labores ronderiles o en su afán de administrar justicia se excede y vulnera derechos fundamentales. La respuesta no es tan sencilla, toda vez que una realidad tan compleja culturalmente como la peruana requiere de una comprensión mayor y de un análisis interdisciplinario que vaya más allá del Derecho, la ley o la teoría jurídica. Es sabido que en el Perú coexisten sistemas culturales y mentales muy distintos entre sí, con valores, cosmovisiones, sistemas de convivencias diferentes, y en algunos casos, enfrentados entre sí[35]. La justicia ordinaria muchas veces se ve conflictuada con la justicia que se administra en las comunidades campesinas. Es por ello que es posible que fáctica y teóricamente existan personas que aun pudiendo conocer la ilicitud de su actuación, no se planteen dicho problema porque al interior de su comunidad o de su sistema jurídico (como es el caso de los ronderos) hacerlo así está normalizado y permitido. El Derecho Penal, asume estos casos como un error de prohibición.

Una persona actúa en error de prohibición cuando creyendo actuar lícitamente, perjudica o vulnera un bien jurídico protegido. Una comprensión errada de su actuar lícito puede haberse generado por los siguientes motivos: ignorancia de que su comportamiento está prohibido por el ordenamiento jurídico (ignorancia *legis*); pensar que le ampara una eximente por justificación que realmente no se da, o porque dándose, le otorga una amplitud tal que supone haber obrado dentro de los fueros de la norma permisiva e imagina la concurrencia de circunstancias ajenas al hecho que, si, por el contrario, concurriesen, merecerían justificarlo (error *iuris*).

35 Ruiz Molleda, J.: "Justicia Comunal y Justicia Estatal en el Perú: De la Confrontación a la Coordinación", *Derecho Virtual*, año 1, núm. 3, noviembre 2006-enero 2007, señala que entre la justicia comunal y la justicia ordinaria se ha vivido entre el limbo de la confrontación a la coordinación. Si bien en los últimos años ya se ha institucionalizado canales y mecanismos de coordinación, estos no están exentos de dificultades, recelos y confrontaciones.

Aun así, la práctica y la experiencia de los participantes en este estudio señalan que no muchas veces resulta fácil resolver asuntos en los que está inmerso aspectos culturales, históricos o de costumbres de los pueblos.

VI. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES.

El Perú es un país multicultural y de arraigada tradiciones y costumbres que desde nuestros ancestros se han ido desarrollando, evolucionando y recreando a lo largo de la historia. El Derecho Penal no escapa a esa evolución multicultural y compleja. Las rondas campesinas es una expresión de dicha evolución y manifestación cultural, la cual se inscribe en esa realidad histórica nacional y por lo mismo, requiere diferentes tipos de entender la administración de justicia y la convivencia humana. Esta diversidad cultural ha sido motivo de malos entendidos, conflictos y choques no solo culturales sino jurídicos, judiciales y penales entre la justicia ordinaria y la justicia comunal.

Los operadores de justicia (jueces, fiscales, abogados, procuradores y efectivos policiales) tienen el enorme desafío de seguir profundizando en el conocimiento y la comprensión de la dimensión cultural y social de la justicia, del Derecho y de los pueblos indígenas y campesinos. Se observa que aún existe cierto prejuicio, discriminación y sesgos de dichos operadores cuando tratan asuntos relacionados a la justicia comunal o analizan la labor de los ronderos. Los avances dados en términos de cambio actitudinal resultan sustantivos y significativos, más esto aún recién empieza pues generar una práctica de respeto y comprensión cultural es un reto de largo aliento.

Los participantes en este estudio coinciden en señalar que la justicia que aplican los ronderos resulta significativa y necesaria para la preservación de la seguridad ciudadana, la lucha contra la impunidad, la tranquilidad y la protección eficaz de los derechos fundamentales. Sin embargo, la aplicación de esta justicia debe estar enmarcada en los cánones de la Constitución, los derechos humanos y de los Tratados Internacionales suscritos por el Perú. Un auténtico Estado Constitucional de Derecho requiere de un sistema de justicia comunal proba y consecuente con los derechos humanos y fundamentales. La formación permanente, las coordinaciones interinstitucionales y la colaboración recíproca serán necesarios para lograrlo. Como Estado y como sociedad, queda aún mucho por reconocer, aprender y trabajar entre la justicia ordinaria y la comunal.

Las Centrales Únicas Nacional, Regional y Provincial de rondas deberán implementar y regular su labor jurisdiccional en el marco de la norma constitucional, penal y procesal penal. Los reglamentos, manual de funciones y procedimientos deben ser claros, precisos, difundidos y conocidos entre todos los miembros de las rondas a fin de evitar excesos y abusos de atribuciones. Además, deberán

incorporar la presencia de la mujer rondera. Ella sigue siendo invisibilizada en su rol de administrar justicia, en su rol político y social. Ello se debe a que las prácticas organizativas, políticas y sociales de las comunidades campesinas siguen siendo patriarcales o dominadas por los varones.

Las Centrales Únicas Nacional, Regional y Provincial de rondas deberán implementar mecanismos e instancias de acciones articuladas y coordinadas con el Poder Judicial, Ministerio Público y Policía Nacional, a fin de plantear estrategias y objetivos comunes que aseguren el derecho a la integridad de los justiciables e investigados. Esto debe realizarse de manera conjunta con las diversas instancias del Estado, sin sobreponerse a las funciones jurisdiccionales que la Constitución establece para cada una de ellas. Se hace necesario implementar y promover espacios de intercambio, debate y realizar planes integrales y cooperativos entre dichas instancias.

El Poder Judicial, el Ministerio Público y la Policía Nacional deberán diseñar, implementar y ejecutar políticas y programas interinstitucionales sobre justicia intercultural, la cual debe contar con oficinas y personal calificado y que tenga como líneas de trabajo la labor articulada, permanente y cercana con las rondas campesinas para brindarle capacitación, acompañamiento, trabajos comunes, respetando sus fueros y competencias.

Se requiere impulsar a nivel nacional un proceso constituyente que reflexione y ponga en la agenda del país el pluralismo cultural, jurídico, jurisdiccional, social, étnico e histórico, que permita reconocernos en esa diversidad tan compleja, cambiante, y al mismo tiempo, desafiante que significa construir una convivencia democrática, tolerante, inclusiva y participativa.

BIBLIOGRAFÍA

Ardito Vega, W.: "Retos que el pluralismo jurídico plantea al poder judicial en el Perú", en Corte Suprema de Justicia de la República (2011). Congresos internacionales sobre justicia intercultural en pueblos indígenas, comunidades andinas y rondas campesinas, Lima, 2011.

Bazán, F.: *Rondas Campesinas: la otra justicia*, Cajamarca, 2006.

Campos, M.: *La jurisdicción indígena en Bolivia*, Programa FORDECAPI-COSUDE. Bolivia, 2011.

Cortina, A.: *Tolerancia y solidaridad*, Universidad de Valencia, 2007.

Franco, R. y Gonzales, M.: *Las mujeres en la justicia comunitaria: víctimas, sujetos y actores*, Instituto de Defensa Legal, Lima, 2009.

Meini, I.: "Inimputabilidad penal por diversidad cultural", en *Imputación y responsabilidad penal*, ARA Editores, Lima, 2009.

Ontiveros Yulquila, A.: "Relaciones entre los pueblos originarios y los estados a través de la justicia estatal", en Corte Suprema de Justicia de la República (2011). Congresos internacionales sobre justicia intercultural en pueblos indígenas, comunidades andinas y rondas campesinas, Lima, 2011.

Peña. J.: *Justicia Comunal en los Andes del Perú alternativa de paradigma en los procesos de reforma judicial, el caso de Calahuyo*. Lima, 2000.

Quiñones, M.: *Aplicación de la justicia intercultural en la corte superior de Ayacucho en el marco del derecho al acceso a la justicia. 2015-2017*, Universidad de San Martín de Porres, Lima, 2018.

Roa Roa, J.: "Pluralismo jurídico y mecanismos de coordinación entre los sistemas de justicia indígena y el sistema nacional de justicia en Colombia", *Revista Derecho del Estado*, Universidad Externado de Colombia Bogotá, Colombia, núm. 33, julio-diciembre, 2014.

Ruiz Molleda, J.:

- *Cuando el Poder Judicial y las rondas campesinas combaten juntos la delincuencia: El aporte de la Corte de San Martin a la coordinación entre el Poder Judicial y la justicia indígena*, Themis, Lima, 2019.

- "Justicia Comunal y Justicia Estatal en el Perú: De la Confrontación a la Coordinación", *Derecho Virtual*, año 1, núm. 3, noviembre 2006-enero 2007.

YRIGOYEN FAJARDO, R.: *Pautas de coordinación entre el derecho indígena y el derecho estatal*, Fundación Myrna Mack, Guatemala, 1999.

ROL DE LOS JUECES DE FAMILIA EN EL CUMPLIMIENTO DE LAS MEDIDAS DE PROTECCIÓN POR VIOLENCIA EN EL MARCO DEL DERECHO A LA TRANQUILIDAD E INTEGRIDAD

ROLE OF FAMILY JUDGES IN THE ENFORCEMENT OF PROTECTION MEASURES FOR VIOLENCE WITHIN THE FRAMEWORK OF THE RIGHT TO TRANQUILITY AND INTEGRITY

Rev. Boliv. de Derecho Nº 34, julio 2022, ISSN: 2070-8157, pp. 878-893

Katherinne
VILLANUEVA
CABAÑAS

ARTÍCULO RECIBIDO: 21 de marzo de 2022
ARTÍCULO APROBADO: 30 de abril de 2022

RESUMEN: Si bien el estudio se focaliza en la violencia que ocurre en el seno familiar, debemos señalar que se trata de una problemática generalizada, de carácter nacional y presente en todas las esferas sociales, culturales y económicas. Nos detenemos en evaluar la eficacia del rol que asumen los jueces de familia en el cumplimiento de las medidas de protección por violencia en el marco del derecho a la tranquilidad e integridad. Se ha puesto el énfasis en las víctimas y en su dramas personales y familiares que tienen implicancias jurídicas y que exigen del Estado una labor más efectiva, propositiva y de calidad

PALABRAS CLAVE: Derecho a la tranquilidad; derecho a la integridad; jueces de familia; medidas de protección; violencia intrafamiliar.

ABSTRACT: *Although the study focuses on violence that occurs within the family, we must point out that it is a generalized problem, of a national nature and present in all social, cultural and economic spheres. We stop to evaluate the effectiveness of the role assumed by family judges in the fulfillment of protection measures for family violence within the framework of the right to tranquility and integrity. Emphasis has been placed on the victims and their personal and family dramas that have legal implications and that demand from the State a more effective, proactive and quality work.*

KEY WORDS: Right to tranquility; right to integrity; family judges; protection measures; domestic violence.

SUMARIO.- I. INTRODUCCIÓN.- II. DERECHO A LA TRANQUILIDAD E INTEGRIDAD: DE LOS DERECHOS MÁS VULNERADOS EN LA VIDA DE FAMILIA.- III. ROL DE LOS JUECES DE FAMILIA EN EL CUMPLIMIENTO DE LAS MEDIDAS DE PROTECCIÓN POR VIOLENCIA.- IV. RETOS Y DESAFÍOS PARA EL JUEZ DE FAMILIA EN RELACIÓN A LA PROTECCIÓN DEL DERECHO A LA INTEGRIDAD.- V. MANUAL PARA EL DICTADO DE MEDIDAS DE PROTECCIÓN EN EL MARCO DE LA LEY 30364: UN INSTRUMENTO PRÁCTICO Y NECESARIO.- VI. CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN.

El estudio tiene como propósito evaluar el rol de los jueces de familia en su deber de otorgar acciones de protección por violencia, el tema a investigar es elegido en razón a que se quiere identificar las debilidades respecto a la aplicación, seguimiento y cumplimiento de dichas acciones. Desde una observación empírica y a partir del análisis de la data del Observatorio Nacional de la Violencia contra las Mujeres e Integrantes del Grupo Familiar (2018) se evidencia las falencias de la labor de los jueces de familia ante un fenómeno cada vez más expansivo, diversificado y arraigado. La violencia que sucede en el seno de la familia[1] o de sus integrantes expresa una manifestación de la descomposición social, cultural, educativa y política que vive el país desde hace varias décadas, ante la indiferencia o complicidad de la sociedad, ante la ineficiencia y corrupción de las entidades del Estado. Sobre todo, cuando esta violencia afecta a poblaciones que históricamente han sido marginadas y excluidas: mujeres[2], niños, niñas, indígenas, personas con discapacidad, adultos mayores, campesinas y pobres. Estamos pues ante una de las heridas humanas y sociales más intensas y desgarradoras, y al mismo tiempo desafiantes y pendientes.

Por lo que, desde un enfoque cualitativo, aplicando la técnica del análisis de fuente documental y desde un diseño de teoría fundamentada, ponemos en el debate académico las causas por las cuales los jueces de familia no están asegurando de modo pleno y efectivo el derecho a la tranquilidad e integridad de las afectadas

1 La violencia intrafamiliar es "toda acción u omisión cometida en el seno de la familia por uno de sus miembros, que menoscaba la libertad o la integridad física o psicológica, o incluso la libertad de otro componente del clan familiar y causa un serio daño al desarrollo de la personalidad" (Consejo de Europa, citado por Moral, 2008).

2 Respecto a la violencia contra la mujer, por su condición de tal, nos referimos a: "todo acto de violencia basado en el género que tiene como resultado posible o real un daño físico, sexual o psicológico, incluidas las amenazas, la coerción o la privación arbitraria de la libertad, ya sea en la vida pública o en la vida privada" (Asamblea de Naciones Unidas, citada por Moral, 2008). Es decir, la mujer es doblemente afectada: por el hecho de ser mujer y por encontrarse en una situación de mayor vulnerabilidad respecto al hombre por su situación de discriminación y desigualdad. En el caso de las niñas, esto se agrava aún más.

• Katherinne Villanueva Cabañas
Bachiller en educación, abogada, Magister en Gestión Pública, estudiante del Programa de Doctorado en Derecho en la universidad César Vallejo y trabajo como secretaria judicial del juzgado civil transitorio de Mariscal Cáceres - Corte Superior de Justicia de San Martín; Perú. Correo electrónico: kathyazulfierabras@gmail.com.

de la violencia. Esto conlleva a evaluar las estrategias, la normativa, el modo de proceder, plantear retos y desafíos que dichos magistrados deberán asumir.

II. DERECHO A LA TRANQUILIDAD E INTEGRIDAD: DE LOS DERECHOS MÁS VULNERADOS EN LA VIDA DE FAMILIA.

El desarrollo doctrinal, legal y jurisprudencial ha sido abundante al abordar y regular el derecho a la tranquilidad e integridad que son de los derechos más vulnerados en la vida de familia. El problema no radica en dichos aspectos, sino en su puesta en práctica, en el modo en que las instancias del Estado asumen sus competencias y amparan a la población más vulnerable, que muchas veces no sabe a dónde acudir ni tiene los recursos para defenderse y protegerse. Se trata de una población que va perdiendo el miedo de denunciar, de quejarse y de demandar por sus derechos, luego de décadas en que la vergüenza y el temor impedía que se reconociera a sí mismo como sujeto de derechos y de dignidad.

En el plano jurisprudencial, el Tribunal Constitucional sostiene que toda violencia contra la mujer o contra los miembros de la familia afecta, entre otros, al derecho a la tranquilidad, integridad, así como el de garantizar a las afectadas el desarrollo de una vida saludable y armoniosa, sin afectación a su sexualidad, físico, psicológico (Expediente N° 03378-2019-PA/TC ICA). Es decir, el máximo intérprete de la Constitución entiende este derecho desde una perspectiva integral e interrelacionada con los demás derechos fundamentales. En ese sentido, los jueces de familia que asumen hechos de violencia deben considerar estos fundamentos del Tribunal Constitucional a fin de que sus decisiones estén conforme al espíritu y los valores del constitucionalismo y del Estado Constitucional de Derecho. No habrá una vida democrática ni un Estado Constitucional si esta no se basa ni se forja en relaciones de respeto, confianza y reconocimiento de la dignidad de los otros.

Desde la normativa, la Ley 30364[3] protege el derecho a la tranquilidad e integridad física y psicológica, la salud y a una vida saludable sólo cuando la vulneración a estos derechos por la violencia se realiza en un vínculo de poder

3 La norma peruana toma como base la Ley 27/2003 española la cual plantea un abordaje integral, global y coordinado del Estado frente a la violencia ejercida en el entorno familiar y, en particular, a la violencia de género. Era necesario contar con una norma de esas dimensiones, pues lo que había eran normas desarticuladas, sin un abordaje integral y sin acciones estratégicas. En este caso, la norma peruana, siguiendo la línea trazada por la española, establece medidas cautelares penales contra el agresor y medidas protectoras de índole social y civil que evitan el desamparo a las afectadas de violencia en cualquiera de sus formas. Se trata de un procedimiento rápido y sencillo, tal como las circunstancias lo requieren, a fin de que la afectada pueda obtener un estatuto integral de protección que concentre de modo articulado una medida cautelar de naturaleza civil y penal. Esto plantea que el juez en una misma resolución incorpore conjuntamente tanto medidas restrictivas de la libertad de movimientos del agresor —para impedir su aproximación a la afectada— como las orientadas a proporcionar seguridad, estabilidad y protección jurídica a la persona agredida y a su familia. De este modo, en la practica el juez se convierte en un aplicador de normas del Derecho de Familia, Civil, Penal y Constitucional. Esto, sin duda, un avance cualitativo e histórico en el abordaje de esta problemática.

o de confianza. Esta nueva comprensión de la norma, cobra un giro cualitativo y cuantitativo en el abordaje del problema. Anteriormente las instancias competentes solo recibían a la víctima de violencia cuando esta acudía a pedir ayuda sangrando, con la herida a flor de piel, en un estado grave y de evidente urgencia. El legislador comprendió que se trata de una problemática más compleja y que muchas veces pasa desapercibida cuando no se consideran aspectos psicológicos, sociológicos e históricos en el vínculo de confianza y poder que mantienen las parejas. Este vínculo de confianza y poder, identificado con agudeza por el legislador, se refiere a una triple relación. A saber:

a) Relación de responsabilidad: es todo vínculo a través del cual el victimario se ubica en una posición de responsabilidad sobre la persona afectada: los progenitores sobre los hijos, el tutor, el curador. En dichos casos se produce un deber de cuidado y protección, propio y deseado; pero que sirve de coartada para abusar de esa función.

b) Relación de poder: resulta de un vínculo asimétrico entre el victimario y la persona afectada, a través del cual, sin que medie una norma o mandato que lo establezca, existen unos hechos asimétricos en sus relaciones mutuas o un vínculo de dependencia, entre unos y otros[4]. El objetivo de la violencia es demostrar quien ejerce la autoridad, el poder y el control de la situación (Lorente, 2009). Por lo que el operador del Derecho debe analizar la violencia no solo por sus consecuencias, sino por sus móviles y siendo así debe entenderse como un instrumento de este ejercicio de poder y control que ejerce una de las partes o ambas al mismo tiempo, pero además hay que tener en cuenta que los distintos modos de violencia pueden confluir y adoptar diversos matices. Ya lo hemos advertido, se trata de un fenómeno complejo, diversificado y que, con el paso de los años, va evolucionando, adaptándose y transformándose. Ello obliga a contar con operadores jurídicos más atentos a los cambios de los tiempos, escenarios, contextos y personas.

c) Relación de confianza: ocurre cuando entre dos miembros de la familia en la que, no habiendo un vínculo de responsabilidad o hechos asimétricos, en la acción, sí hubo una ventaja en el vínculo de confianza. La persona afectada no tuvo alguna posibilidad de resistencia a la violencia a la que fue sometida, ya que esta fue imprevista y fue generada en la persona en la que confió. Por ejemplo: la violencia económica, cuando el autor usa la confianza que tiene con la afectada para ocasionarle una afectación en sus bienes, a través de la pérdida, sustracción, destrucción, retención o apropiación indebida de sus pertenencias, medios de labor,

4 Un caso de este tipo se puede evidenciar en el Recurso de Nulidad 2030-2019/LIMA del 27/2/2020, en la que la Sala Penal Permanente condenó por lesiones simples a un padre que lesionó a su hijo mayor de edad y a su nuera, debido a que no se verificó un vínculo de dependencia ni un hecho asimétrico en sus relaciones.

documentación personal, bienes, valores y derechos patrimoniales[5]. En los casos en que las afectadas por esta violencia, la norma establece una doble protección: se debe determinar su condición de afectada teniendo en cuenta su condición de tal, al ser la violencia hacia las mujeres una expresión de la discriminación con la que se orienta su sometimiento a cumplir con los estereotipos de género y se impide el goce de sus derechos. En caso que no se verifique que la violencia se haya realizado por el solo hecho de ser mujer, aún puede verificarse que se ha realizado en las circunstancias de un vínculo de responsabilidad, poder o confianza como miembros de la familia. Por ello, debe realizarse una doble determinación de la causa y el contexto[6]. Cabe precisar que cuando se dice "causa" de la violencia de ninguna manera se pretende justificar o invisibilizar a sus responsables, sino lo que se quiere es comprender el fenómeno para abordarlo de una manera más integral en toda su complejidad. Si la violencia no es entendida desde sus causas, su abordaje seguirá siendo superficial, pasajero e intrascendente.

Dicho lo anterior, se puede apreciar que la relación de responsabilidad, de poder y de confianza juegan un trinomio en muchos casos inseparable, interdependiente y complementario en los vínculos de pareja, en las relaciones familiares de convivencia o sin ella. En cualquier tipo de vínculo, todos requieren, entregan o asumen responsabilidades, poder y confianza. Eso es inevitable en una relación de convivencia y en la vida diaria de las personas. Sin la confianza y la responsabilidad no sería posible la construcción de la convivencia y de la vida humana en sí, y el poder (de cuidado, de respeto, de protección) en la convivencia humana se hace imperioso y deseado. En ese contexto, el agresor se aprovecha de esas condiciones y valiéndose de la responsabilidad, poder y confianza que social y legalmente se le ha otorgado, violenta y transgrede a la mujer (sea esta su pareja, esposa, conviviente actual o pasada) o las personas que se encuentran a su cargo.

III. ROL DE LOS JUECES DE FAMILIA EN EL CUMPLIMIENTO DE LAS MEDIDAS DE PROTECCIÓN[7] POR VIOLENCIA.

Por jueces de familia entiéndase a los magistrados que poseen competencia para prevalecer el Estado Constitucional de Derecho, permitiendo que toda denuncia

5 Así lo establece el artículo 8.d.2 del TÚO de la Ley 30364.

6 Al respecto, los numerales 24 y 25 del Acuerdo Plenario 09-2019/CIJ-116 señalan que una conviviente puede ser afectada por violencia por su pareja no por razones de género, pero sí como integrante de la familia. Es decir, se diferencia entre el móvil usado en la violencia de género (discriminación) y los casos de violencia a los integrantes de la familia.

7 Martínez García, E.: "La protección cautelar de la víctima en la nueva Ley orgánica 1/2004, de 28 diciembre"; *La nueva Ley contra la Violencia de Género* (LO 1/2004, de 28 diciembre), Madrid, 2005, cuestiona la proliferación de las acciones cautelares de protección, para él no tiene tal naturaleza, ya que resultan normas no en el fondo no buscan resguardar, sino que se trata de acciones de prevención general o especial o incluso personal, dándose estos diferentes casos en materia de violencia de género. Si bien la precisión de Martínez García resulta válida, en cuanto a que se trata de acciones preventivas de futuras violencias, no estamos de acuerdo cuando señala que estas no tienen por finalidad la de proteger a la afectada, pues protegiendo de modo efectivo a la afectada, se corta con el círculo de la violencia.

pueda tomar un cauce eficaz a través de los medios jurisdiccionales establecidos por ley, y en casos de violaciones de derechos fundamentales sea posible indagar y/o sancionar de modo efectivo a los agentes responsables y asignar una reparación a la afectada, garantizando a su vez el debido proceso a todos a que puedan ser sometidos al ejercicio del poder punitivo del Estado (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, CIDH, 2013). El juez, por tanto, se constituye en el garante de las garantías y derechos, en la persona que velará celosamente porque los principios, valores y derechos fundamentales se cumplan debidamente.

El rol de los jueces de familia resulta gravitante para restablecer el Estado de Derecho, restituir derechos conculcados o reparar cuando estos sean necesarios o exigidos. Es decir, el rol de los jueces de familia permite que las personas accedan a la justicia, personifiquen en él que el Estado existe y es real, los escucha, los atiende y los defiende. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos, reconoce en los jueces el esfuerzo que realizan en un caso para que se otorgue justicia de modo autónomo e imparcial y exijan que se garanticen los derechos de los afectados, siendo así actúen como defensores de derechos. Al mismo tiempo, la Comisión reitera señalando que el Estado Constitucional de Derecho y la democracia no pueden consolidarse si el Poder Judicial no es eficiente en sus procedimientos para resolver los casos, si permite la impunidad de la violación de los derechos humanos, pues la impunidad corroe los cimientos de un Estado que se diga democrático y de una civilización que se diga humana. Cuando el Estado investiga y sanciona a los victimarios, envía un mensaje contundente a la sociedad en el sentido de que no tolerará a aquellos que incurran en violaciones de derechos humanos.

Es decir, el rol de los jueces de familia es de los más fundamentales en el funcionamiento del Estado pues garantiza la tutela jurisdiccional efectiva, derecho reconocido en diferentes Tratados y Convenios internacionales[8] como por

8 El reconocimiento de los derechos y la protección específica hacia la mujer tiene larga data en el Derecho comparado e internacional. Han sido los movimientos feministas y las organizaciones sociales y de mujeres las que en el mundo han impulsado la aprobación de diversa normativa, nos referimos a la Resolución 52/86 de la Asamblea General de la Organización de Naciones Unidas (12 de diciembre de 1997), sobre acciones de prevención del delito y de la justicia penal para la eliminación de la violencia contra la mujer; la Declaración de Beijing y su Plataforma de Acción, aprobada en la IV Conferencia Mundial sobre la Mujer (4 de setiembre de 1995); Resolución de 16 de septiembre de 1977 del Parlamento Europeo sobre Campaña Europea sobre tolerancia cero ante la violencia contra las mujeres; Decisión 293/2000 CE del Parlamento Europeo y del Consejo (24 de enero de 2000), en la que se aprueba un programa de acción comunitario (programa Daphne I) (2000-2003) sobre acciones preventivas destinadas a combatir la violencia ejercida sobre los niños, los adolescentes y las mujeres; Decisión 2001/51/CE del Consejo de 20 de diciembre de 2000, por la que se establece un programa de acción comunitaria sobre estrategia comunitaria en materia de igualdad entre hombres y mujeres (2001-2005); Resolución de 13 de marzo de 2002 del Parlamento Europeo sobre Mujeres y Fundamentalismo; Recomendación del Comité de ministros del Consejo de Europa (2002) 5 sobre la protección de las mujeres contra la violencia (30 de abril de 2002); Decisión 803/2004/CE del Parlamento Europeo (21 de abril de 2004) por la que se aprueba un programa de acción comunitario (2004-2008) para prevenir y combatir la violencia ejercida sobre niños, los jóvenes y la mujeres y proteger a las afectadas y sectores de riesgo (programa Daphne II); Decisión núm. 848/2004/CE del Parlamento Europeo y del Consejo (21 de abril de 2004), por la que se establece un programa de acción comunitario para la promoción de las organizaciones que trabajan a escala europea en el ámbito

ejemplo la Convención Americana sobre Derechos Humanos y la Declaración Americana sobre los Derechos y Deberes del Hombre, las cuales señalan que el derecho de toda persona a la tutela judicial de modo accesible y eficaz ante casos de afectaciones a sus derechos, así como el deber estatal de intervenir de modo diligente para prevenir, investigar y sancionar y reparar estas afectaciones.

La CIDH también se ha pronunciado respecto al rol de los jueces de familia, señalando que se trata de funcionarios públicos que intervienen en la administración de justicia y realizan labores fundamentales para el respeto y garantía de los derechos básicos de toda persona (Caso del Tribunal Constitucional vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de enero de 2001. Serie C No. 71, párr. 71). La CIDH añade que los magistrados son los protagonistas en el logro de la protección estatal de los derechos fundamentales en un Estado social de Derecho, así como del debido proceso que debe cumplirse, por parte de los jueces, y que debe exigirse por parte de los demandantes.

En el plano jurisprudencial, el rol de los jueces también ha sido reconocido y valorado en la vigencia de los derechos constitucionales. Para la Corte Interamericana de Derechos Humanos toda persona que ha sido vulnerada en sus derechos fundamentales tiene la posibilidad de recurrir a las instancias públicas competentes para la investigación de los hechos y, que, de ser el caso, se establezcan responsabilidades que correspondan por medio de una investigación y el proceso previsto en los artículos 8 y 25 de la Convención (Caso Barrios Altos vs. Perú. Sentencia de 14 de marzo de 2001. Serie C No. 75, párr. 48). Le corresponde al magistrado velar porque se cumplan las normas nacionales e internacionales que protegen y defienden a las personas ante cualquier afectación que le pueda ocurrir.

Se trata, por tanto, de unas funciones y un rol que realizan personas debidamente seleccionadas para administrar justicia. En particular para este estudio, nos referimos a los jueces de familia que tienen autoridad para dictar acciones de protección a las personas que han sido afectadas de violencia y al mismo tiempo, imponer acciones de seguridad, penales o restrictivas contra el sujeto agresor. Esto ubica al juez en un accionar más protagónico, propositivo[9], articulado, preventivo, sistemático, integrador, protector y regulador[10]. Cabe detenerse en este último

de la igualdad entre hombres y mujeres; Informe anual de la Unión europea sobre los derechos humanos 2004 aprobado por el Consejo de la Unión Europea (13 de setiembre de 2004). Esta amplia normativa ha ido generando una nueva cultura por el reconocimiento y respeto de los derechos de la mujer, la niña y los integrantes de la familia.

9 La norma peruana otorga al juez amplias posibilidades para que de inmediato detenga la violencia, al agresor y proteja a la afectada. Además, le faculta para dictar acciones preventivas, de seguimiento, de atención integral a través del equipo multidisciplinario. Es decir, el juez es ahora un protagonista decisivo para enfrentar la violencia contra la mujer y los miembros de la familia.

10 De acuerdo a Gómez Colomer, J. L.: *Violencia de Genero y Proceso*, Valencia, 2007, si el juez adopta acciones de protección durante el proceso civil o penal serán medidas de naturaleza cautelar; no obstante, si lo

aspecto para precisar la diferencia entre acciones cautelares, de seguridad y de protección.

Por acciones cautelares entiéndase a los mecanismos procesales orientados sobre todo a asegurar que el procesado esté presente en el proceso y/o garantizar que se cumpla efectivamente la condena. Mientras que las acciones de seguridad son mecanismos que regulan el tratamiento respecto a la peligrosidad que representa el criminal y que se fundamenta en la búsqueda de la seguridad colectiva. Finalmente, las acciones de protección son las que independientemente del desarrollo del proceso, se orientan a establecer la seguridad de las afectadas frente a futuras y posibles agresiones (Moral, 2008). Se trata de acciones complementarias, interdependientes y exigibles de modo individual o colectivo.

Tanto con las acciones cautelares, las de seguridad y acciones de protección, el juez posee las atribuciones y herramientas necesarias para detener la violencia contra la mujer y los miembros de la familia y a su vez, de ser el caso, sancionarla o reprimirla. Es por ello que los jueces de familia deben saber que cada afectada es una historia diferente y requiere un tratamiento e intervención particular considerando sus necesidades, contextos y peligros latentes o manifiestos. Pues a cada violencia en particular, corresponde una medida de protección en particular. No obstante, a pesar que la norma ha dado un avance significativo en ese abordaje, lo que están haciendo hoy en día muchos jueces de familia es uniformizar y casi de manera mecánica otorgar acciones de protección. En ese sentido, creemos que esta situación requiere ser revertida y los jueces de familia corregir y enmendar su modo de proceder al momento de otorgar acciones de protección. Ni la sobrecarga laboral o procesal ni la falta de personal son excusas para que el juez de familia renuncie a emitir resoluciones de calidad y de cumplir estrictamente con las funciones y roles que la ley establece.

IV. RETOS Y DESAFÍOS PARA EL JUEZ DE FAMILIA EN RELACIÓN A LA PROTECCIÓN DEL DERECHO A LA INTEGRIDAD.

Son varios los retos y desafíos que deberá asumir el juez de familia ante la problemática de la violencia. No obstante, debemos ser consciente que no solo al juez le corresponde resolver los problemas de fondo de una sociedad históricamente

hace en la sentencia condenatoria la naturaleza depende de si estamos ante un proceso civil o penal. En el primero, se trata de acciones condenatorias, que puede ser ejecutadas forzosamente. En el proceso penal estamos ante acciones de seguridad, refiriéndose la propia ley a medidas de aseguramiento o acciones de seguridad. Por su lado, Gutiérrez Romero, F.: "¿Medidas judiciales de protección seguridad de las víctimas ¿novedad o mera ordenación de las existentes en nuestra legislación procesal penal". *Revista La Ley*, núm. 6716, 2007, se cuestiona si las acciones judiciales de protección seguridad de las afectadas son novedad o son solo una regulación de las existentes en la legislación procesal penal. Para el caso peruano, el legislador, luego de haber superado esa discusión, ha dejado establecido que el juez de familia, que asume casos de violencia contra la mujer y los miembros de la familia, debe al mismo tiempo aplicar normas del Derecho Civil, Penal y Constitucional.

machista, violenta e incapaz de respetar los derechos fundamentales de los demás y llevar una convivencia armónica. Seríamos ilusos de pensar que toda la solución de esta problemática recae en la labor del juez por más bien intencionado y comprometido que este sea. Ello no quiere decir que el juez no deba asumir las facultades y deberes que la norma, tanto nacional como internacional le exigen. Es por ello que en este acápite nos detenemos en algunas de ellas.

Creemos que los jueces de familia deben hacer suya la Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delito y del abuso de poder de las Naciones Unidas (1985), la cual señala que los familiares o personas a cargo que tengan un vínculo directo con la afectada y a las personas que hayan sido dañadas por intervenir para acompañar a la afectada en peligro o para tomar medidas preventivas y evitar la revictimización, también deberán ser protegidas y amparadas. Es decir, el juez no puede desconocer que muchas veces el agresor con ánimo revanchista querrá atacar directa o indirectamente[11] a la víctima por haberlo denunciado o puesto a Derecho.

Los jueces de familia deben entender las razones e implicancias de fondo de la violencia que se ejerce dentro del seno familiar. Por ejemplo, no se trata de los hijos "testigos" de la violencia física realizada contra su progenitora, pues ellos no son meros observadores o sujetos ajenos a esa situación, sino que ellos mismos son violentados cuando violentan a su madre, a su hermano, a su padre o algún familiar cercano. Los hijos que presencian escenas de violencia se convierten en afectados indirectos de dicha violencia, son violentados psicológica y emocionalmente por esos hechos que, cuando no se tratan de modo profesional, quedan marcados para toda su vida. Esa violencia, de la que fue testigo, persigue sus sueños, su inconsciente, sus deseos y forma de ver el mundo, la vida y las personas.

Asimismo, los jueces de familia deben hacer el esfuerzo por conocer las historias y las consecuencias que hay detrás de las violencias en cualquiera de sus formas. Una de esas violencias es la de la ausencia, la indiferencia o la falta de oportunidades. Como el caso que ocurre cuando una niña no puede seguir asistiendo al colegio o proseguir sus estudios universitarios porque se tiene que dedicar a trabajar, dado que el padre o la madre los abandonó o hace caso omiso a sus deberes y obligaciones. Se trata de violencias que se ejercen de modo directo, indirecto, consciente, inconsciente, visibles o invisibilizados. Es decir, las violencias tienen diversos bemoles que los jueces de familia deberán advertir a fin de que las acciones de protección que otorguen no sean meras formalidades y ritualismo procesales sino acciones y decisiones efectivas para revertir situaciones particulares, complejas y delicadas. Cada víctima amparada, protegida y reparada

11 Una manera indirecta de hacerlo es agrediendo, amenazando o atemorizando a los familiares o personas que ayudaron a la víctima a presentar la denuncia. Esto no puede ser desconocido o pasado por alto por los que administran justicia en esta materia.

es una vida y una sociedad que tiene de nuevo la oportunidad de reconstituirse y reconstruirse hacia adentro y hacia afuera.

El juez de familia debe saber que las violencias que se ejercen en el seno familiar no son solo las que establece el art. 8 de la Ley n° 30364, es decir:

a) Violencia física: es la situación que origina una afectación a la integridad física o a la salud. Ello implica el maltrato por negligencia, descuido o por privación de las necesidades principales que hayan generado una afectación física o que puedan llegar a generarlo, sin tomar en cuenta el plazo que necesite para su restablecimiento.

b) Violencia psicológica: es la conducta u omisión orientada a controlar o aislar a la afectada contra su voluntad, humillarla, avergonzarla, insultarla, estigmatizarla o estereotiparla, sin tener en cuenta las circunstancias que se necesita para su restablecimiento. Además, existen los casos de victimarios que solo aplican violencia psicológica, los demás tipos de violencia siempre se complementan de esta, de manera que la acreditación de la violencia física, sexual o económica es suficiente para considerar la aplicación de acciones respecto de la afectación psicológica.

c) Violencia sexual: son las conductas de carácter sexual que se realizan contra un sujeto sin su consentimiento u obligando a hacer algo que no quiere hacer. Esto incluye acciones que no implica penetración o contacto físico alguno (tocamientos indebidos, mutilación genital o desnudez forzada). Además, se considera violencia sexual a la exposición a material pornográfico, entre otras conductas que afectan el derecho a decidir de modo voluntario sobre su vida sexual o reproductiva, por medio de coerción o intimidación[12].

d) Violencia económica: es la acción u omisión que genera una afectación en los recursos económicos de las afectadas por su condición de mujer o contra cualquier miembro de la familia, en el marco de los vínculos de poder, responsabilidad o confianza. Esto se ve agravado cuando se añade a otros modos de violencia.

El juez de familia debe comprender que en muchos casos la violencia tiene aspectos sutiles, enrevesados, complejos, diversos y no son determinados, manifiestos o tajantes en su realización. Muchas veces la violencia se oculta en las sutilezas, en el lenguaje no verbal, en los silencios, en los vacíos, en las ausencias, en la no contestación de las llamadas o mensajes telefónicos. O, en otros casos, se trata de una violencia múltiple, acumulativa y de efectos colaterales. Esta situación

12 Un caso emblemático sobre violencia sexual en la modalidad de anticoncepción forzada se desarrolló en la Sentencia de la CorteIDH, del 20/11/2014. Caso Espinoza Gonzáles vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, pp. 191-194.

implica que el juez de familia cuando otorgue la medida cautelar de protección a la afectada, resuelva al mismo tiempo las acciones cautelares de tenencia, alimentos y régimen de visitas. La normativa le faculta al juez para que proceda con todas esas competencias. El reto será que el juez de familia sea mucho más expeditivo, propositivo y con una perspectiva más sistemática sobre el fenómeno de la violencia.

De igual forma, el juez de familia debe asumir plenamente lo establecido por la Convención de Belém do Pará, pues este tratado internacional además de ser de cumplimiento obligatorio para el Estado peruano, es un medio fundamental que expresa los grandes esfuerzos realizados por los Estados con el propósito de encontrar acciones precisas para salvaguardar el derecho de las mujeres a una vida sana y saludable física y mentalmente, al interior o fuera de su hogar (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2001). La Convención de Belém do Pará sigue siendo un instrumento estándar a nivel internacional que guía y orienta el modo de proceder de los operadores de justicia en la salvaguarda de los derechos humanos, y al mismo tiempo, es un marco inspirador para que los Estados asuman de modo significativo, en lo cualitativo y cuantitativo, la defensa y protección de los derechos de las mujeres y de los grupos vulnerables y vulnerados.

Los jueces de familia deben saber que ellos también pueden ser parte o responsables de acciones privadas si es que no asumen las acciones necesarias, con diligencia, para impedir la violación de los derechos, así como para indagar y sancionar todo acto violento (Comité CEDAW, 1992, Recomendación General n° 19). Es decir, el juez no está libre de las responsabilidades administrativas, civiles o penales que pueda incurrir si su labor no es desarrollada conforme a Derecho.

Finalmente, tal como lo recomienda Mejía Rodríguez[13], los Módulos de Familia[14] deben aprobar directrices expresas a los jueces de familia a fin de que sean lo suficientemente enfáticos en sus resoluciones en la que emitan acciones de protección a las afectadas con el propósito de asegurarse que los agresores no incurran en otro delito: resistencia y desobediencia a la autoridad, y de esta manera la situación se complique más para todos. Asimismo, el juez de familia debe asegurarse de que el agresor esté debidamente informado de las normas de conducta que debe cumplir y las consecuencias legales y judiciales que implica

13 Mejía Rodríguez, A.: "Eficacia de las medidas de protección en procesos de violencia familiar garantizan el derecho a la integridad de víctimas en la Corte Superior de Justicia de Tacna, sede central, 2017", *Veritas Et Scientia*. vol. 7, núm. 2, 2018.

14 Resulta significativa la experiencia de trabajo con las familias y las comunidades desarrollada por algunos países. Así se cuenta con la experiencia de Panamá que ha implementado los Módulos de familia y desarrollo comunitario, a cargo del Ministerio de Educación. Por su lado, Colombia a través del Ministerio de Salud y Protección Social ha implementado el Modulo para el Fortalecimiento de Familias y Comunidades en cuidado y desarrollo integral con énfasis en la primera infancia y la infancia. En ambos casos se trata de abordar una nueva cultura del respeto de los derechos humanos desde la primera infancia y la infancia con un corte educativo, comunitario y familiar.

su incumplimiento. Resulta inadmisible hoy en día seguir escuchando y justificando a los agresores cuando dicen: "yo no sabía, fue sin querer, desconocía la ley o no sabía a dónde acudir".

V. MANUAL PARA EL DICTADO DE MEDIDAS DE PROTECCIÓN EN EL MARCO DE LA LEY 30364: UN INSTRUMENTO PRÁCTICO Y NECESARIO.

La Comisión de Justicia de Género del Poder Judicial (2021) ha elaborado un Manual para el dictado de acciones de protección en el marco de la Ley 30364. Consideramos que este Manual resulta un instrumento útil para los jueces de familia porque pretende proveer de una fuente de consulta para que los magistrados estén en mejores condiciones al momento de aplicar una medida de protección.

El Manual posee dos partes:

1) Conceptos teóricos básicos sobre la violencia contra la mujer y los miembros de la familia. Además, se desarrollan los estándares internacionales para la preservación total de las mujeres, miembros de la familia y otros grupos vulnerables. En este acápite se exponen los instrumentos legales vigentes con las que los operadores de justicia respaldan sus funciones.

2) Se hace una exposición aplicativa de los estándares protectores, se enfatiza en el proceso especial y realiza las labores clave para la adopción de las acciones protectoras. Pues de lo que se trata es de realizar labores concretas durante todo el proceso de tal modo que permita la aplicación oportuna de acciones adecuadas para cada afectada, desde su atención inicial hasta las medidas que eviten la revictimización, además de los criterios para el adecuado análisis del riesgo. Esta segunda parte del Manual es también aplicativa, práctica, procedimental y sirve a los operadores de justicia en la resolución de los casos concretos.

El Manual aborda aspectos transversales de la violencia contra la mujer y los miembros de la familia, poniendo el énfasis en la necesidad de una justicia con enfoque de género, interdisciplinariedad, interculturalidad e interseccionalidad. El Manual pone de relieve las condiciones de vulnerabilidad como la edad, la identidad de género, los aspectos étnicos, la población LGTBI, las mujeres trans, migrantes, niñas, adolescentes y otras poblaciones vulnerables o vulneradas, a fin de garantizar su atención y protección integral, según sus condiciones y necesidades. Se trata, por tanto, de un instrumento valioso, práctico e inspirador en la resolución de la violencia contra la mujer y los integrantes del grupo familiar.

El Manual resulta didáctico y aplicativo al poner el énfasis en el proceso especial, aquel donde el Estado asume la tutela judicial de la afectada de violencia. Además, plantea pautas y orientaciones precisas para la adopción de acciones de protección

idónea según cada afectada, desde la etapa inicial, los cuidados para no caer en la revictimización y pautas para la oportuna y correcta evaluación del riesgo. El Manual, a partir del análisis de la casuística, plantea criterios para resolución de casos, considerando contexto, lugares y personas. En ese sentido, consideramos que el juez cuenta con las herramientas legales y operativas para llevar a cabo su labor de modo óptimo. Ello implica además que el Estado le provea los recursos y el personal necesarios para que cumpla cometidos tan complejos y variados. Ya que en la práctica la normativa ha otorgado atribuciones amplias, diversas, pero que no dejan de ser desafiantes, como más anteriormente fue analizado.

VI. CONCLUSIONES.

Las relaciones de responsabilidad, poder y confianza entre las parejas son las condiciones que posibilitan a que se cometan actos de violencia que pueden ser ocasionales o sistemáticos, por uno de ellos o por ambos. Lo que subyace a estas relaciones de poder es el arraigado machismo, sexismo y cultura patriarcal aun existente en el país y en gran parte de países de América Latina.

La violencia sexual, física, económica y psicológica muchas veces se expresa de modo diferenciado; otras veces se manifiesta de modo sistemático y unificado, que lo hace complejo distinguirse o diferenciarse. Se trata de un fenómeno en ocasiones, sutil; en otras evidentemente manifiestas; de cualquier forma, busca ser invisibilizada, justificada y silenciada, sea por el agresor o incluso por la propia afectada.

El Perú cuenta con una normativa que enfrenta la violencia contra la mujer, acorde a los estándares mundiales y a los desafíos que el fenómeno de la violencia exige. Se trata de una normativa y un instrumento jurídico con una visión sistemática, integral protectora, preventiva, sancionadora y reguladora. La Ley 30364 plantea un trabajo articulador entre todas las instancias del Estado competentes para aportar en la generación de una nueva cultura por los derechos de la mujer y de los miembros de la familia.

La norma 30364 ha facultado al juez de familia para que sea un protagonista en la protección y atención de la afectada de la violencia y en un sancionador del victimario a través de procedimientos ágiles, sumarios, inmediatos y oportunos. Al mismo tiempo el juez está facultado para imponer acciones de protección para la afectada y de restricción contra el agresor. Es un juez más proactivo, sistémico y su labor ya no solo lo realiza aplicando las normas estrictamente del Derecho de Familiar, sino que se vale del Derecho Civil, Penal y Constitucional para mejor resolver.

El juez está facultado para aplicar acciones civiles (protección y seguridad a la afectada), acciones de carácter penal (sanción y restricciones contra el agresor), acciones de carácter familiar y social (atención psicológica a la afectada y al agresor) y acciones preventivas y de seguridad ciudadana (al imponer acciones restrictivas y normas de comportamiento sobre el agresor). Se trata de un juez multifacético, dinámico, interactivo y propositivo.

El Manual para el dictado de acciones de protección en el marco de la norma 30364 resulta un instrumento valioso para los jueces de familia porque le permite contar con orientaciones, criterios y lineamientos prácticos a un asunto tan complejo como lo es la violencia contra la mujer y los miembros de la familia. De esta forma, el juez ya no solo cuenta con una normativa que respalde su labor, sino además con lineamientos y pautas orientativas que lo encaminen hacia ello.

BIBLIOGRAFÍA

Gómez Colomer, J. L.: *Violencia de Genero y Proceso*, Valencia, 2007.

Gutiérrez Romero, F.: "¿Medidas judiciales de protección seguridad de las víctimas ¿novedad o mera ordenación de las existentes en nuestra legislación procesal penal". *Revista La Ley*, núm. 6716, 2007.

Lorente Acosta, M.: *Mi marido me pega lo normal, Agresión a la mujer: realidades y mitos*, Editorial Planeta, 2009.

Martínez García, E.: "La protección cautelar de la víctima en la nueva Ley orgánica 1/2004, de 28 diciembre"; *La nueva Ley contra la Violencia de Género* (LO 1/2004, de 28 diciembre), Madrid, 2005.

Mejía Rodríguez, A.: "Eficacia de las medidas de protección en procesos de violencia familiar garantizan el derecho a la integridad de víctimas en la Corte Superior de Justicia de Tacna, sede central, 2017", *Veritas Et Scientia*. vol. 7, núm. 2, 2018.

Moral Moro, M.: "Las medidas judiciales de protección y seguridad de las víctimas en la ley integral contra la violencia de género", *Revista jurídica de Castilla y León*, núm. 14, 2008.

FUNCIONAMIENTO TELEMÁTICO DE SOCIEDADES COMERCIALES EN BOLIVIA: UN CAMINO INACABADO

TELEMATICS OPERATIONS OF COMMERCIAL COMPANIES IN BOLIVIA: AN UNFINISHED ROAD

Rev. Boliv. de Derecho Nº 34, julio 2022, ISSN: 2070-8157, pp. 894-911

Javier ROMERO MENDIZÁBAL

ARTÍCULO RECIBIDO: 11 de febrero de 2022
ARTÍCULO APROBADO: 30 de abril de 2022

RESUMEN: El Código de Comercio, a razón de su antigüedad, instituye una noción clásica de domicilio para las sociedades comerciales, cuya insuficiente evolución no acompañó los desafíos planteados por el mundo tecnológico. En el presente trabajo se abordará el camino recorrido y el trecho faltante para un funcionamiento telemático efectivo de las sociedades comerciales bolivianas.

PALABRAS CLAVE: Sociedades comerciales; domicilio; sociedad anónima; juntas de accionistas; reuniones de directorio; Gaceta Electrónica; firma digital.

ABSTRACT: *The Commercial Code, due to its antiquity, institutes a classic notion of domicile for commercial companies, whose insufficient evolution did not accompany the challenges posed by the technological world. In the present work, the path traveled and the remaining distance will be addressed for effective telematics operations of Bolivian commercial companies.*

KEY WORDS: Commercial companies; domicile; corporation; shareholder meetings; board meetings; Electronic Gazette; digital signature.

SUMARIO.- I. INTRODUCCIÓN.- II. EL DOMICILIO DE LAS SOCIEDADES COMERCIALES EN LA LEGISLACIÓN BOLIVIANA.- III. CIERTAS PARTICULARIDADES DE LAS SOCIEDADES ANÓNIMAS.- IV. REUNIONES DE DIRECTORIO POR VIDEOCONFERENCIA.- V. EVOLUCIÓN DEL CONCEPTO DE PUBLICIDAD DE LOS ACTOS DE COMERCIO: LEY 779.- VI. NUEVO MANUAL DE PROCEDIMIENTO DE TRÁMITES DEL REGISTRO DE COMERCIO DE BOLIVIA Y LA FIRMA DIGITAL EN DOCUMENTOS DE SOCIEDADES COMERCIALES.- VII. LA RESOLUCIÓN MINISTERIAL MDPYEP N° 146.2020.- VIII. CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN.

No hay duda que el ser humano, por defecto, se halla ante un desafío constante de adaptación, en otras palabras: la posibilidad de reinventarse.

La presente situación pandémica ha removido las bases no solamente de la comunicación, la educación, la política, la economía o de la cultura en sí misma, sino que también ha acelerado (aún más si esto cabe) el proceso de evolución digital que seguía su habitual curso exponencial. De ello que, en nuestra modernidad, la reinvención del ser humano (y de casi todo lo que deriva de él) pasa en gran medida por el avance tecnológico.

Lo mismo sucede en el mundo jurídico, muestra de tal afirmación es que el derecho empresarial boliviano haya sido muy recientemente desafiado por las consecuencias derivadas de la pandemia de COVID-19 y, al igual que el resto de ordenamientos del mundo, está obligado a cuestionar sus fundamentos y también a modificar sus métodos. Para ello, debiera adecuarlos a los retos propios de la modernidad, una tarea necesaria que, a la luz de lo escrito, también atañe a cada uno de los integrantes de la sociedad.

Este escenario ha llevado naturalmente a las distintas legislaciones y, de manera particular a la boliviana, a tener que asumir renovados desafíos. Como ha sido común desde la revolución industrial a la fecha, la tecnología marca de manera invariable las pautas que indican hacia dónde dirigir los esfuerzos.

Pese a lo mencionado y más allá de la imposición de ciertas medidas momentáneas, es evidente que nos hallamos en una senda que todavía se transita, aunque esta pareciera no tener retorno.

• Javier Romero Mendizábal
Abogado de negocios, graduado con mención especial de la Universidad Mayor, Real y Pontificia de San Francisco Xavier de Chuquisaca. Cuenta con postgrados en Derecho Corporativo por la Universidad San Sebastián de Santiago de Chile y en Derecho Empresarial por el Latin American Business Center. Consultor internacional e investigador en distintos Proyectos de la Comisión Andina de Juristas (CAJ), con estatus consultivo ante el Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas y afiliada a la Comisión Internacional de Juristas (Ginebra). Autor, árbitro y asesor legal permanente de empresas nacionales, multinacionales y para contrataciones público-privadas en las áreas de petróleo, gas, energía, minería y construcción. Correo electrónico: romeromendizabal@gmail.com.

En este sentido, prosiguiendo desde lo general hacia lo específico y conforme a la estructura del presente trabajo, se procederá a analizar los principales cambios normativos que se han presentado en Bolivia siguiendo esta línea común, además de aquellos que, con ocasión de la pandemia mundial, han irrumpido con fuerza y urgencia instalándose para lo venidero.

II. EL DOMICILIO DE LAS SOCIEDADES COMERCIALES EN LA LEGISLACIÓN BOLIVIANA.

Considerando y descomponiendo las características inherentes a un concepto lato -también clásico- de domicilio, bien se puede concluir que su propósito es poder individualizar a una persona (ya sea natural o jurídica) desde el punto de vista territorial.

Romero Sandoval[1] reflexiona al respecto indicando que, así como el nombre permite reconocer a una persona y su estado civil fija su identidad jurídica, el domicilio sirve para encontrar a esa persona en un lugar determinado, que es su sede legal. En el lenguaje corriente suele decirse que el domicilio de una persona es la casa donde vive, confundiéndose así el domicilio con la residencia en una sola unidad jurídica. No obstante, el domicilio llega a ser la antes referida sede legal de una persona.

Es Francesco Messineo, citado por Romero Sandoval[2], quien hace mención de la teoría de la sede efectiva, precisando que por domicilio de una persona jurídica se entiende dónde está fijada la sede principal de ella, a base del acto constitutivo y del estatuto (sede legal). Si la sede efectiva es diversa de la legal, o de la resultante del registro de las personas jurídicas (es decir, si hay una sede diversa del domicilio), los terceros pueden considerar como sede legal también la sede efectiva, no siendo concebible una "residencia" de la persona jurídica.

En línea con estos entendimientos, el art. 24 del Código Civil Boliviano[3] instituye para el caso de las personas individuales que su domicilio está en el lugar donde estas tienen su residencia principal y que, cuando esa residencia no puede establecerse con certeza, el domicilio está en el lugar donde se ejerce la actividad principal. Por otra parte, este cuerpo sistematizado aborda aspectos generales relacionados a las personas colectivas y, dentro de los mismos, señala, en su art. 55, que el domicilio de una persona colectiva es aquel que se fija a momento del acto constitutivo y a falta de este, es el lugar de su administración.

1 Romero Sandoval, R.: *Derecho Civil – Según los Apuntes de Derecho Civil Boliviano del Profesor Dr. Raúl Romero Linares*, Los amigos del Libro, La Paz, 1994, p. 187.

2 Romero Sandoval, R.: *Derecho Civil*, cit., p. 195.

3 Decreto Ley 12760, de 6 de agosto de 1975.

Ya desde la perspectiva específica del derecho de sociedades comerciales[4], para Morales Guillén[5] la eficacia del domicilio está relacionada con la inscripción en el Registro de Comercio, la publicidad de las convocatorias y celebraciones de las asambleas sociales, la determinación de la competencia jurisdiccional, la comparecencia en juicio, las relaciones de aspecto fiscal, etc.

Se entiende, entonces, que la sociedad puede ser habida a los fines de sus derechos y obligaciones en un lugar preciso del territorio.

Así mismo, es posible advertir que el Código de Comercio de Bolivia[6] mantiene plena armonía con las disposiciones legales antes descritas. En efecto, uno de los elementos indispensables para el acto constitutivo de toda sociedad comercial es precisamente un instrumento de constitución que contenga y determine, entre otros componentes esenciales (como la denominación o el capital) el domicilio de la sociedad naciente[7].

La relevancia que se le asigna al domicilio encuentra contenido en los actos de los máximos organismos de gobierno y decisión de las sociedades de responsabilidad limitada, y también de las sociedades anónimas bolivianas.

Vamos a ver, el art. 205 del Código de Comercio indica que las asambleas ordinarias -propias de las sociedades de responsabilidad limitada- deben reunirse en el domicilio de la empresa por lo menos una vez al año y en la época fijada en la escritura social, que en ningún caso puede exceder de los tres meses de cerrado cada ejercicio económico.

En cuanto se refiere a las sociedades anónimas, como parte de los contenidos mínimos del instrumento de constitución, se fija en el art. 127 la necesidad de señalar la época y forma de convocar a reuniones o constituir las juntas de accionistas, así como las sesiones ordinarias y extraordinarias del directorio. Del mismo modo, la ley establece tanto un señalamiento genérico (respecto de la competencia de las juntas generales de accionistas), como otro específico (con relación a los distintos tipos de juntas). En este sentido, el art. 283 del Código de Comercio menciona que la junta general de accionistas, legalmente convocada, se reunirá en el domicilio social conforme a lo previsto en los estatutos, siendo

4 El art. 52, numeral 3 del Decreto Ley 12760, de 6 de agosto de 1975 – Código Civil, reconoce como personas colectivas a aquellas sociedades mercantiles que se regulan por las disposiciones del Código de Comercio y leyes correspondientes.

5 Morales Guillén, C.: *Código De Comercio. Concordado y Anotado*, Tomo 1, Gisbert y Cía. S.A., La Paz, 1999, p. 158.

6 Decreto Ley 14379, de 25 de febrero de 1977.

7 Este entendimiento se halla plasmado en el art. 127, numeral 3 del Decreto Ley 14379, de 25 de febrero de 1977-Código de Comercio.

sus resoluciones obligatorias para todos los accionistas, aun para ausentes y los disidentes, dentro de los límites legales previstos.

Por otro lado, el señalamiento específico se recoge en los arts. 285 y 286 del citado código, al determinarse aquellas materias diferenciadas que, en el domicilio de la sociedad, pueden ser tratadas exclusivamente por una junta general ordinaria o por una junta general extraordinaria de accionistas. Siendo así que, su competencia queda esclarecida.

Como bien se puede advertir, producto del momento histórico (década de los setenta) en que fueron promulgados los *códigos* vigentes, todavía rige en Bolivia un concepto clásico de domicilio en materia civil y comercial, lo que, conforme se verá más adelante, condiciona directamente al funcionamiento telemático de las empresas del país.

III. CIERTAS PARTICULARIDADES DE LAS SOCIEDADES ANÓNIMAS.

A fin de poder comprender cabalmente los avances normativos que recaen por excelencia sobre este tipo de sociedad comercial, se procederá a analizar y describir -en forma sucinta y puntual- algunas de sus características esenciales, acudiendo para tal cometido a la mirada doctrinal.

Para Morales Guillén[8], en la historia contemporánea no puede faltar la referencia continua a la sociedad anónima (o, indistintamente, "S.A.[9]"), pues están vinculadas a esta forma de organización social casi todas las grandes empresas de la actualidad: los transportes terrestres, marítimos y aéreos, las grandes obras de canalización, la electrificación, las explotaciones mineras o petroleras, los grandes conglomerados industriales y comerciales.

No obstante, existen sectores que indican que la estructura de las mismas es ideal para acometer realizaciones colosales que requieren considerables capitales. Además, se estima que la sociedad anónima ha democratizado la participación del capital, al facilitar la cooperación de muchísimos individuos desconocidos entre sí, para promover empresas que aislados no podrían, personal ni directamente, constituirlas y administrarlas.

Sobre la doctrina contractual, las teorías anticontractualistas germánicas, consideran el acto constitutivo de esta sociedad como un acto colectivo o complejo, teoría que conserva su influencia en Italia y en algunos países latinoamericanos.

8 Morales Guillén, C.: *Código*, cit., p. 274.

9 El art. 218 (Denominación) del Decreto Ley 14379, de 25 de febrero de 1977 - Código de Comercio, indica que la sociedad anónima llevará una denominación referida al objeto principal de su giro, seguida de las palabras "Sociedad Anónima", o su abreviatura "S. A.".

Es evidente que no es posible formular una definición universal, porque regularmente los autores la formulan con vista a la legislación nacional que comentan. Sin embargo, una definición casi universal debería tener en cuenta, dice Cañizares, principios generales como: i) la responsabilidad limitada de los accionistas al importe de sus aportaciones; ii) la libre transmisión de las acciones; y iii) la organización diferenciada de accionistas, administración y fiscalización[10].

Para Vivante, una sociedad anónima es una persona jurídica que ejerce el comercio con el patrimonio que le han conferido los socios y le proporcionan las utilidades acumuladas y cuya característica esencial está en la responsabilidad limitada de todos los socios, ninguno de los cuales está personalmente obligado por el débito social[11]. Esto es, porque la sociedad no ejerce el comercio con el nombre propio, de los socios o de alguno de ellos.

En suma, bien se puede indicar que una sociedad anónima existe cuando por lo menos tres o más personas se unen, mediante el aporte de capital, representado por acciones con un valor nominal determinado, y cuya responsabilidad para con la sociedad es limitada al aporte dado, con la generalidad que, dichas acciones son de libre transmisión sin necesidad de mayor formalidad que el endoso.

De otro lado y una vez expuestos los antecedentes doctrinarios del caso, cabe la necesidad de señalar que este tipo de empresa se encuentra plenamente reconocido en la gran mayoría de ordenamientos jurídicos del mundo y, de manera particular a los fines del presente trabajo, en el Capítulo V del Código de Comercio vigente en Bolivia.

Como es de esperarse, dicho cuerpo sistematizado regula en esencia la vida jurídica de cualquier sociedad anónima en el país, ya sea estableciendo las condiciones esenciales para su conformación o nacimiento, cambios o modificaciones, disolución y liquidación, o bien regulando la estructuración y funcionamiento de sus órganos internos de administración y fiscalización.

A los fines del presente trabajo, merece la pena destacar lo establecido en el art. 307 del Código de Comercio con respecto a que la administración de toda sociedad anónima se halla a cargo de un directorio compuesto por un mínimo de tres miembros, accionistas o no, designados por la junta de accionistas de la empresa.

Por otra parte, el art. 315 del Código de Comercio dispone expresamente que en los estatutos de las sociedades anónimas se debe establecer (i) el número de

10 Morales Guillén, C.: *Código*, cit., pp. 278-279.

11 Ídem.

componentes titulares del directorio y de los suplentes; (ii) el periodo de duración de las funciones de los directores, el cual no podrá exceder de tres años salvo reelección; (iii) la periodicidad de las reuniones obligatorias, así como el modo de convocarlas y (iv) la formación del quórum y las mayorías necesarias para la adopción de las resoluciones.

Con afán regulatorio, la Autoridad de Fiscalización de Empresas -AEMP-, el Ministerio de Desarrollo Productivo y Economía Plural y la Concesionaria del Registro de Comercio de Bolivia -FUNDEMPRESA- también han emitido una serie de normas (algunas de uso exclusivamente interno), destinadas a reglamentar aspectos específicos inherentes a este tipo de sociedad comercial, aunque ciertamente con una fuerza menor respecto de aquellas que conforman el Código de Comercio.

IV. REUNIONES DE DIRECTORIO POR VIDEOCONFERENCIA.

En este punto del análisis, ya con la comprensión de los elementos básicos que componen las sociedades anónimas, más allá que durante las últimas décadas se haya venido manejando institucionalmente un criterio amplio y flexible en el entendido de que también las sociedades de responsabilidad limitada pueden conformar un directorio; no hay duda que un hito importante de cara al funcionamiento telemático de las S.A. consiste en la emisión de la Resolución 36/2008[12] por parte de la entonces llamada Superintendencia de Empresas.

Durante los primeros meses del año 2008 y a razón de un recurso de reclamación directa -eventualmente declarado procedente- que había sido interpuesto por un usuario del Registro de Comercio, la Fundación para el Desarrollo Empresarial (FUNDEMPRESA) solicitó la emisión de una resolución administrativa regulatoria para la realización de reuniones de directorio mediante videoconferencias, alegando que el Código de Comercio vigente no contiene norma alguna que regule explícitamente este tipo de comunicación. Entonces, la referida resolución sería una respuesta institucional ante una necesidad emergente.

En el entendido que el Código de Comercio, dada su época de promulgación, no consideró los avances tecnológicos en el transcurso del tiempo y, especialmente, que el legislador siempre tuvo la firme intención de permitir a los accionistas determinar las características de las reuniones a ser sostenidas por el cuerpo colegiado encargado de la administración y representación, es que finalmente se llegó a autorizar a todas las sociedades anónimas legalmente constituidas en Bolivia para la celebración de reuniones de directorio a través de videoconferencias,

12 Resolución Administrativa SEMP N°36/2008, de 7 de marzo de 2008.

siempre y cuando los estatutos no tuvieran "candados" o establecieran prohibiciones expresas en torno a la utilización de este medio de comunicación.

De todas maneras, esto no excluyó la obligación de dar cumplimiento a la respectiva toma de firmas de los miembros del directorio, en aplicación supletoria del art. 301 del Código de Comercio y de conformidad a lo previsto en el art. 325 del mismo cuerpo legal, el cual indica que las resoluciones del directorio se adoptarán en reuniones convocadas y realizadas en la forma prevista en los estatutos, debiendo labrarse las actas correspondientes con las formalidades prescritas en el precitado art. 301.

La importancia de la abrogada Resolución 36/2008 radica en que la misma aprovechó, hábilmente, una suerte de falta de regulación específica del Código de Comercio en cuanto a la forma de reuniones del directorio (órgano de administración de las sociedades anónimas), pues el código facilita el dibujo libre en los estatutos de las sociedades anónimas, por lo que esta resolución ha sido en la práctica de mucha utilidad para las empresas y constituye un antecedente valioso de la implementación tecnológica en materia comercial-societaria.

V. EVOLUCIÓN DEL CONCEPTO DE PUBLICIDAD DE LOS ACTOS DE COMERCIO: LEY 779.

Desde la puesta en vigencia del actual Código de Comercio boliviano hasta inicios del año 2016, el concepto de publicidad para los actos de los comerciantes[13] se había mantenido incólume.

Antes de su reforma parcial, la norma vigente por casi cuarenta años establecía que las escrituras constitutivas, las modificaciones y la disolución de las sociedades debían publicarse por una sola vez en un periódico de amplia circulación nacional, presentando ante el Registro de Comercio un ejemplar publicado para su conveniente verificación y archivo[14].

El mismo criterio aplicaba para las convocatorias públicas a las juntas de accionistas en las sociedades anónimas, obligando a que los avisos sean publicados -durante tres días discontinuos- en un periódico de amplia circulación nacional, indicando claramente el carácter de la junta, así como su lugar, hora, orden del día respectivo y los requisitos a cumplir para poder participar en ella[15].

13 De acuerdo con el art. 4 (Concepto de Comerciante) del Decreto Ley 14379, de 25 de febrero de 1977 - Código de Comercio, se entiende por comerciante a la persona habitualmente dedicada a realizar cualquier actividad comercial, con fines de lucro.

14 Art. 132 (Publicidad) del Decreto Ley 14379, de 25 de febrero de 1977 - Código de Comercio.

15 Art. 288 (Contenido de la Convocatoria) del Decreto Ley 14379, de 25 de febrero de 1977 - Código de Comercio.

En línea con lo previamente señalado, ya no se puede negar que una amplia mayoría de los medios de comunicación ha evolucionado y migrado hacia plataformas digitales, y es así que, las variantes han surgido en el seno mismo de nuestra modernidad. Con certeza, se trata de un paso forzoso y sin retorno aquel que permite la incorporación de la tecnología en ordenamientos y conceptos jurídicos desarrollados.

La lógica del legislador ha encontrado anclaje en una idea: desburocratizar. En correlato, la Ley 779[16] estableció mecanismos para asegurar la desburocratización de trámites y procedimientos, en la creación y funcionamiento de unidades económicas. Uno de sus elementos más notables es justamente la variación en la forma de publicación de los distintos sucesos formales durante la vida jurídica de las sociedades comerciales, ya que se sustituye los periódicos de circulación nacional por la Gaceta Electrónica del Registro de Comercio, que, a partir de la vigencia de la norma señalada, se erige como el medio válido de publicidad de todos los actos de comercio[17].

Es en ese marco que se produjeron las reformas al Código de Comercio. El art. 132 pasó a indicar que tanto los instrumentos de constitución, los de modificación y también de eventual disolución de las sociedades en general, se publicarán en la Gaceta Electrónica del Registro de Comercio, excepto en las asociaciones accidentales o de cuentas en participación, las cuales no revisten el mismo grado de formalidad.

También con relación a las diversas variaciones que puede sufrir el capital de las sociedades comerciales, el art. 142 fue cambiado en sentido de obligar a que toda resolución de aumento o reducción de capital sea inscrita en el Registro de Comercio, previa publicación en la Gaceta Electrónica.

El ofrecimiento de nuevas acciones por intermedio de avisos públicos o la notificación a los acreedores con carácter previo al cambio de local de una empresa, vía Gaceta, quedó en la redacción definitiva de los arts. 255 y 460, mientras que la publicación de las memorias anuales que elaboran los directorios de las S.A. ahora debe realizarse en la Gaceta Electrónica dentro de los seis meses siguientes al cierre de cada ejercicio, de acuerdo con el art. 331.

Por último, entre los aspectos más destacables está también la modificación al art. 288 respecto de las convocatorias a juntas generales de accionistas en las

16 Ley de Desburocratización para la Creación y Funcionamiento de Unidades Económicas, de 21 de enero de 2016.

17 Cabalmente, mediante el art. 4, parágrafo I de la Ley 779 se crea la Gaceta Electrónica del Registro de Comercio como medio de publicación electrónico y el único válido de publicidad de los actos de comercio establecidos en el Código de Comercio.

sociedades anónimas, convocatorias que ahora deben realizarse por una sola vez y al menos siete días previos a la realización de la junta en cuestión, también a través de la Gaceta Electrónica del Registro de Comercio.

Persiguiendo la eficacia de sus contenidos esenciales, la Ley 779 sería eventualmente reglamentada por medio de las Resoluciones Ministeriales MDPyEP/DESPACHO/N° 141.2017 (Modificación de Trámites del Registro de Comercio) y N° 142.2017 (Aprobación del Reglamento de Funcionamiento de la Gaceta Electrónica del Registro de Comercio), ambas de fecha 1 de junio de 2017.

VI. NUEVO MANUAL DE PROCEDIMIENTO DE TRÁMITES DEL REGISTRO DE COMERCIO DE BOLIVIA Y LA FIRMA DIGITAL EN DOCUMENTOS DE SOCIEDADES COMERCIALES.

Se había mencionado a modo de introducción que la pandemia del COVID-19 aceleró el constante y progresivo avance tecnológico en los distintos espacios de la sociedad.

Pese a que Bolivia no es precisamente un país líder en la región en cuanto a transformación tecnológica se refiere, definitivamente la aprobación de un nuevo Manual de Procedimiento de Trámites[18] implicó una suerte de evolución respecto de los principales actos societarios/corporativos de los distintos sujetos de comercio.

Dentro de ese paso evolutivo identificado, no cabe duda que la característica más relevante es la posibilidad de realizar la mayoría de los trámites tanto en forma presencial como de manera virtual. A tal efecto, para los trámites virtuales se incorporó la firma digital como el elemento decisivo para brindar validez plena a los formularios y documentos emitidos en formato de documento portátil (PDF).

En este apartado, hay dos componentes de la Ley 164[19] que merecen especial mención. El primero reside en su art. 6, que adopta a la firma digital entre sus definiciones principales, entendiéndola como una firma electrónica que identifica únicamente a su titular, creada por métodos que se encuentren bajo el absoluto y exclusivo control de dicho titular, susceptible de verificación y vinculada a los datos del documento digital de modo que cualquier modificación de los mismos ponga en evidencia su alteración. El segundo componente tiene que ver con el peso probatorio que asigna el art. 78, pues reconoce expresamente la validez jurídica de la firma digital, así como de aquellos actos o negocios realizados en documento

18 La versión más reciente del manual fue aprobada mediante Resolución Ministerial MDPyEP/DESPACHO/N° 022.2021, de 26 de enero de 2021.

19 Ley General de Telecomunicaciones, Tecnologías de Información y Comunicación, de 8 de agosto de 2011.

digital, que fueron aprobados por las partes suscribientes a través de firma digital y celebrados por medio electrónico u otro de mayor avance tecnológico.

Retomando la línea argumental, es cierto que el Manual de Procedimiento de Trámites del Registro de Comercio precisa esta vez -con acierto- que la firma (digital) requerida para proceder a protocolizar cualquier documento exigido no es otra que la del notario de fe pública. Sin embargo, las buenas intenciones detrás de esta reforma encuentran actualmente un obstáculo de peso: en la práctica, no hay cómo protocolizar documentos digitales con firma digital de notario, la cual es esencial para poder completar las formalidades que permiten elevar cualquier documentación a la categoría de escritura pública.

Para comprender bien la relevancia de lo indicado vamos a partir del enunciado que se encuentra en el art. 1287 del Código Civil, el cual se encarga de definir como documento público o auténtico al que es extendido con las solemnidades legales por un funcionario autorizado para darle fe pública. En tal sentido, cuando un documento se otorga ante notario público y se inscribe en un protocolo, este pasa a llamarse escritura pública.

Por su parte, el art. 128 del Código de Comercio obliga a que todo contrato de constitución o modificación de una sociedad se otorgue por instrumento público, con la única excepción de la asociación accidental o de cuentas en participación, que puede otorgarse en instrumento privado.

Como complemento de lo anterior, se hará un breve repaso sobre la adecuación normativa del notariado plurinacional con relación a la firma digital, pues la efectiva implementación de su sistema de información posibilitaría completar uno de los eslabones necesarios para la validez plena de la documentación digital.

En el transcurso del año 2019 la Dirección del Notariado Plurinacional -DIRNOPLU- aprobó, por resolución de su máxima autoridad[20], el procedimiento para el uso e implementación del Sistema Informático del Notariado Plurinacional, estableciendo que dicho sistema contribuirá a la emisión de documentos notariales con firma digital a fin de que los notarios de fe pública, las entidades públicas, privadas y la población en general dispongan de una herramienta a través de la cual se pueda verificar la autenticidad, vigencia o revocación e integridad de los contenidos de los documentos notariales que gestionan.

La resolución está claramente inspirada en el bagaje legislativo descrito previamente y prueba de ello es que su art. 4 menciona que un documento notarial digital es aquel de carácter protocolar, extraprotocolar o segundo

20 Resolución Administrativa DIRNOPLU N° 121/2019, de 23 de agosto de 2019.

traslado, emitido mediante el Sistema Informático del Notariado Plurinacional que el notario de fe pública elabora, redacta, interviene, autoriza, registra y firma digitalmente confiriendo fe a los actos, hechos, negocios jurídicos o circunstancias que presencia. El contenido de cada documento notarial es representado por un código hash notarial, generado por el aludido sistema gracias a la aplicación de funciones matemáticas y caracterizado en una serie alfanumérica, garantizando así la integridad del mismo.

No obstante estas disposiciones que dotan de efectividad a la validez que ya concierne a la documentación digital, el plazo para la implementación del Sistema Informático del Notariado Plurinacional fue ampliado por decreto[21], hasta aproximadamente el mes de enero del año 2022, habiendo quedado su aplicación en suspenso.

Está claro entonces que cualquier documento representativo de un acto comercial y para el que deba honrarse la obligación de inscripción ante el Registro de Comercio, necesariamente tiene que ser un instrumento o documento público emitido con la intervención un notario de fe pública, lo cual resta eficacia -de momento- a la iniciativa de promover una alternativa digital para el registro de actos de las sociedades comerciales bolivianas.

VII. LA RESOLUCIÓN MINISTERIAL MDPYEP N° 146.2020.

El 20 de julio del año 2020, hallando justificación en la prioridad nacional declarada en la antes referida Ley 164 y la consiguiente promoción del uso de tecnologías de la información y comunicación como mecanismo para optimizar los sistemas existentes, facilitando además el acceso y uso intensivo por parte de entidades gubernamentales y ciudadanos, es que se aprueba la Resolución Ministerial MDPyEP *Nº 146.2020*.

A través de la misma, el Ministerio de Desarrollo Productivo y Economía Plural dispone que las sociedades comerciales podrán celebrar y desarrollar de manera presencial, virtual o mixta todas sus reuniones societarias, es decir asambleas de socios, juntas generales de accionistas, reuniones de directorio y cualquier otro tipo de reunión que corresponda a instancias de deliberación de asuntos propios de la sociedad.

La resolución define a las reuniones presenciales como aquellas en las que sus asistentes concurren de manera presencial al lugar físico señalado para la celebración de la reunión respectiva. Por su parte, en las reuniones virtuales todos los asistentes concurren de manera virtual al punto de transmisión o comunicación

21 Decreto Supremo 4300, de 24 de julio de 2020.

principal, determinado para la celebración de la reunión societaria, a través del uso Tecnologías de Información y Comunicación (TIC's). Finalmente, se entiende por reuniones mixtas aquellas en las que parte de los asistentes concurre de manera presencial y parte lo hace de forma virtual.

Acá se desarrolla el componente relevante, pues queda establecido que las reuniones virtuales o mixtas tendrán como punto de transmisión o comunicación principal el domicilio social de las sociedades comerciales, es decir, aquel fijado en la escritura constitutiva de cada empresa. En todo momento, las sociedades comerciales están en la obligación de garantizar que la transmisión y comunicación sea continua e ininterrumpida, permitiendo a los concurrentes participar y manifestar su voluntad de manera amplia, segura y continua.

También según la resolución, las actas que emergen como resultado de dichas reuniones podrán ser suscritas de manera manuscrita o firmadas electrónicamente, respetando lo dispuesto en el Código de Comercio, la escritura de constitución, estatuto, documento constitutivo o reglamentación societaria específica propia de la empresa y que, asimismo, la reunión societaria tendrá la potestad de determinar la forma y manera de suscripción del acta.

Acá se identifica una imprecisión potencialmente generadora de discordancia con el antedicho art. 301 del Código de Comercio (y también con el art. 325), que establece condiciones específicas de suscripción de las actas de las juntas generales, no pudiendo la reunión societaria, más allá de cualquier potestad reconocida vía resolución, contravenir el Código de Comercio, máxime considerando que resolución analizada en este apartado establece expresamente que las formalidades y disposiciones contenidas en el Código de Comercio para las sociedades comerciales, respecto a la convocatoria, quórum, votaciones, participación y demás normativa pertinente a la celebración de reuniones societarias, serán aplicables a todas las reuniones societarias presenciales, virtuales o mixtas.

Entre sus disposiciones finales, la Resolución Ministerial MDPyEP *Nº 146.2020* dejó sin efecto, sustituyéndola, a la Resolución Administrativa SEMP N°36/2008, emitida por la ex - Superintendencia de Empresas y que fue abordada en el numeral romano IV.

VIII. CONCLUSIONES.

Pese a parecer entelequia, el Derecho efectivamente es un producto social por excelencia. Por tanto, debe acompañar y dar respuesta a las necesidades que se generan al interior de toda colectividad, necesidades que cada vez están más

vinculadas -de manera indisoluble- a la incorporación de tecnologías en el diario vivir.

Si bien el actual esquema normativo boliviano autoriza a las sociedades comerciales del país a celebrar y desarrollar reuniones societarias (asambleas de socios, juntas generales) de forma presencial, virtual o mixta, todavía existe un aspecto medular que debe ser tomado en cuenta antes de llevar a cabo reuniones de conformidad con la misma, puesto que el art. 283 del Código de Comercio establece la necesidad de que las juntas de accionistas se desarrollen -de modo obligatorio e inexcusable- en el domicilio social de la empresa, pudiendo generarse una suerte de contradicción con relación a lo determinado en la abordada Resolución Ministerial MDPyEP Nº 146.2020.

En este orden de ideas, no sería posible afirmar con total certeza que una junta de accionistas celebrada virtualmente fue efectivamente desarrollada en el domicilio legal de la sociedad, tal y como reza el Código de Comercio, lo cual podría conllevar contingencias entre los accionistas y la empresa con relación a la validez legal de las reuniones celebradas, ya que el concepto clásico y examinado de domicilio indica que este corresponde al lugar en el que los comerciantes pueden ser hallados para ejercer derechos y cumplir obligaciones, entendimiento que, de manera inevitable, sobrevuela todos los actos de comercio que actualmente desarrollan las distintas sociedades.

Consecuentemente, en cuanto al registro de actas de asambleas de socios o juntas de accionistas celebradas de manera telemática, lo prudente sería esperar o idealmente promover una modificación de los arts. 205 y 283 del Código de Comercio, a razón que los decretos y reglamentos no pueden llegar a suplir el alcance de una ley, siendo esta una noción elemental de jerarquía normativa.

Por otra parte, si bien todo documento suscrito con firma digital posee plena validez jurídica (reconocida además por las leyes vigentes), no es menos cierto que, con independencia de la futura implementación del Sistema Informático del Notariado Plurinacional, aún hace falta legislar el eslabón faltante que permita que un documento digital suscrito con firma digital pueda ser enviado directamente a un notario de fe pública para que este, constatando su autenticidad, eleve el mismo a la categoría de escritura pública, exigible por parte de la mayoría de entidades del Estado.

Ya en el ámbito específico del derecho societario está claro que deberían darse ciertas modificaciones sobre el Código de Comercio, puntualmente sobre el art. 40 inherente a los libros de actas, que en cualquier caso (inclusive con el uso de medios magnéticos), todavía deben ser aperturados ante notario de fe pública

y las actas impresas deben ser añadidas a estos, razón por la cual también sería necesario modificar el art. 301 del mismo cuerpo legal.

No hay margen de duda con respecto a que la firme intención normativa de propiciar el funcionamiento telemático de las sociedades comerciales, así como la opción digital para el registro de trámites correspondientes a los actos de comercio, constituyen medidas notables y también un salto cualitativo de los métodos tradicionales establecidos en la legislación boliviana. En definitiva, es necesario seguir dando pasos dentro de este proceso evolutivo a objeto de poder finalizar un camino, a día de hoy, inacabado.

BIBLIOGRAFÍA

ROMERO SANDOVAL, R.: *Derecho Civil-Según los Apuntes de Derecho Civil Boliviano del Profesor Dr. Raúl Romero Linares*, Los amigos del Libro, La Paz, 1994.

MORALES GUILLÉN, C.: *Código De Comercio. Concordado y Anotado*, Tomo I, Gisbert y Cía. S.A., La Paz, 1999.

COMENTARIOS DE JURISPRUDENCIA

LAS PRUEBAS SELECTIVAS PARA EL INGRESO EN LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA ANTE LAS FESTIVIDADES RELIGIOSAS, COMENTARIO AL ATSJCV 184/2022, DE 17 DE MAYO

SELECTIVE TESTS FOR THE ADMISSION INTO THE PUBLIC ADMINISTRATION BEFORE THE RELIGIOUS FESTIVITIES: COMMENT OF ATSJCV 184/2022, OF MAY 17

Rev. Boliv. de Derecho Nº 34, julio 2022, ISSN: 2070-8157, pp. 914-925

Víctor
MORENO
SOLER

ARTÍCULO RECIBIDO: 25 de mayo de 2022
ARTÍCULO APROBADO: 15 de junio de 2022

RESUMEN: El propósito de este comentario es analizar el reciente Auto 184/2022, de 17 de mayo, del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana y abordar la situación actual de las festividades religiosas en el marco de las pruebas selectivas para el ingreso en la Administración Pública.

PALABRAS CLAVE: Pruebas selectivas; Administración Pública; festividades religiosas; libertad religiosa.

ABSTRACT: *The purpose of this commentary is to analyse the recent Order 184/2022, of May 17, of the Superior Court of Justice of the Valencian Community and to address the current situation of religious festivities within the framework of the selective tests for the admission into the Public Administration.*

KEY WORDS: Selective tests; Public Administration; religious festivity; religious freedom.

SUMARIO.- I. LAS FESTIVIDADES RELIGIOSAS.- 1. DÍA FESTIVO LABORAL.- 2. ALUMNOS QUE CURSEN ESTUDIOS EN CENTROS DE ENSEÑANZA PÚBLICOS Y PRIVADOS.- 3. PRUEBAS DE INGRESO EN ADMINISTRACIONES PÚBLICAS.- II. LA "CAUSA MOTIVADA" QUE IMPIDE: APLICACIÓN AL SUPUESTO.- 1. RESOLUCIÓN DEL 4 DE ABRIL DE 2022 DEL SUBDIRECTOR GENERAL DE RECURSOS HUMANOS.- 2. RESOLUCIÓN DE 29 DE ABRIL DE 2022, DESESTIMATORIA DEL RECURSO DE REPOSICIÓN INTERPUESTO CONTRA LA RESOLUCIÓN DEL 4 DE ABRIL DE 2022 DEL SUBDIRECTOR GENERAL DE RECURSOS HUMANOS.- 3. AUTO DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD VALENCIANA 184/2022, DE 17 DE MAYO DE 2022.- III. ALGUNAS CONSIDERACIONES FINALES.

SUPUESTO DE HECHO

El Tribunal Superior de Justicia ha dictado el Auto número 184/2022, en fecha 17 de mayo de 2022, por el que se estima el recurso interpuesto contra la resolución desestimatoria del subdirector General de recursos humanos de Conselleria de Sanidad Universal y Salud Pública, en el recurso de reposición presentado contra la resolución del 4 de abril que le comunicaba la imposibilidad de modificación de la fase de oposición del concurso-oposición para la provisión de vacantes de facultativo especialista de oftalmología inicialmente fijada para el sábado 28 de mayo a las 12 horas.

La recurrente se inscribió en la convocatoria de concurso-oposición para la provisión de vacantes de facultativo especialista de oftalmología convocadas por resolución de 14 de octubre de 2020 de la Conselleria de Sanidad Universal y Salud Pública.

La nota relevante es que la recurrente es miembro de la Iglesia Adventista del Séptimo Día. Por este motivo, en el momento de realizar la solicitud para participar en el procedimiento selectivo, la aspirante solicitó que se efectuara un cambio de día del examen, manifestándose dispuesta a realizarlo en cualquier otro día que no fuera sábado, o en ese día, una vez pasada la puesta de sol. A la solicitud de medida cautelar, acompañó la certificación de la confesión religiosa en la que se indica que la recurrente es miembro de la citada iglesia y que el sábado no puede efectuar actividad académica ni laboral, puesto que según los preceptos de su confesión es un día de culto y oración. Asimismo, se indica que el sábado religioso, para los adventistas al igual que para la confesión judía, comprende desde la puesta de sol del viernes a la del sábado.

El subdirector general de recursos humanos resuelve el 4 de abril de 2022 rechazando su solicitud, por considerar que la participación en las pruebas se

• Víctor Moreno Soler
Contratado Predoctoral de Investigación FPU del Ministerio de Universidades, Departamento de Derecho Romano y Eclesiástico del Estado, Universitat de València, España. (Referencia: FPU19/00862). Correo electrónico: Victor.Moreno@uv.es.

efectuaba en llamamiento único y su asistencia tenía carácter voluntario. Además, también lo justificó en el carácter aconfesional del Estado español. Y, por último, argumentó que la opositora habría realizado guardias anteriores en el sábado, ya que no constaba objeción alguna a dicha prestación.

Posteriormente, la aspirante interpuso recurso de reposición contra este acto que fue desestimado por la resolución recurrida, argumentando que el proceso selectivo tiene como fin realizar una selección de personal para cumplir con obligaciones laborales con jornada de lunes a domingo o de lunes a viernes y un sábado de cada tres.

También alude que la celebración de las pruebas selectivas en sábado persigue garantizar el descanso de todos los profesionales. Y, por último, recuerda que no consta que la aspirante haya manifestado objeción alguna al hecho de trabajar un sábado en jornada complementaria.

DOCTRINA JURISPRUDENCIAL

El Tribunal entiende que, en caso de no adoptar la medida cautelar que solicita la recurrente, habría de optar entre la fidelidad a sus convicciones religiosas y la oportunidad de ingreso en la administración.

La Sala afirma que, aunque es cierto que se podrían ver afectados los derechos de terceros que están convocados para la misma prueba selectiva, el legislador ha resuelto esta cuestión por medio del artículo 12.3 de la ley 24/1992, de 10 de noviembre, por la que se aprueba el Acuerdo de Cooperación del Estado con la Federación de Entidades Religiosas Evangélicas de España (FEREDE) que contempla la posibilidad de que los exámenes, oposiciones o pruebas selectivas para acceder a la función pública que tengan lugar dentro desde la puesta del sol del viernes hasta la puesta del sol del sábado, se celebren en fecha alternativa para los fieles de las iglesias pertenecientes a esta Federación. La única excepción que se establece a esta posibilidad es cuando "haya causa motivada que lo impida".

Por ello, el Tribunal acoge la medida cautelar solicitada y suspende la eficacia de la resolución de 29 de abril de 2022. Como consecuencia, la aspirante realizará la prueba en horario no coincidente con el sábado religioso, esto es, desde la salida hasta la puesta de sol. En concreto, tal y como había propuesta la recurrente, se establece que ésta tendrá el deber de presentarse en el lugar de la prueba el día y hora del llamamiento general y, tras haberse identificado, mantenerse incomunicada en una sala hasta la hora oficial de la puesta de sol, para comenzar la realización de su examen con las mismas condiciones que el resto de los opositores, esto es, mismo contenido y duración de examen.

COMENTARIO

I. LAS FESTIVIDADES RELIGIOSAS EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL.

En primer lugar, cabe advertir desde el inicio que la libertad religiosa comprende la celebración de actos de culto y la observancia de las festividades religiosas. El Tribunal Constitucional ha puesto de manifiesto que la libertad religiosa presenta una vertiente interna que "garantiza la existencia de un claustro íntimo de creencias y, por tanto, un espacio de autodeterminación intelectual ante el fenómeno religioso, vinculado a la propia personalidad y dignidad individual". Pero, al mismo tiempo, incluye "una dimensión externa de "*agere licere*" que faculta a los ciudadanos para actuar con arreglo a sus propias convicciones y mantenerlas frente a terceros"[1].

De hecho, en la Ley Orgánica 7/1980, de Libertad Religiosa, de 5 de julio (en adelante, LOLR) realiza una enumeración, aunque sin ánimo exhaustivo, de lo que queda comprendido por la libertad religiosa. En este sentido, cuanto concierne a esta cuestión, en su art. 2.1 b) está reconocido el derecho de toda persona a "practicar los actos de culto" y también a "conmemorar sus festividades", entre otros muchos.

Por otro lado, es necesario resaltar que en nuestro ordenamiento jurídico adquieren una notable relevancia los distintos Acuerdos de Cooperación que el Estado español suscribió en 1992 con los judíos, musulmanes y protestantes. El resultado de cada uno de los Acuerdos se cristalizó en la aprobación de los mismos mediante Ley, conforme a lo dispuesto en el art. 7 de la LOLR[2]. De este modo, hoy contamos con las Leyes 24, 25 y 26/1992, de 10 de noviembre por las que se aprueban los Acuerdos de cooperación firmados con la Federación de Entidades Evangélicas de España (FEREDE)[3], con la Federación de la Comunidad

1 Cfr., entre otras, las SSTC 177/1996, de 11 de noviembre; 19/1985, de 13 de febrero; 46/2001, de 15 de febrero; 154/2002, de 18 de julio; 101/2004, de 2 de junio.

2 El citado artículo, en su primer apartado establece: "El Estado, teniendo en cuenta las creencias religiosas existentes en la sociedad española, establecerá, en su caso, Acuerdos o Convenios de cooperación con las Iglesias, Confesiones y Comunidades religiosas inscritas en el Registro que por su ámbito y número de creyentes hayan alcanzado notorio arraigo en España. En todo caso, estos Acuerdos se aprobarán por Ley de las Cortes Generales".

3 Ley 24/1992, de 10 de noviembre, por la que se aprueba el Acuerdo de Cooperación del Estado con la Federación de Entidades Religiosas Evangélicas de España. «BOE» núm. 272, de 12 de noviembre de 1992, pp. 38209 a 38211 (3 pp).

Israelita de España (FCIE)[4] y con la Comisión Islámica de España (CIE)[5], todas ellas de 10 de noviembre de 1992.

La fundamentación de estos Acuerdos reside en el deber que tienen los poderes públicos de cooperar con las diferentes confesiones religiosas de la sociedad española, mandato constitucional recogido en el art. 16.3 de la Constitución Española[6].

Por tanto, habremos de acudir a lo dispuesto en estos Acuerdos para conocer cuál es el trato jurídico que se dispensa a los miembros de las confesiones que pertenecen a alguna de estas Federaciones o Comisiones.

1. Día festivo laboral.

Respecto al descanso laboral semanal, es sabido que los trabajadores tienen derecho a un descanso mínimo semanal de día y medio ininterrumpido, tal y como establece el art. 37.1 del Estatuto de los Trabajadores. Pues bien, el mismo precepto indica que como regla general "comprenderá la tarde del sábado o, en su caso, la mañana del lunes y el día completo del domingo".

No ha pasado inadvertido el hecho de que el día del descanso laboral sea el domingo. Algunos plantearon este hecho como una posible vulneración de la aconfesionalidad del Estado. No obstante, el Tribunal Constitucional señaló que el domingo como día de descanso semanal «es una institución secular y laboral, que si comprende el "domingo" como regla general de descanso semanal es porque este día de la semana es el consagrado por la tradición», facilitando "el cumplimiento de los objetivos del descanso"[7]. De hecho, el Estatuto otorga carácter dispositivo a la determinación del día de descanso, por lo que es indiferente para el legislador el día que se estipule en el contrato de trabajo.

En cualquier caso, ¿qué sucede con aquellos trabajadores cuyas convicciones religiosas contienen un deber de cumplir ciertas prácticas y de observar determinadas abstenciones en un día distinto al domingo? No parece irrelevante la cuestión, ya que el panorama religioso en nuestra realidad nacional nos exige

4 Ley 25/1992, de 10 de noviembre, por la que se aprueba el Acuerdo de Cooperación del Estado con la Federación de Comunidades Israelitas de España. «BOE» núm. 272, de 12 de noviembre de 1992, pp. 38211 a 38214 (4 pp). Hemos de advertir que en la actualidad la Federación ha cambiado su denominación a Federación de Comunidades Judías de España (FCJE), por lo que en adelante utilizamos esta denominación.

5 Ley 26/1992, de 10 de noviembre, por la que se aprueba el Acuerdo de Cooperación del Estado con la Comisión Islámica de España. «BOE» núm. 272, de 12 de noviembre de 1992, pp. 38214 a 38217 (4 pp).

6 El art. 16.3 CE reza así: "Ninguna confesión tendrá carácter estatal. Los poderes públicos tendrán en cuenta las creencias religiosas de la sociedad española y mantendrán las consiguientes relaciones de cooperación con la Iglesia Católica y las demás confesiones".

7 STC 19/1985, de 13 de febrero, FJ 4.

conocer la respuesta ante la demanda de un trabajador de guardar descanso laboral en otra fecha distinta.

La respuesta a la cuestión la hallamos en el art. 12.1 de los Acuerdos, que disponen que en ese caso dicho descanso podrá comprender otra franja distinta, no obstante, el mismo artículo también establece que ello será posible "siempre que medie acuerdo entre las partes"[8]. Esta necesidad de acuerdo entre empleador y empleado nos conduce a considerar que no estamos ante una situación en la que el trabajador pueda exigir como día de descanso laboral uno distinto, aun siendo por motivos religiosos.

Un ejemplo de ello lo encontramos en la STC 19/1985, de 13 de febrero, anteriormente mencionada. Una trabajadora que prestaba servicios en una empresa se convirtió a la Iglesia Adventista del Séptimo Día -misma Iglesia que la recurrente de la sentencia que comentamos- y solicitó modificar su día de descanso, con la intención de no desarrollar actividad laboral desde la puesta de sol del viernes a la puesta del sol del sábado de cada semana. Como la empresa no aceptó la propuesta, la trabajadora se ausentó de su puesto de trabajo y, consecuentemente, fue despedida. El TC consideró que el empresario no tenía la obligación de realizar una acomodación de la organización de su empresa a las creencias religiosas que en cada momento tuviera un trabajador. Además, argumentó que el principio de seguridad jurídica podría verse afectado, si el trabajador tuviese la potestad de modificar unilateralmente las condiciones suscritas en un contrato.

2. Alumnos que cursen estudios en centros de enseñanza públicos y privados.

Este es el segundo supuesto que plantean los arts. 12 de los diferentes Acuerdos. En este caso, los alumnos pertenecientes a las confesiones comprendidas en cada Acuerdo estarán dispensados de la asistencia a clase y de la celebración de exámenes. Así se desprende de la literalidad del precepto 12.2 del Acuerdo con la FEREDE[9] y en el art. 12.3 de los Acuerdos con la FCJE[10] y la CIE[11], los

8 Así se expresa en el Acuerdo de Cooperación con la FEREDE y en el Acuerdo de Cooperación con la FCJE. En cambio, en el Acuerdo de Cooperación con la CIE se manifiesta con otras palabras, aunque con idéntico significado: "será necesario el previo acuerdo entre las partes".

9 "Los alumnos de las Iglesias mencionadas en el número 1 de este artículo, que cursen estudios en centros de enseñanza públicos y privados concertados, estarán dispensados de la asistencia a clase y de la celebración de exámenes desde la puesta del sol del viernes hasta la puesta del sol del sábado, a petición propia o de quienes ejerzan la patria potestad o tutela".

10 "Los alumnos judíos que cursen estudios en centros de enseñanza públicos y privados concertados, estarán dispensados de la asistencia a clase y de la celebración de exámenes, en el día de sábado y en las festividades religiosas expresadas en el número anterior, a petición propia o de quienes ejerzan la patria potestad o tutela".

11 "Los alumnos musulmanes que cursen estudios en centros de enseñanza públicos o privados concertados, estarán dispensados de la asistencia a clase y de la celebración de exámenes, en el día del viernes durante las horas a que se refiere el número 1 de este artículo y en las festividades y conmemoraciones religiosas anteriormente expresadas, a petición propia o de quienes ejerzan la patria potestad o tutela".

alumnos pertenecientes a las confesiones comprendidas en cada Acuerdo estarán dispensados de la asistencia a clase y de la celebración de exámenes.

En este sentido, resulta fundamental entender la diferencia entre lo que disponía el apartado anterior del mismo artículo respecto a los trabajadores y lo que se establece en este apartado que concierne a los estudiantes. Ante la hipotética situación que un alumno solicite poder ausentarse de la asistencia o celebración de un examen, el centro deberá aceptarlo. Por tanto, no hablamos de una posibilidad sometida a la concurrencia de voluntades entre los afectados, sino al derecho del alumno que debe ser garantizado sin debate alguno.

Cuestión distinta es que el alumno se hallase en un centro de enseñanza privado sin concierto, ya que en esa situación el ordenamiento jurídico no ofrece la misma protección al estudiante. Pero, en el resto de los centros, se podrá exigir el cumplimiento de esta posibilidad.

3. Pruebas de ingreso en Administraciones Públicas.

Visto el régimen jurídico del descanso laboral semanal y la asistencia y celebración de exámenes en centros de enseñanza, planteamos la última situación, en la que un aspirante a una prueba selectiva de personal de la Administración Pública solicita poder realizar dicha prueba en una fecha alternativa porque los preceptos religiosos de su confesión establecen este mandato.

Ante esta situación, el ordenamiento opta por una solución intermedia entre los dos supuestos anteriormente planteados. Y se materializa con el establecimiento de la posibilidad de poder realizar la prueba selectiva en una fecha distinta. Pero, al mismo tiempo, abre la puerta a la posibilidad de que la Administración pueda impedir esta posibilidad, en caso de que "haya causa motivada que lo impida"[12].

Por tanto, el aspirante a las oposiciones podrá hacer valer su derecho, no obstante, podrá contar con dificultades si el órgano público estima que no existe una causa que lo impide.

II. LA "CAUSA MOTIVADA" QUE IMPIDE: APLICACIÓN AL SUPUESTO.

Tras haber analizado cuál es el régimen jurídico que se aplica a las festividades religiosas en los diferentes escenarios que pueden darse en la práctica, es

12 Los términos exactos que utiliza, por ejemplo, el artículo 12.3 del Acuerdo con la FEREDE: "Los exámenes, oposiciones o pruebas selectivas convocadas para el ingreso en las Administraciones Públicas, que hayan de celebrarse dentro del período de tiempo expresado en el número anterior, serán señalados en una fecha alternativa para los fieles de las Iglesias a que se refiere el número 1 de este artículo, cuando no haya causa motivada que lo impida". En el caso de los otros dos Acuerdos de Cooperación – CIE y FCJE –, se establece en su artículo 12.4 de los correspondientes Acuerdos.

momento de centrarnos en la configuración legal existente en el marco de las pruebas selectivas de las Administraciones Públicas. En este ámbito, es conveniente destacar que el articulado puede generar interrogantes en la práctica. ¿Qué se entiende por "causa motivada"?

En las próximas líneas analizamos lo que se argumentó como causa motivada en cada una de las resoluciones.

1. Resolución del 4 de abril de 2022 del Subdirector General de Recursos Humanos.

En el caso que nos ocupa, la Resolución del 4 de abril de 2022 del Subdirector General de Recursos Humanos que desestimaba la pretensión de la recurrente utilizaba el argumento de que la participación en las pruebas se llevaba a cabo en llamamiento único y la asistencia "tenía carácter voluntario". Este argumento muestra una debilidad manifiesta, ya que como afirma el Tribunal Superior de Justicia nos encontramos ante una situación en la que la recurrente debe escoger entre la fidelidad a sus convicciones religiosas y la oportunidad de ingreso en la Administración que le brinda el proceso selectivo.

También se argumenta el "carácter aconfesional del Estado". No obstante, la aconfesionalidad no implica indiferencia ante el fenómeno religioso, sino que en nuestro caso se manifiesta a través de una valoración positiva del factor religioso en el contexto general del bien común[13].

Por último, se indicaba también que "la libertad religiosa no podía excusar la atención de sus obligaciones jurídicas, tal y como se demuestra al comprobar que, en ocasiones anteriores, habría realizado guardias localizadas en sábado, sin que constara objeción alguna a dicha prestación". No obstante, la Resolución obviaba la diferencia que existe entre el derecho que asiste a los creyentes de esta confesión en el ámbito laboral y la facultad que tienen en las oposiciones o pruebas selectivas para el ingreso en la Administración Pública. Esta diferencia merece ser puesta de manifiesto, ya que los efectos jurídicos que traen consigo son bien distintos en un caso y otro -como hemos tenido ocasión de analizar con anterioridad-.

13 De este modo, el ATC 180/1986, de 21 de febrero, manifiesta recuerda que: "el carácter aconfesional del Estado no implica que las creencias religiosas no puedan ser objeto de protección. El mismo art. 16.3, que afirma que ninguna Confesión tendrá carácter estatal, afirma también que los poderes públicos tendrán en cuenta las creencias religiosas de la sociedad española. Y, por otra parte, la pretensión individual o general de respeto a las convicciones religiosas pertenece a las bases de la convivencia democrática que, tal como declara el preámbulo de la Norma Fundamental, debe ser garantizada".

En conclusión, no parece que la Resolución razonase de forma excesivamente motivada cuál era la causa que impedía a la recurrente poder tener un cambio de día del examen, o realizarlo el mismo día, una vez pasada la puesta de sol.

2. Resolución de 29 de abril de 2022, desestimatoria del recurso de reposición interpuesto contra la Resolución del 4 de abril de 2022 del Subdirector General de Recursos Humanos.

Como es sabido, ante la primera Resolución del Subdirector General de Recursos Humanos se interpuso un recurso de reposición, que fue también desestimado, afirmando que el proceso selectivo se encaminaba hacia "la selección de personal para atender el servicio sanitario cuya jornada ordinaria y complementaria se produce de lunes a domingo o de lunes a viernes y un sábado de cada tres". Por ello, se insiste de nuevo en que la aspirante habría de atender posteriormente en este horario, aun no teniendo el mismo régimen jurídico un ámbito y el otro.

Además, también argumenta que "la realización de la actividad selectiva en sábado, en lugar de domingo, persigue garantizar el descanso de todos los profesionales". No obstante, es necesario poner de manifiesto que este hecho no supone una justificación de la concesión o rechazo de la posibilidad de celebrar la prueba selectiva en fecha alternativa. Puede justificar la norma general, esto es, la fecha común, pero no la admisibilidad de la pretensión de ser sometido a la prueba selectiva en otra fecha distinta por motivos religiosos.

3. Auto del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana 184/2022, de 17 de mayo de 2022.

Tras la respuesta desestimatoria del recurso de reposición que la recurrente interpone, decide formular un recurso por el procedimiento especial para la protección de derechos fundamentales.

Hemos de poner de manifiesto que la argumentación que ofreció el Ministerio Fiscal nos sorprende, ya que podría generar dudas respecto a quién le corresponde la carga de la prueba en esta situación. En efecto, el Ministerio Fiscal expresa: "la justificación de la medida solicitada no quedado suficientemente acreditada frente a los principios que rigen la convocatoria única".

Por otro lado, la administración demandada alegó como causa impeditiva que lo solicitado por la recurrente podría "vulnerar el derecho de terceros al acceso en condiciones de igualdad, teniendo en cuenta que el reglamento de selección y provisión del personal estatutario del sistema valenciano de salud contempla como única excepción el caso de parto de una participante".

Sin embargo, la Sala de lo Contencioso-administrativo no compartió estos argumentos, ya que consideró lo esgrimido por la administración demandada respecto a los derechos de los terceros como una "abstracta consideración".

Por otro lado, puso de manifiesto que el hecho de que la recurrente habría prestado servicios el sábado durante sus guardias carecía de relevancia, ya que la norma invocada afectaba exclusivamente a la celebración de exámenes, oposiciones o pruebas selectivas y no a la jornada laboral.

Por todo ello, consideró y adoptó la medida concreta que ofrecía la recurrente, esto es, aislarse desde la hora prevista para la celebración del ejercicio, hasta un momento posterior a la puesta del sol del sábado de la convocatoria. Para ello, la aspirante debía presentarse en el lugar de la prueba a la hora del llamamiento general, provista de su documento de identidad. Y, una vez identificada, debería mantenerse incomunicada en una sala hasta que, a la hora oficial de la puesta de sol, pudiese comenzar la realización de su examen de igual contenido y duración que el resto de los aspirantes.

III. ALGUNAS CONSIDERACIONES FINALES.

La respuesta ofrecida por el Tribunal Superior de Justicia nos parece razonable y adecuada al marco jurídico en el que nos movemos. Es cierto que, como hemos visto, la cuestión de la "causa motivada" no resulta sencilla en su aplicación. Podríamos decir que no está exenta de polémica en la *praxis*.

No obstante, la dificultad que puede conllevar no nos puede conducir a la adopción de un carácter general que se extienda sin entrar verdaderamente a valorar las situaciones en concreto.

En efecto, unas pruebas selectivas siempre deben regirse por el llamamiento único, la unidad de acto y la garantía del principio de igualdad. Pero esto no puede ser un recurso que habilite de modo automático la imposibilidad de trasladar esta prueba en una fecha distinta para el opositor que le coincida esta fecha con su día de precepto.

En el supuesto analizado, la Administración fue incapaz de ofrecer una razón que tuviese entidad suficiente como para justificar la limitación del derecho de la libertad religiosa de la aspirante. Esto se debe a que, como ha sido puesto de manifiesto por el Tribunal Supremo, en su Sentencia 3533/2015, de 6 de julio de 2015[14], la Administración ha de facilitar una fecha alternativa como regla general; excepcionalmente puede negarse a ello, pero siempre con el fundamento de una

14 Referencia CENDOJ: 28079130072015100204.

causa que posea la entidad necesaria como para prevalecer ante el ejercicio del derecho fundamental de libertad religiosa. Este posicionamiento ha sido reiterado con posterioridad por parte de algunos Tribunales Superiores de Justicia[15].

Por tanto, la Administración está obligada a contar con una causa verdaderamente motivada que impida que se pueda realizar la prueba en una fecha distinta. De otro modo, debe facilitar la fecha alternativa. Este razonamiento no pareció estar presente en la postura defendida por el Ministerio Fiscal, que pretendía que fuese la recurrente la que acreditase la medida solicitada, olvidando que la regla general era la observancia de la medida cautelar solicitada.

Lo realmente novedoso en este sentido es la originalidad del modo en que se lleva a cabo la conciliación entre el derecho de la recurrente y los principios que deben regir cualquier proceso de selección para el ingreso en la Administración Pública. En efecto, la idea de personarse junto al resto de candidatos y quedar en una sala incomunicada durante la jornada, hasta que tenga lugar la puesta de sol, no había sido implementada anteriormente. Es cierto que es la opositora quien planteó esta posibilidad desde el primer momento, pero cabría preguntarse: ¿podría ser una medida que sea implementada en otras administraciones en otros supuestos, aun sin haber propuesta expresamente por el opositor?

15 Por ejemplo, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León de 15 octubre 2020. Referencia CENDOJ: 47186330012020100664. También la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 24 enero 2020. Referencia CENDOJ: 28079330072020100112.

LA IMPORTANCIA DE CALIFICAR CORRECTAMENTE EL RÉGIMEN DE GUARDA Y CUSTODIA: NO HAY RAZÓN PARA ELUDIR EL "NOMEN" DEL SISTEMA DE CUSTODIA COMPARTIDA CUANDO "DE FACTO" ASÍ SE HA ESTABLECIDO. COMENTARIO A LA STS DE ESPAÑA, NÚM. 656/2021, DE 4 DE OCTUBRE (RJ 2021, 4459)

THE IMPORTANCE OF CORRECTLY QUALIFYING CUSTODY REGIME: THERE IS NO REASON TO AVOID THE "NOMEN" OF THE SYSTEM OF SHARED CUSTODY WHEN "DE FACTO" THIS HAS BEEN ESTABLISHED. COMMENT ON SPANISH STS NO. 656/2021, OF OCTOBER 4 (RJ 2021, 4459)

Rev. Boliv. de Derecho Nº 34, julio 2022, ISSN: 2070-8157, pp. 926-945

* 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 MINECO: PID2019-105489RB-I00 "Vulnerabilidad patrimonial y personal: retos jurídicos", IIPP. Mª Victoria Mayor del Hoyo / Sofía De Salas Murillo.

Javier
MARTÍNEZ
CALVO

ARTÍCULO RECIBIDO: 10 de mayo de 2022
ARTÍCULO APROBADO: 15 de junio de 2022

RESUMEN: No hay razón para eludir el "nomen" del sistema de custodia compartida cuando "de facto" se ha establecido un reparto paritario del tiempo de permanencia de los hijos menores con ambos padres. Dicha estancia paritaria no exime del pago de alimentos cuando exista desproporción en los ingresos de ambos progenitores, pero sí cabe imponer una limitación temporal en la atribución del uso derecho de uso sobre la vivienda familiar, similar a la que se establece en el art. 96.3 del Código Civil para los matrimonios sin hijos.

PALABRAS CLAVE: Custodia compartida; régimen de visitas; pensión de alimentos; vivienda familiar.

ABSTRACT: *There is no reason to avoid the "nomen" of the system of joint custody when "de facto" there is an equal division of the time spent by the minor children with both parents. Such a joint stay does not exempt from the payment of maintenance when there is disproportion in the income of both parents, but it is possible to impose a time limitation on the attribution of the right of use of the family home, similar to that established in art. 96.3 of the Civil Code for marriages without children.*

KEY WORDS: Shared custody; visiting arrangements; alimony; family home.

SUMARIO.- SUPUESTO DE HECHO.- DOCTRINA JURISPRUDENCIAL. COMENTARIO.- I. DELIMITACIÓN ENTRE CUSTODIA COMPARTIDA Y EXCLUSIVA.- II. LA CONTRIBUCIÓN DE LOS PROGENITORES A LOS GASTOS DE SUS HIJOS MENORES EN LOS SUPUESTOS DE CUSTODIA COMPARTIDA.- III. LA ATRIBUCIÓN DEL DERECHO DE USO SOBRE LA VIVIENDA FAMILIAR EN LOS SUPUESTOS DE CUSTODIA COMPARTIDA.- 1. El interés más necesitado de protección.- 2. La titularidad del derecho en virtud del cual se ocupa la vivienda familiar.

SUPUESTO DE HECHO

El Juzgado de Primera Instancia dictó Sentencia con fecha 5 de noviembre de 2018 por la que acordó la disolución del vínculo matrimonial por razón de divorcio entre D. Roque y Dña. Emma, acordando las siguientes medidas: la guarda y custodia de los dos hijos menores del matrimonio, Victoria y Ceferino, se atribuye con carácter exclusivo a su madre, Dña. Emma, estableciéndose que la patria potestad se ejerza de forma conjunta; y se fija un régimen de visitas en favor de D. Roque consistente en fines de semana alternos, desde el viernes a la salida del colegio hasta el lunes, en que ha de reintegrarse a los menores al mismo centro, una visita intersemanal con pernocta desde el martes a la salida del colegio hasta el jueves por la mañana en que reintegrará a los menores en dicho centro y la mitad de las vacaciones escolares, eligiendo, en caso de desacuerdo, el padre los años pares y la madre los impares. Así mismo, se establece que D. Roque habrá de abonar una pensión de alimentos por importe de 300 € mensuales por cada uno de los dos hijos, mientras que los gastos escolares y el seguro médico serán abonados al 50 %, al igual que los gastos extraordinarios. Por último, se atribuye el uso y disfrute del domicilio familiar junto con el ajuar doméstico a la madre y a los hijos hasta la mayoría de edad de estos, acordando que los gastos derivados de la propiedad de dicho domicilio, incluido el seguro de hogar, sean sufragados al 50 % y los derivados del uso sean asumidos por la madre.

Contra dicha Sentencia interpuso recurso de apelación la representación procesal de D. Roque, alegando que el amplio régimen de visitas establecido encubre en realidad un régimen de custodia compartida, por lo que tanto la determinación de la contribución a los gastos de los hijos menores como la atribución del derecho de uso sobre la vivienda habrían de llevarse a cabo en consideración al mencionado régimen. El recurso fue desestimado por la SAP Valencia 30 octubre 2019 (JUR 2020, 2811), confirmando íntegramente la Sentencia de instancia.

Contra la expresada Sentencia interpuso recurso de casación la representación de D. Roque, por considerar infringido el art. 92 del Código Civil (en adelante:

• Javier Martínez Calvo
Profesor Ayudante Doctor de Derecho Civil en la Universidad de Zaragoza. Correo electrónico: javiermc@unizar.es.

CC) en relación con el art. 3.1 de la Convención de las Naciones Unidas, el art. 2 de la Ley Orgánica 1/1996, de Protección Jurídica del Menor y el art. 39 de la Constitución Española (en adelante: CE), al entender que el pronunciamiento de la sentencia recurrida atenta contra el interés de los menores, conteniendo conclusiones erróneas y arbitrarias, al haber determinado un modelo de guarda que no se compadece con el efectivo reparto del tiempo de convivencia de los menores con sus progenitores, al punto de ser exactamente igual. También considera vulnerado el principio de proporcionalidad de la pensión de alimentos en aplicación de los arts. 142, 145 y 146 y 154.2 CC, por entender que la sentencia no atiende a la relación del respectivo caudal de los obligados a los alimentos ni a la proporcionalidad que debe existir entre las necesidades reales del alimentista y las capacidades económicas respectivas de los progenitores, no respetándose el canon de proporcionalidad. Igualmente, considera infringido el art. 96 del CC, por aplicación indebida, en relación con el art. 348 CC y el art. 33 CE, con infracción de la doctrina del Tribunal Supremo relativa a que estableciéndose tiempos idénticos de estancia con los progenitores, conviviendo los hijos en casa de cada uno de los progenitores, no existiendo ya una residencia familiar sino dos, no se podrá hacer adscripción de la vivienda familiar, indefinida, a los menores y al padre o madre. Con base en ello, terminó suplicando que se dictara Sentencia por la que se estableciera un régimen de guarda y custodia compartida, se suprimiera la pensión por alimentos y no se atribuyera el derecho de uso sobre la vivienda familiar a ninguno de los progenitores.

El Tribunal Supremo, en la STS 4 octubre 2021 (RJ 2021, 4459), objeto de este comentario, estimó parcialmente el recurso y casó y anuló la Sentencia recurrida en lo que se refiere al sistema de guarda y custodia de los menores, estableciendo un régimen de custodia compartida. En cuanto a la pensión de alimentos, la reduce a 200 € mensuales por cada hijo. Y, respecto al derecho de uso sobre la vivienda familiar, se lo atribuye temporalmente a la madre y a los hijos, por un periodo máximo de dos años, salvo que antes se proceda a la liquidación de la sociedad de gananciales.

DOCTRINA JURISPRUDENCIAL

El objeto principal del litigio consiste en determinar si ha de calificarse en todo caso como custodia compartida el régimen de guarda y custodia acompañado de un régimen de visitas de tal amplitud que, en la práctica, el tiempo de convivencia con uno y otro progenitor termina siendo equivalente. Al respecto, el Tribunal Supremo establece que la paridad temporal que establece el juzgado es en base a las mutuas aptitudes de los progenitores y de sus circunstancias personales, por lo que no se encuentra razón para eludir el "nomen" del sistema de custodia compartida que "de facto" se ha establecido.

Así mismo, se plantea si el establecimiento de un régimen de custodia compartida es un motivo de exclusión de la fijación de una pensión de alimentos a cargo de uno de los padres. Sobre este particular, el Tribunal Supremo concluye que la estancia paritaria no exime del pago de alimentos cuando exista desproporción en los ingresos de ambos progenitores.

Por último, se discute si en los supuestos de guarda y custodia compartida puede atribuirse el derecho de uso sobre la vivienda familiar de forma indefinida a los menores y a uno de los progenitores. Al respecto, el alto Tribunal entiende que la regla aplicable para atribuir el uso de la vivienda familiar en caso de atribución a los padres la custodia compartida sobre los hijos menores es el párrafo segundo del art. 96 CC, que regula el supuesto en el que, existiendo varios hijos, unos quedan bajo la custodia de un progenitor, y otros bajo la del otro, y permite al juez resolver "lo procedente"; con la posibilidad de imponer una limitación temporal en la atribución del uso, similar a la que se establece en el párrafo tercero para los matrimonios sin hijos.

COMENTARIO

I. DELIMITACIÓN ENTRE CUSTODIA COMPARTIDA Y EXCLUSIVA.

Son dos los posibles regímenes que puede adoptar la guarda y custodia: exclusiva y compartida. El primero es aquel en el que las funciones propias de la guarda y custodia son atribuidas a uno de los progenitores, sin perjuicio de que la titularidad y el ejercicio de la patria potestad sobre los hijos menores se atribuya conjuntamente a ambos padres, y dejando a salvo el derecho del menor a continuar manteniendo una relación habitual y constante con el progenitor no custodio (el tradicionalmente llamado derecho de visitas), así como la obligación de este último de seguir contribuyendo a su manutención. La custodia compartida, por su parte, se caracteriza porque ambos progenitores se alternan en el desempeño de las funciones inherentes a la guarda y custodia, compartiendo en un plano de igualdad derechos y obligaciones respecto a sus hijos como si se tratase de una familia intacta (aunque diste mucho de serlo), con la salvedad de que los padres ya no viven juntos[1]. Por tanto, en realidad, la expresión custodia compartida no se refiere a una modalidad en la que la guarda y custodia sea conjunta o se comparta[2], sino a un sistema de guarda alternada o sucesiva, en la que los hijos alternan periodos de convivencia con uno y otro progenitor[3]. Por ello, hubiera sido más correcto utilizar

1 *Vid*. Martínez Calvo, J.: *La guarda y custodia*, Tirant lo blanch, 2019, pp. 70-72.

2 *Vid*. Tena Piazuelo, I.: "Conceptos jurídicos indeterminados y generalización de la custodia compartida", *Revista de Derecho Civil*, vol. 5, núm. 1, 2018, p. 112.

3 *Vid*. Martínez de Aguirre Aldaz, C.: "Régimen común a la nulidad, la separación y el divorcio", en AA.VV.: *Curso de Derecho Civil (IV): Derecho de familia* (coord. por C. Martínez de Aguirre Aldaz), Edisofer, Madrid, 2016, p. 202.

otra expresión para referirse a esta modalidad de guarda, como, por ejemplo, guarda y custodia "sucesiva", "alterna", "alternada" o "alternativa"[4]. Aun con todo, mantendré la utilización tradicional de la expresión guarda y custodia compartida, con objeto de unificar conceptos y no confundir al lector.

Cabe plantearse si la custodia compartida exige un reparto estrictamente igualitario del tiempo que los menores pasan con cada uno de sus progenitores. Solo encontramos tímidas referencias a esta cuestión en la legislación aragonesa y en la anulada ley valenciana, que resultan contradictorias entre sí. Mientras la primera señala que la custodia compartida no conlleva un reparto aritmético del tiempo de permanencia con uno y otro progenitor (*vid.* Exposición de Motivos de la Ley aragonesa 2/2010, refundida en el Código del Derecho Foral de Aragón: La custodia compartida, tal y como se configura en la ley, no implica necesariamente una alternancia de la residencia de los hijos con sus progenitores en periodos iguales, pero sí en un tiempo adecuando para el cumplimiento de la finalidad de custodia compartida(...)"), la Ley valenciana 5/2011, de 1 de abril, de relaciones familiares de los hijos e hijas cuyos padres no conviven parecía establecer justamente lo contrario, al señalar en su art. 3 a) que la custodia compartida se caracteriza "(…) por una distribución igualitaria y racional del tiempo de cohabitación de cada uno de los progenitores con sus hijos e hijas menores (…)".

En nuestra jurisprudencia existe práctica unanimidad en considerar que, con carácter general, la custodia compartida no implica necesariamente un reparto igualitario del tiempo de convivencia con uno y otro progenitor. Así, la STS 11 marzo 2010 (RJ 2010, 2340) señala que "(...) custodia compartida no es sinónimo de reparto de la convivencia al 50% entre ambos progenitores(...)". Ya antes, la STSJ Cataluña 31 julio 2018 había advertido que "(...) bajo la denominación equívoca de custodia "compartida" pueden hallar amparo diversas situaciones de convivencia de los hijos con sus progenitores (partida, repartida, rotativa, alterna, conjunta), que supongan un reparto no necesariamente igual del tiempo de tiempo de convivencia con cada uno de los padres y/o de las tareas o funciones que en relación con su cuidado diario cada uno de ellos se obligue a asumir". También nuestra doctrina ha considerado que el régimen de custodia compartida no requiere un reparto igualitario del tiempo[5] (aunque hay quien opina lo contrario[6]). Y en este sentido se pronunciaba también el fallido Anteproyecto de Ley sobre

4 Es lo que hace, a modo de ejemplo, el *Code Civil* francés, que en su art. 373 utiliza la expresión "*résidence alternée*" para referirse a esta modalidad de guarda y custodia.

5 *Vid*. Berrocal Lanzarot, A. I.: "Los criterios para la atribución del régimen de guarda y custodia compartida", *La Ley Derecho de Familia*, núm. 3, 2014, p. 39; y Messía de la Cerda Ballesteros, J. A.: "El reparto de los tiempos de estancia de los hijos menores con los progenitores en los casos de custodia compartida", *La Ley Derecho de Familia*, núm. 11, 2016, p. 2.

6 Y es que, hay algún autor que considera que la custodia compartida exige en todo caso un reparto igualitario del tiempo (*vid.* Romero Navarro, F.: "Coparentalidad y género", *Intervención psicoeducativa en la desadaptación social*, núm. 2, 2009, p. 20).

el ejercicio de la corresponsabilidad parental y otras medidas a adoptar tras la ruptura de la convivencia, presentado por el Gobierno el 19 de julio de 2013, cuya Exposición de Motivos señalaba expresamente que la custodia compartida no implica necesariamente que los periodos de alternancia resulten iguales: "(…) sin que la guarda y custodia compartida implique necesariamente una alternancia de la residencia de los hijos con sus progenitores en periodos iguales, pero sí en un tiempo adecuado para el cumplimiento de la finalidad de la custodia (…)". Por tanto, con la única excepción de la anulada Ley valenciana 5/2011 (en la que, como he dicho, sí parecía exigirse un reparto igualitario del tiempo), no resulta necesario para poder hablar de custodia compartida que el menor esté en compañía de cada progenitor exactamente el cincuenta por ciento del tiempo.

Ahora bien, el hecho de que el régimen de custodia compartida no exija un reparto igualitario del tiempo puede plantear problemas para diferenciarlo de un régimen de custodia exclusiva que lleve aparejado un amplio régimen de comunicación, relación y estancia para el progenitor no custodio. Por ello, parece razonable entender que para que exista un régimen de custodia compartida propiamente dicho, los menores permanezcan un mínimo de tiempo con cada uno de sus progenitores[7], pues este es el dato clave que nos permitirá distinguirla de la custodia exclusiva con un amplio régimen de comunicación y estancias (aunque también pueden tenerse en cuenta otros criterios, como la existencia o no de pernoctas con ambos progenitores[8]). Al respecto, la doctrina ha considerado que cabe hablar de custodia compartida cuando los menores estén en compañía de cada progenitor al menos entre el cuarenta y el cuarenta y cinco por ciento del tiempo[9]. En cualquier caso, si atendemos a la casuística, lo cierto es que sí se suele establecer un reparto igualitario del tiempo de convivencia con uno y otro progenitor.

Lo más curioso del supuesto objeto de este comentario es que los periodos de alternancia con uno y otro progenitor sí que resultan iguales, y, pese a ello, tanto el Tribunal de instancia como la Audiencia Provincial de Valencia evitan utilizar la expresión custodia compartida para referirse al régimen establecido, lo que es corregido por el Tribunal Supremo, que no se encuentra razón para eludir el "nomen" del sistema de custodia compartida que "de facto" se ha establecido.

7 En este punto discrepo de quienes afirman que es posible hablar de custodia compartida incluso en aquellos supuestos en los que el menor resida de forma permanente con uno de los progenitores (*vid.* Lathrop Gómez, F.: *Custodia compartida de los hijos*, La Ley, Madrid, 2008, p. 511).

8 *vid.* Martínez de Aguirre Aldaz, C.: "La regulación de la custodia compartida en la Ley de igualdad de las relaciones familiares ante la ruptura de la convivencia de los padres", en AA.VV.: *Actas de los vigésimos encuentros del Foro de Derecho Aragonés*, El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2010, pp. 147-148.

9 *Vid.* Martínez de Aguirre Aldaz, C.: "La regulación de la custodia compartida", cit., p. 148; López Azcona, A.: "El tratamiento en derecho español de la custodia de los hijos menores en las crisis de pareja: la novedosa opción del legislador aragonés por la custodia compartida", *Revista Boliviana de Derecho*, núm. 19, 2015, p. 216; y Messía de la Cerda Ballesteros, J. A.: "El reparto de los tiempos de estancia", cit., p. 5.

Creo que la postura del Tribunal Supremo resulta bastante acertada, pues si este caso en el que existe un reparto temporal paritario no puede ser calificado de custodia compartida, no se entiende muy bien cuándo estaríamos ante el citado régimen. Además, creo que es coherente con la doctrina que viene estableciendo el propio Tribunal Supremo desde hace ya algunos años, en la que defiende que la guarda y custodia compartida debe ser la medida más normal y deseable [SSTS 8 octubre 2009 (RJ 2009, 4606); 22 julio 2011 (RJ 2011, 5676); 29 abril 2013 (RJ 2013, 3269); 14 octubre 2015 (JUR 2015, 244697); 11 febrero 2016 (RJ 2016, 249); y 6 abril 2018 (JUR 2018, 98197), entre otras]. Para justificarlo, alega que la expresión "excepcionalmente" con la que da comienzo el art. 92.8 del CC se refiere no tanto a que el régimen de custodia compartida sea en sí mismo excepcional, sino a la ausencia de acuerdo de los progenitores, o, dicho de otra forma, que la regla general es el acuerdo de los progenitores y la excepción el establecimiento judicial del régimen de guarda y custodia. Con ello, el alto Tribunal ha llevado a cabo una interpretación extensiva de la ley, yendo más allá del tenor literal de la misma y actuando como motor de cambio para una posible modificación legislativa.

La cuestión no es baladí, pues, como vamos a ver, que el régimen de estancia de los menores sea calificado como custodia compartida puede tener importantes efectos en otras medidas a adoptar tras el divorcio, como en la determinación de la contribución de cada progenitor a la satisfacción de los gastos de sus hijos menores y, especialmente, en la atribución del derecho de uso sobre la vivienda familiar. A continuación, paso a referirme a ambas cuestiones de forma separada.

II. LA CONTRIBUCIÓN DE LOS PROGENITORES A LOS GASTOS DE SUS HIJOS MENORES EN LOS SUPUESTOS DE CUSTODIA COMPARTIDA.

Para determinar la cuantía y el modo en el que va a contribuir cada progenitor a sufragar los gastos de los hijos menores, habrá que estar en primer lugar a lo que las propias partes hayan pactado (un acuerdo que, obviamente, deberá contar con la aprobación del juez). En este sentido, tanto el Código Civil (art. 90.1 d), como las normas autonómicas (art. 77.2 d) del Código del Derecho Foral de Aragón -en adelante: CDFA-, art. 233-2.2 b) del Código Civil de Cataluña -en adelante: CCCat.- y art. 5.2 b) de la Ley del País Vasco 7/2015, de 30 de junio, de relaciones familiares en supuestos de separación o ruptura de los progenitores -en adelante: Ley del País Vasco 7/2015-), exigen que se incluya dentro del convenio regulador la forma en la que los progenitores van a contribuir al mantenimiento de los hijos menores tras su ruptura matrimonial.

En caso de que las partes no alcancen un acuerdo, será el juez el encargado de determinar la cuantía y el modo en el que se van a sufragar los gastos, para lo que, con carácter general, deberá guiarse por el principio de proporcionalidad (arts. 145 y 146 CC, arts. 82.1, 81.2 y 81.3 CDFA, arts. 237-7.1 y 237-9.1 CCCat. y art.

5.2 b) Ley del País Vasco 7/2015), de tal manera que cada progenitor contribuirá a sufragar los gastos de sus hijos menores en proporción a los recursos económicos con los que cuente.

Pero nuestro Código Civil no recoge los criterios que deben seguirse para hacer efectivo el mencionado principio de proporcionalidad en la contribución de los progenitores a los gastos ordinarios de sus hijos, puesto que el art. 93 CC se limita a decir que el juez "adoptará las medidas convenientes para asegurar la efectividad y acomodación de las prestaciones a las circunstancias económicas y necesidades de los hijos en cada momento"[10]. Ante la ausencia de previsión legal, creo que habrá que atender a distintos criterios, como los recursos económicos de cada miembro de la pareja, las necesidades efectivas de los hijos, que hay que entender que deberán valorarse de acuerdo a los usos y las circunstancias de la familia (arts. 1319.1 y 1362.1 CC), los recursos de los que dispongan los hijos[11], o el tiempo de permanencia de estos con cada uno de sus progenitores. Se trata de criterios que, de hecho, han sido recogidos también por la mayoría de normas autonómicas: se refieren a los recursos económicos de cada miembro de la pareja los arts. 82.2 CDFA, 237-9.1 CCCat. y 10.3 Ley del País Vasco 7/2015, a las necesidades efectivas de los hijos los arts. 82.2 CDFA, 237-9.1 CCCat. y 10.3 Ley del País Vasco 7/2015, a los recursos de los que dispongan los menores el art. 82.2 CDFA, y al tiempo de permanencia de los hijos con cada progenitor los arts. 82.3 CDFA, 233-10.3 CCCat. y 10.3 Ley del País Vasco 7/2015.

Cabe apuntar que el criterio relativo al tiempo que el menor pasa con cada progenitor debe ser tenido en cuenta en un doble sentido: por un lado, durante el periodo que cada progenitor está junto al menor, sufraga de forma directa las necesidades alimenticias de este; y, por otro lado, al asumir el cuidado de un menor, dedica un tiempo y un esfuerzo que debe valorarse de alguna manera. Al respecto, hay que tener en cuenta el coste de oportunidad que sufre quien asume de forma preponderante el cuidado de los hijos, pues dedica un tiempo a ello que bien podría destinar por ejemplo a realizar cualquier actividad económica que le reportara un rendimiento dinerario. En este sentido, resulta bastante descriptiva la previsión que recoge el art. 103.3 CC, que considera contribución a las cargas familiares el trabajo que uno de los cónyuges dedica a la atención de los hijos comunes sujetos a la patria potestad. Ello puede ponerse en relación también

10 Si lo hacía sin embargo el fallido Anteproyecto de Ley sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental y otras medidas a adoptar tras la ruptura de la convivencia, que en su art. 1.5 disponía que "para el cálculo de la prestación de alimentos por gastos ordinarios se tendrán en cuenta las necesidades de los hijos, los recursos económicos de cada progenitor, el tiempo de permanencia de los hijos con cada uno, la atribución que se haya realizado del uso de la vivienda familiar, el lugar en que se haya fijado la residencia de los hijos y la contribución a las cargas familiares, en su caso" (*vid*. art. 1.5 del Anteproyecto, en la nueva redacción que pretendía dar al art. 93.3 CC).

11 Resulta lógico que se tengan en cuenta los recursos con lo que cuenten los propios menores, toda vez que el art. 155.2 CC impone a los hijos el deber de contribuir equitativamente, según sus posibilidades, al levantamiento de las cargas familiares (*vid*. en este mismo sentido: art. 236-22.1 CCCat.).

con otro de los criterios que se vienen manejando en el ámbito autonómico: la contribución de cada uno de los cónyuges al levantamiento de las cargas familiares (art. 10.3 Ley del País Vasco 7/2015). Ahora bien, como establece el Tribunal Supremo en la STS 4 octubre 2021 (RJ 2021, 4459), objeto de este comentario, la estancia paritaria no exime del pago de alimentos cuando exista desproporción en los ingresos de ambos progenitores [reiterando una doctrina que había sentado ya en pronunciamientos anteriores: SSTS 11 febrero 2016 (RJ 2016, 249) y 17 octubre 2017 (RJ 2017, 4331)].

Interesa detenernos brevemente en la posibilidad de tener en cuenta los pagos en especie realizados por una de las partes y, en concreto, dentro de estos, la atribución que se haga del uso de la vivienda familiar. Y es que, cada vez se tiende más a buscar fórmulas para compensar la situación de desventaja en la que queda aquel progenitor que, pese a ser propietario (o copropietario) de una vivienda, se ve privado del uso de la misma tras la ruptura matrimonial. Precisamente, una de esas fórmulas consiste en computar la atribución de dicho derecho de uso (cuando la vivienda pertenezca en todo o en parte al progenitor que no es beneficiario de su uso) como una contribución en especie a los gastos de los menores[12]. De hecho, ya hemos visto que la STS 4 octubre 2021 (RJ 2021, 4459), objeto de este comentario, aminora la pensión de alimentos establecida a cargo de D. Roque de 300 € a 200 € mensuales por cada hijo, pero se opone a reducirla más precisamente porque el Tribunal de instancia tuvo en cuenta que la madre quedaba con los hijos en posesión de la vivienda familiar a la hora de fijar la pensión, y, en casación, se limita en el tiempo el derecho de uso sobre la vivienda, como enseguida veremos.

Una vez se haya determinado la proporción en la que debe contribuir cada progenitor al mantenimiento de sus hijos menores, habrá que establecer la modalidad concreta en la que se va a hacer efectiva dicha contribución. El Código Civil presenta en este punto una regulación muy pobre, pues no prevé nada acerca del modo en el que los progenitores van a contribuir al mantenimiento de sus hijos menores en los supuestos de custodia compartida. Tampoco las leyes autonómicas han aportado mucha luz: el Código del Derecho Foral de Aragón es la única norma que realiza una vaga mención al modo en el que puede contribuirse al mantenimiento de los hijos en los supuestos de custodia compartida, al señalar en su art. 82.3 que "el juez asignará a los padres la realización compartida o separada de los gastos ordinarios de los hijos teniendo en cuenta el régimen de

12 *Vid*. Serrano García, J. A.: "La contribución a los gastos de crianza y educación de los hijos de padres separados, en particular en la custodia compartida", *Aequalitas: Revista jurídica de igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres*, núm. 35, 2014, p. 53; y Berrocal Lanzarot, A. I.: "Estudio comparativo de la normativa estatal y autonómica en materia de guarda y custodia compartida", *La Ley Derecho de Familia*, núm. 11, 2016, p. 19. *Vid*. también: SAP Barcelona 30 enero 2014 (JUR 2014, 52820).

custodia, y si es necesario fijará un pago periódico entre los mismos", pero como vemos, tampoco termina de establecer un criterio claro.

Ante la deficitaria regulación de esta cuestión, ha sido la jurisprudencia la que ha ido fijando las diversas modalidades de contribución de los progenitores a los gastos ordinarios de sus hijos en los supuestos de custodia compartida. Para ello, tiene en cuenta principalmente dos factores[13]: la capacidad económica de los progenitores y el tiempo que cada uno de ellos pasa junto al menor (que, como vengo reiterando, no tiene por qué ser idéntico). Ya hemos visto que estos dos criterios se utilizan también para calcular la cuantía en la que debe contribuir cada progenitor, pero ahora voy a analizar su importancia para determinar el modo concreto en el que se va a realizar dicha contribución.

En ocasiones se establece que cada progenitor asuma de forma directa los gastos ordinarios del menor que se generen durante el tiempo que esté en su compañía [STS 19 julio 2013 (RJ 2013, 5002); SAP Castellón 3 octubre 2014 (JUR 2015, 56255) y SAP Ávila 10 enero 2018 (JUR 2018, 50948)]. Esta opción de mantenimiento directo parece la más adecuada cuando el tiempo de permanencia del menor con cada progenitor sea equitativo y los recursos de los progenitores resulten semejantes. Por ello, en el supuesto que nos ocupa no resultaría apropiada, pues, aunque el tiempo de permanencia del menor con cada uno de sus padres sí es equitativo, los recursos de los que dispone D. Roque resultan claramente superiores a los de Dña. Emma.

En otras ocasiones, se abre una cuenta bancaria común en la que se cargan los gastos ordinarios susceptibles de domiciliación y con la que se van sufragando el resto de gastos del menor [SAP Cádiz 3 octubre 2012 (JUR 2013, 7303); y SAP Valencia 14 octubre 2013 (JUR 2013, 351228)]. Los progenitores van aportando dinero a la cuenta, bien de forma igualitaria (cuando dispongan de unos recursos semejantes y el reparto temporal de permanencia con el menor sea similar) o bien de forma proporcional a sus recursos[14]. Como vemos, este sistema podría haber servido en el supuesto que estamos analizando, aunque en el caso concreto se prefiere optar por el establecimiento de una pensión de alimentos.

Y es que, junto a las dos modalidades anteriores, también cabe que el principio de proporcionalidad se haga efectivo a través del establecimiento de una pensión

13 *Vid.* de Verda Beamonte, J. R.: "Menores de edad, alimentos, régimen de convivencia y atribución del uso de la vivienda familiar: un estudio jurisprudencial de la legislación valenciana sobre la materia", *La Ley*, núm. 8299, 2014, p. 1410; y Meco Tébar, F.: "La cuantificación y distribución de la pensión alimenticia en el régimen de custodia compartida", *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 3, 2015, p. 186.

14 Cabe señalar, que esa misma cuenta bancaria puede utilizarse para cubrir también los gastos extraordinarios [*vid.* SAP Baleares 24 enero 2012 (JUR 2012, 53818)], evitando así (al menos en parte) las posibles discusiones sobre el carácter ordinario o extraordinario de los gastos.

de alimentos a cargo de uno de los progenitores[15]. De hecho, es posible encontrar muchos pronunciamientos que acuerdan que uno de los progenitores deba entregar al otro una cantidad periódica para la satisfacción de los gastos ordinarios de los menores: tanto procedentes del Tribunal Supremo [SSTS 26 junio 2015 (RJ 2015, 2658); 11 febrero 2016 (RJ 2016, 249); y 4 marzo 2016 (RJ 2016, 1399)], como de la jurisprudencia menor [SAP Zaragoza 27 marzo 2012 (JUR 2012, 134996); SAP Valencia 21 octubre 2013 (JUR 2013, 351021); SAP Barcelona 10 enero 2014 (JUR 2014, 52903); SAP Baleares 19 mayo 2014 (JUR 2014, 179797); y SAP Valencia 9 septiembre 2014 (JUR 2004, 305634)] tal y como se acuerda también en la STS 4 octubre 2021 (RJ 2021, 4459), objeto de este comentario.

III. LA ATRIBUCIÓN DEL DERECHO DE USO SOBRE LA VIVIENDA FAMILIAR EN LOS SUPUESTOS DE CUSTODIA COMPARTIDA.

La doctrina ha identificado con carácter general dos alternativas posibles de organización del régimen de guarda y custodia compartida[16]: que los hijos permanezcan en la misma vivienda y los progenitores vayan rotando (conocida como "custodia nido"[17]), o bien que sean los hijos los que roten entre las viviendas de sus padres (conocida como "niño maleta" [18])[19].

Pues bien, en el primer caso ("custodia nido"), toda vez que los hijos permanecen en la vivienda familiar, la atribución de su uso no plantea mayores problemas, ya que se asignará directamente a ellos, y, por extensión, al progenitor que se encuentre junto a ellos en cada momento. El problema se plantea especialmente en aquellos casos en los que son los hijos los que rotan entre las viviendas de sus padres ("niño maleta"), pues habrá que determinar a qué progenitor se le atribuye el uso de la vivienda familiar o si no resulta necesario realizar atribución alguna.

15 *Vid.* Berrocal Lanzarot, A. I.: "Estudio comparativo", cit., p. 19; y Morillas Fernández, M.: "Régimen jurídico de la custodia compartida: el interés del menor", en AA.VV.: *La custodia compartida en España* (coord. por M. M. Venegas Medina y D. Becerril Ruiz), Dykinson, Madrid, 2017, p. 99.

16 *Vid.* Guilarte Martín-Calero, C.: "Comentarios del nuevo artículo 92 del Código Civil", en AA.VV.: *Comentarios a la reforma de la separación y el divorcio: (Ley 15/2005, de 8 de julio)* (dir. por V. Guilarte Gutiérrez), Lex Nova, Madrid, 2005, p. 160.

17 *Vid.* de Torres Perea, J. M.: "La custodia compartida", en AA.VV.: *Prácticum familia 2016* (coord. R. Aranda Rodríguez), Aranzadi Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2015, p. 648.

18 *Vid.* Escribano Tortajada, P.: "Guarda y custodia compartida y atribución de la vivienda familiar", *Práctica de Tribunales*, núm. 119, 2016, p. 11.

19 Cabría hablar de una tercera alternativa de organización: aquella en la que ambos progenitores permanecen en la misma vivienda junto a sus hijos menores (*vid.* Saravia González, A. M.: "Guarda y custodia compartida. Principales novedades de la Ley 15/05 (cuestiones sustantivas)", en AA.VV.: *La jurisdicción de familia: especialización. Ejecución de resoluciones y custodia compartida* (dir. por A.M. Saravia González y J. J. García Criado), Estudios de Derecho Judicial, núm. 147, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2007, p. 240). Aunque es la opción menos habitual en la práctica (ya que lo normal es que tras la ruptura los cónyuges cesen en su convivencia), lo cierto es que resulta perfectamente admisible. En cualquier caso, este supuesto no plantea ninguna duda desde el punto de vista de la atribución del derecho de uso sobre la vivienda familiar, por lo que no me detendré más en él.

Todas las normas autonómicas sobre guarda y custodia han previsto expresamente las reglas a seguir para la atribución del derecho de uso sobre la vivienda familiar en los supuestos de custodia compartida (art 81.1 CDFA, art. 233-20.3 a) CCCat. y art. 12.4 Ley del País Vasco 7/2015), pero nuestro Código Civil guarda silencio al respecto, lo que creo que ha de ser objeto de crítica. Y es que, resulta ilógico que la reforma operada por la Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifican el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio introdujera la posibilidad de adoptar un régimen de guarda y custodia compartida y, sin embargo, no previera las reglas a seguir para la atribución de la vivienda familiar en estos supuestos. Pero más sorprendente resulta, si cabe, que no se haya aprovechado la reciente reforma del art. 96 CC a través de la Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica[20] para introducir una regulación más pormenorizada de esta cuestión.

Ante el vacío legal existente, nuestro Tribunal Supremo considera que debe aplicarse por analogía lo previsto en el art. 96.2 CC para los supuestos de guarda y custodia exclusiva con separación de hermanos [SSTS 24 octubre 2014 (RJ 2014, 5180), 17 noviembre 2015 (RJ 2015, 5392), 11 febrero 2016 (RJ 2016, 249) y 6 abril 2016 (RJ 2016, 1321)][21]. De hecho, así lo reitera en su STS 4 octubre 2021 (RJ 2021, 4459), objeto de este comentario.

El problema es que el art. 96.2 CC establece una regla muy vaga ("el juez resolverá lo procedente") que tampoco termina de sacarnos de dudas. Al respecto, el Tribunal Supremo ha señalado en la Sentencia objeto de comentario que son dos los criterios que han de tenerse en cuenta: el interés más necesitado de protección y la titularidad del derecho en virtud del cual se ocupa la vivienda familiar. Así, en el Fundamento de Derecho cuarto señala que "ello obliga a una labor de ponderación de las circunstancias concurrentes en cada caso, con especial atención a dos factores: en primer lugar, al interés más necesitado de protección, que no es otro que aquel que permite compaginar los períodos de estancia de los hijos con sus dos padres. En segundo lugar, a si la vivienda que constituye el domicilio familiar es privativa de uno de los cónyuges, de ambos, o pertenece a un tercero", una doctrina que ya había establecido en algunos pronunciamientos

20 Sobre el alcance de la reforma introducida por la Ley 8/2021 en el art. 96 CC, *vid*. ampliamente: García Mayo, M.: "El uso de la vivienda familiar a la luz del nuevo art. 96 CC", *Revista de Derecho Civil*, vol. 8, núm. 3, 2021, pp. 187-221. También se refiere a ella Chaparro Matamoros, P.: "La atribución del derecho de uso de la vivienda familiar en España", en Chaparro Matamoros, P. (dir.): *La vivienda en las crisis familiares*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, pp. 54-56.

21 Hay algún pronunciamiento en nuestra jurisprudencia menor que se opone a la opinión del Tribunal Supremo y considera que debe acudirse al punto tercero del art. 96 CC, previsto para aquellos casos en los que el matrimonio no cuenta con hijos menores [SAP Navarra 4 noviembre 2014 (JUR 2015, 101927)]. En cualquier caso, como en seguida tendremos la oportunidad de observar, el criterio que prevé el art. 96.3 CC (el interés más necesitado de protección) es el mismo que termina resultando con la aplicación del art. 96.2 CC.

anteriores, como el de 22 septiembre 2017 (RJ 2017, 4407) o el de 6 julio 2020 (RJ 2020, 2220). Además, considera que en ambos supuestos es posible imponer una limitación temporal en la atribución del uso, similar a la que se establece en el párrafo tercero para los matrimonios sin hijos[22], por entender que estableciéndose tiempos idénticos de estancia con los progenitores, conviviendo los hijos en casa de ambos, no existiendo ya una residencia familiar sino dos, no se podrá hacer adscripción de la vivienda familiar, de forma indefinida, al padre o la madre. Así, aunque mantiene la atribución del derecho de uso sobre la vivienda a la madre por considerar que el suyo es el interés más necesitado de protección, ya no lo hace por tiempo indefinido o hasta que los hijos alcancen la mayoría de edad, sino por un periodo máximo de dos años, salvo que antes se proceda a la liquidación de la sociedad de gananciales.

Paso a analizar ambos criterios por separado.

1. El interés más necesitado de protección.

El interés más necesitado de protección es un criterio que también está previsto en algunas normas autonómicas, como Cataluña (art. 233-20.3 a) CCCat.) y País Vasco (art. 12.4 Ley del País Vasco 7/2015).

El problema es que, al tratarse de un concepto jurídico indeterminado, habrá de concretarse en cada supuesto, en función de las circunstancias concurrentes[23]. Para ello, puede atenderse a diferentes factores, como la capacidad económica y la situación laboral y personal (edad, estado de salud, etc.) de cada uno de los cónyuges o la duración de los periodos de alternancia del menor con uno y otro progenitor[24] (que, recordemos, no tienen por qué ser iguales; no en vano, en ocasiones puede constituir un factor determinante para atribuir el uso de la vivienda familiar a aquel progenitor que tenga a los menores en su compañía durante lapsos más extensos de tiempo).

Además, parece que el criterio del interés más necesitado de protección estará matizado por el principio del interés superior del menor. Únicamente la Ley del País Vasco 7/2015 lo ha previsto expresamente, al condicionar la aplicación del

22 Cabe entender que una vez que haya transcurrido el plazo fijado en la sentencia, se producirá de forma automática la extinción del derecho de uso sobre la vivienda familiar. Por tanto, si el cónyuge usuario de la vivienda no la abandona voluntariamente, bastará con que el otro interponga la correspondiente demanda de ejecución de sentencia (*vid*. Martínez Calvo, J.: "Temporalidad del derecho de uso sobre la vivienda familiar atribuido en un proceso de ruptura matrimonial", *Actualidad Civil*, núm. 12, 2018, p. 4).

23 *Vid*. Chaparro Matamoros, P.: "Comentario a la STS núm. 34/2017, de 19 de enero (RJ 2017, 274), relativa a la atribución del uso de la vivienda familiar en ausencia de hijos", *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 6, 2017, p. 315.

24 *Vid*. Messía de la Cerda Ballesteros, J. A.: "El reparto de los tiempos de estancia", cit., p. 6; y Zumaquero Gil, L.: "La atribución judicial del uso de la vivienda familiar en caso de crisis matrimonial: régimen jurídico actual y propuestas de reforma", *Revista Aranzadi de derecho patrimonial*, núm. 41, 2016, p. 124.

criterio del interés más necesitado de protección a que ello resulte compatible con el respeto al interés superior del menor (art. 12.4); pero considero que, pese a la falta de mención expresa, hay que entender que dicha regla se extiende también a nuestro Derecho común y al resto de ordenamientos autonómicos, habida cuenta de que el interés superior del menor es el criterio rector que debe seguirse para la adopción de cualquier decisión en materia de Derecho de familia[25].

Antes de cerrar este apartado cabe apuntar que, en el caso de Aragón, se utiliza el criterio del progenitor que tenga mayores dificultades para acceder a una vivienda[26] (art. 81.1 CDFA)[27]. Aunque se trata de un criterio muy próximo al del interés más necesitado de protección, pues, al igual que aquel, está basado principalmente en determinar qué progenitor se encuentra en una peor situación económica (STSJ Aragón 30 abril 2013); a mi modo de ver no resultan idénticos. Y es que, considero que el criterio relativo a la mayor dificultad de acceso a una vivienda es más restringido, pues, como hemos visto unas líneas más arriba, el interés más necesitado de protección incluye también otros aspectos, como las circunstancias personales que concurran en los cónyuges.

2. La titularidad del derecho en virtud del cual se ocupa la vivienda familiar.

Como anticipaba, junto al criterio del interés más necesitado de protección, el Tribunal Supremo también se refiere a la titularidad del derecho en virtud del cual se ocupa la vivienda familiar (un criterio que, a nivel legal, solo se recoge expresamente en la Ley del País Vasco 7/2015 -art. 12.1-[28]). Este aspecto cobra

25 Al igual que ocurre con el interés más necesitado de protección, el interés superior del menor es un concepto jurídico indeterminado que habrá de ser objeto de concreción en cada supuesto. Ahora bien, con la entrada en vigor de la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, se han introducido en nuestra normativa una serie de criterios a los que podrá acudir el juez a la hora de determinar cuál es el interés superior del menor en cada caso (*vid.* Martínez Calvo, J.: "La determinación del interés superior del menor tras la reforma introducida por la Ley Orgánica 8/2015, de Modificación del Sistema de Protección a la Infancia y a la Adolescencia", *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 3 *ter*, 2015, pp. 203-205).

26 Además, el Derecho aragonés establece un criterio subsidiario para aquellos supuestos en los que la atribución del uso de la vivienda familiar no pueda resolverse aplicando el criterio de la mayor dificultad de acceso a una vivienda. Así, en caso de que ambos progenitores tengan las mismas dificultades para acceder a una vivienda, el art. 81.1 CFDA prevé que el juez decidirá el destino de la vivienda familiar en función del mejor interés para las relaciones familiares.

27 Siendo el que utilizaba también la anulada Ley valenciana 5/2011 (art. 6.1), así como la redacción originaria del Anteproyecto de Ley sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental y otras medidas a adoptar tras la ruptura de la convivencia (art. 1.8 del Anteproyecto, en la redacción que pretendía dar al art. 96.2 CC). Aunque con la modificación que experimentó en abril de 2014 sustituyó dicho criterio por el del interés más necesitado de protección.

28 Algo que también pretendía hacer el fallido Anteproyecto de Ley sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental y otras medidas a adoptar tras la ruptura de la convivencia (art. 96.2 CC, en la nueva redacción que pretendía darle el art. 1.8 del Anteproyecto). La anulada Ley valenciana 5/2011 iba más allá y en su art. 6.2 establecía que, "salvo acuerdo en contrario entre los progenitores, en ningún caso se adjudicará una vivienda, aunque hubiera sido la residencia familiar habitual hasta el cese de la convivencia entre los progenitores, si es de carácter privativo del progenitor no adjudicatario o común de ambos y el progenitor al que se adjudica fuera titular de derechos sobre una vivienda que le faculten para ocuparla como tal residencia familiar".

especial sentido en aquellos casos en los que los cónyuges poseen la vivienda en régimen de propiedad, sobre todo cuando pertenece en exclusiva a uno de ellos.

El principal problema es que la doctrina no termina de ponerse de acuerdo de acuerdo acerca del peso que se debe otorgar a este criterio. Por un lado, hay autores que han considerado que ha de tratarse de un criterio de carácter subsidiario[29], de tal manera que sólo debería atenderse a la titularidad de la vivienda en aquellos casos en los que la atribución de su uso no hubiera podido llevarse a cabo aplicando el del interés más necesitado de protección. Sin embargo, otro sector de la doctrina señala que se debe conceder mayor peso a la titularidad de la vivienda y que solo debe atribuirse su uso al cónyuge no titular en supuestos realmente excepcionales, en los que exista un gran desequilibrio entre la capacidad económica y las circunstancias personales de ambos cónyuges, de tal modo que el interés de aquél que no es titular de la vivienda esté mucho más necesitado de protección[30].

Si atendemos a la jurisprudencia, es posible encontrar supuestos en los que se acude a este criterio para atribuir el uso de la vivienda familiar al cónyuge titular de la misma, pero normalmente se trata de casos en los que no queda acreditada una gran diferencia entre las circunstancias personales y económicas de ambos cónyuges [SAP Baleares 30 septiembre 2004 (JUR 2005, 36500); y SAP Álava 17 junio 2014 (JUR 2014\246623)].

En todo caso, cuando un miembro de la pareja que siendo titular o cotitular de la vivienda se vea privado de la misma debido a la atribución de su uso al otro, parece razonable prever algún mecanismo para compensarle: reconocerle el derecho a una retribución económica, computar la atribución del uso de la vivienda como contribución en especie a los alimentos de los hijos o a la compensación por desequilibrio económico que eventualmente pueda establecerse en favor del otro cónyuge, etc. De hecho, ya hemos visto que en la sentencia objeto de este comentario el Tribunal Supremo tiene en cuenta la limitación temporal en la atribución del derecho de uso sobre la vivienda familiar a Dña Emma para no aminorar en mayor medida la contribución de D. Roque a la satisfacción de los gastos de sus hijos menores.

29 *Vid*. Berrocal Lanzarot, A. I.: "Estudio comparativo", p. 21; y Zumaquero Gil, L.: "La atribución judicial del uso de la vivienda familiar", cit., pp. 116-117.

30 *Vid*. Pinto Andrade, C.: "La atribución judicial de la vivienda familiar cuando existen hijos menores de edad", *Revista Jurídica de Castilla y León*, 2013, núm. 30, p. 18.

BIBLIOGRAFÍA

BERROCAL LANZAROT, A. I.:

- "Los criterios para la atribución del régimen de guarda y custodia compartida", *La Ley Derecho de Familia*, núm. 3, 2014.

- "Estudio comparativo de la normativa estatal y autonómica en materia de guarda y custodia compartida", *La Ley Derecho de Familia*, núm. 11, 2016.

CHAPARRO MATAMOROS, P.:

- *La vivienda en las crisis familiares,* Tirant lo Blanch, Valencia, 2022.

- "Comentario a la STS núm. 34/2017, de 19 de enero (RJ 2017, 274), relativa a la atribución del uso de la vivienda familiar en ausencia de hijos", *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 6, 2017.

DE VERDA BEAMONTE, J. R.: "Menores de edad, alimentos, régimen de convivencia y atribución del uso de la vivienda familiar: un estudio jurisprudencial de la legislación valenciana sobre la materia", *La Ley*, núm. 8299, 2014.

DE TORRES PEREA, J. M.: "La custodia compartida", en AA.VV.: *Prácticum familia 2016* (coord. R. ARANDA RODRÍGUEZ), Aranzadi Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2015.

ESCRIBANO TORTAJADA, P.: "Guarda y custodia compartida y atribución de la vivienda familiar", *Práctica de Tribunales*, núm. 119, 2016.

GARCÍA MAYO, M.: "El uso de la vivienda familiar a la luz del nuevo art. 96 CC", *Revista de Derecho Civil*, vol. 8, núm. 3, 2021.

GUILARTE MARTÍN-CALERO, C.: "Comentarios del nuevo artículo 92 del Código Civil", en AA.VV.: *Comentarios a la reforma de la separación y el divorcio: (Ley 15/2005, de 8 de julio)* (dir. por V. GUILARTE GUTIÉRREZ), Lex Nova, Madrid, 2005, pp. 113-184.

LATHROP GÓMEZ, F.: *Custodia compartida de los hijos*, La Ley, Madrid, 2008.

LÓPEZ AZCONA, A.: "El tratamiento en derecho español de la custodia de los hijos menores en las crisis de pareja: la novedosa opción del legislador aragonés por la custodia compartida", *Revista Boliviana de derecho*, núm. 19, 2015.

Martínez Calvo, J.:

- "La determinación del interés superior del menor tras la reforma introducida por la Ley Orgánica 8/2015, de Modificación del Sistema de Protección a la Infancia y a la Adolescencia", *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 3 *ter*, 2015.

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

- *La guarda y custodia*, Tirant lo Blanch, 2019.

Martínez de Aguirre Aldaz, C.:

- "La regulación de la custodia compartida en la Ley de igualdad de las relaciones familiares ante la ruptura de la convivencia de los padres", en AA.VV.: *Actas de los vigésimos encuentros del Foro de Derecho Aragonés*, El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2010.

- "Régimen común a la nulidad, la separación y el divorcio", en AA.VV.: *Curso de Derecho Civil (IV): Derecho de familia* (coord. por C. Martínez de Aguirre Aldaz), Edisofer, Madrid, 2016.

Meco Tébar, F.: "La cuantificación y distribución de la pensión alimenticia en el régimen de custodia compartida", *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 3, 2015.

Messía de la Cerda Ballesteros, J. A.: "El reparto de los tiempos de estancia de los hijos menores con los progenitores en los casos de custodia compartida", *La Ley Derecho de Familia*, núm. 11, 2016.

Morillas Fernández, M.: "Régimen jurídico de la custodia compartida: el interés del menor", en AA.VV.: *La custodia compartida en España* (coord. por M. M. Venegas Medina y D. Becerril Ruiz), Dykinson, Madrid, 2017.

Pinto Andrade, C.: "La atribución judicial de la vivienda familiar cuando existen hijos menores de edad", *Revista Jurídica de Castilla y León*, núm. 30, 2013.

Romero Navarro, F.: "Coparentalidad y género", *Intervención psicoeducativa en la desadaptación social*, núm. 2, 2009.

Saravia González, A. M.: "Guarda y custodia compartida. Principales novedades de la Ley 15/05 (cuestiones sustantivas)", en AA.VV.: *La jurisdicción de familia: especialización. Ejecución de resoluciones y custodia compartida* (dir. por A.

M. Saravia González y J. J. García Criado), Estudios de Derecho Judicial, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, núm. 147, 2007.

Serrano García, J. A.: "La contribución a los gastos de crianza y educación de los hijos de padres separados, en particular en la custodia compartida", *Aequalitas: Revista jurídica de igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres*, núm. 35, 2014.

Tena Piazuelo, I.: "Conceptos jurídicos indeterminados y generalización de la custodia compartida", *Revista de Derecho Civil*, vol. 5, núm. 1, 2018.

Zumaquero Gil, L.: "La atribución judicial del uso de la vivienda familiar en caso de crisis matrimonial: régimen jurídico actual y propuestas de reforma", *Revista Aranzadi de derecho patrimonial*, núm. 41, 2016.

¿VULNERACIÓN DE DERECHOS, LEGALIDAD O INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR? COMENTARIO A LA STS DE ESPAÑA NÚM. 27/2022, DE 31 DE MARZO

VIOLATION OF THE RIGHTS, LEGALITY OR BEST INTERESTS OF THE CHILD? COMMENT TO SPANISH STS NO. 27/2022, OF MARCH 31

Rev. Boliv. de Derecho Nº 34, julio 2022, ISSN: 2070-8157, pp. 946-961

Carla PLA DÍAZ

ARTÍCULO RECIBIDO: 10 de mayo de 2022
ARTÍCULO APROBADO: 15 de junio de 2022

RESUMEN: El presente comentario tiene por objeto analizar la reciente Sentencia del Tribunal Supremo número 27/2022, de 31 de marzo y abordar la repercusión que a día de hoy sigue teniendo en nuestro ordenamiento jurídico la celebración de los contratos de gestación subrogada y sus consecuencias, pese a estar ellos prohibidos por nuestra legislación. Sin embargo, al ser dicha regulación escasa, son los tribunales quienes, por tanto, tienen que adoptar soluciones al respecto; generándose con ello resoluciones dispares. En este caso, se pretende el reconocimiento de la filiación del menor por la vía de la posesión de estado (ex art. 131 del CC), puesto que no existe vinculación biológica alguna al respecto.

PALABRAS CLAVE: Contrato de gestación subrogada; filiación; interés superior del menor; menores; posesión de estado; adopción.

ABSTRACT: *The purpose of this commentary is to analyse the recent Supreme Court Judgment number 27/2022, of March 31, and to address the impact that the conclusion of surrogacy contracts and their consequences continues to have on our legal system today, despite them being prohibited by our legislation. However, since such regulation is scarce, courts have to adopt solutions in this regard; thus generating disparate resolutions. In this case, it is intended to recognize the filiation of the minor by way of possession of status (ex art. 131 CC), since there is no biological link in this regard.*

KEY WORDS: Contract of surrogacy; filiation; best interests of the child; minors; possession of status; adoption.

SUMARIO.- I. INTRODUCCIÓN.- II. EL ART. 10 DE LA LTRHA.- III. EL CONTRATO DE GESTACIÓN SUBROGADA.- IV. POSIBLES SOLUCIONES.

SUPUESTO DE HECHO

El objeto de la controversia estriba en determinar el reconocimiento de la filiación de un menor -Mateo-, nacido en Tabasco (Méjico), como fruto de la gestación subrogada, por vía de la posesión de estado del art. 131 del CC. Interesa el reconocimiento a la hija del demandante, Doña Adela.

En fecha de 30 de enero de 2018 se presentó demanda que fue repartida al Juzgado de Primera Instancia núm. 77 de Madrid, en la que se alegaba que Doña Adela ejercía de modo real y efectivo como madre de Mateo desde su nacimiento, cuidándolo y atendiéndolo en todas las facetas de su vida, de acuerdo con sus necesidades presentes y que, además, se encontraba en situación de atender las futuras, dadas las circunstancias personales y económicas que esta presentaba. Asimismo, esgrimía que tenía la consideración de madre legal a ojos de la legislación mexicana, país de la nacionalidad de Mateo, al no habérsele concedido la española.

La demanda fue desestimada por el Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia núm. 77 de Madrid, que dictó la sentencia 21/2019, de 19 de febrero. En el fallo se señalaba que Doña Adela podría instar ante la Dirección General de la Familia y el Menor de la Comunidad de Madrid la tramitación de expediente de guarda o acogimiento familiar previo a la adopción del menor Mateo y, una vez hubiese sido declarada la filiación por adopción, ésta podría inscribir al menor en el Registro Civil con los apellidos que fueron impuestos al menor al nacer. Entre los motivos por los que el Juzgado de Primera Instancia de Madrid desestimó la demanda se encontraba que no se puede utilizar "el principio de la consideración primordial del interés superior del menor para contrariar la ley, sino para aplicarla y colmar sus lagunas, y que el artículo 10 de la Ley sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida (en lo sucesivo, LTRHA) impide el reconocimiento de la filiación que se pretendía por el demandante, ya que determina que la filiación de los hijos nacidos por gestación por sustitución será la determinada por el parto (en este caso la mujer gestante), y será nulo de pleno derecho el contrato por el que se convenga la gestación."

Dicha sentencia fue recurrida en apelación por la parte demandante, recurso al que el Ministerio Fiscal se opuso. La parte recurrente señalaba que cabe realizar una "interpretación amplia de los apartados 2 y 3 del artículo 10 LTRHA. Invocaba la posesión de estado como título de atribución de la maternidad sin necesidad

• Carla Pla Díaz
Graduada en Derecho, Universitat de València.

de que exista una relación biológica, así como que, dado que en el presente caso no puede acudirse a la adopción como remedio alternativo, ha de estimarse la demanda en virtud del interés superior del menor, pues lo contrario causa un grave perjuicio al niño, que carece de DNI y de NIE, y se le priva de los efectos derivados de la filiación."

Doña Adela se adhirió al recurso de apelación, alegando que había reconocido de forma expresa su maternidad antes las autoridades de Méjico y que, además, siendo el menor ciudadano mejicano, deberían de aplicársele los artículos 9.1 y 9.4 del CC; quedando su filiación determinada por la que la ley personal menor determine: la maternidad de la demandada.

Por el contrario, el Ministerio Fiscal alegaba que lo que Doña Adela había efectuado era una "huida" del ordenamiento jurídico español, puesto que tan solo se desplazó a Méjico para concertar el contrato de gestación subrogada y la consiguiente gestación, parto y entrega del menor por estar todo ello prohibido en España; y para posteriormente, pretender el reconocimiento de la filiación conforme a la legislación mejicana. Por consiguiente, alega el Ministerio Fiscal, que no se puede acudir al principio del interés superior del menor para estimar la demanda, ya que este principio debe utilizarse para interpretar y aplicar la ley y colmar las lagunas, pero no por tanto para contrariarla, lo que, en todo caso, también supondría un perjuicio para el menor.

Así, la resolución del recurso correspondió a la Sección Vigesimosegunda de la Audiencia Provincial de Madrid, que lo tramitó con el número de rollo 1274/2019, dictando sentencia en fecha de 1 de diciembre de 2020. En la resolución se estimaba el recurso de apelación, reconociendo la filiación del menor mateo a favor de Doña Adela. Asimismo, se ordenaba la inscripción de dicha declaración en el Registro Civil correspondiente, respetando los apellidos que al menor le impusieron al nacer y que constan en la documentación registral extranjera, condicionando a Doña Adela a estar y pasar por dicha declaración con las obligaciones dimanantes de la condición de madre.

El tribunal de apelación señaló que, "no siendo viables en este supuesto las soluciones consistentes en acudir a la figura jurídica de la adopción (por la diferencia de edad existente entre la demandada y el menor, art. 175.1 del CC), ni existiendo padre biológico identificado (al ser el material genético proveniente de donante desconocido) que permita instar la correspondiente acción de filiación respecto del mismo, no siendo tampoco posible acudir a la vía del acogimiento familiar ni a la del art. 176.2 del CC y porque sería abocar al menor a lo que el TEDH considera «una incertidumbre inquietante», ha de protegerse el interés del menor reconociendo la filiación respecto de la demandada.". Asimismo, la Audiencia determinó que había quedado acreditado que Doña Adela ostentaba

un comportamiento congruente con los deberes de madre, manifestado mediante actos continuados y reiterados, criterios exigidos por la jurisprudencia para llegar a valorar la posesión de estado en una relación de filiación, teniendo en cuenta el interés superior del menor.

Frente a esa resolución se interpone por el Ministerio Fiscal recurso de casación. El motivo que esgrimía el Ministerio Fiscal estribaba en la infracción del CC, norma sustantiva; concretamente el art. 131, en relación con el art. 10 de la Ley 14/2006, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida. Así, el Ministerio Fiscal señalaba que: "la sentencia recurrida determina una filiación materna respecto de una persona que no es madre biológica y que concertó un contrato de gestación por sustitución, sin aportar material genético propio y en contravención directa del art. 10 de la Ley 14/2006 de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Asistida.

El recurso se interpone al amparo del art. 477.2.3º y 3 LEC por presentar interés casacional por oposición a la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo en relación con la determinación de la filiación de los menores nacidos tras la celebración de un contrato de gestación por sustitución a favor de los padres intencionales establecida en la STS (Pleno) nº 835/2013 de 6 de febrero de 2014".

Con ello, el Ministerio Fiscal rechaza la aplicación del principio del interés superior del menor en los términos en los que lo hace la Audiencia Provincial. Invoca como bienes jurídicos el respeto a la dignidad e integridad moral de la mujer gestante y la salvaguarda de los intereses legítimos del menor en los términos establecidos en nuestro ordenamiento jurídico.

El recurso fue impugnado por Doña Adela. Alegaba que el art. 10 de la Ley 14/2006, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida, tan solo es aplicable a la gestación por sustitución que se efectúa en España, pero no, por tanto, en el extranjero. La parte demandante solicitó la desestimación del recurso.

La Sala, finalmente, estimó el recurso de casación expresando dicho fallo en base a los criterios que a continuación se exponen:

1. La gestación por sustitución vulnera gravemente los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución y en los convenios internacionales sobre derechos humanos.

2. La madre gestante y el menor fruto de la gestación subrogada son tratados como meros objetos y no por tanto como personas dotadas de la dignidad propia de su condición de seres humanos y de los derechos fundamentales inherentes a esa dignidad.

3. La configuración del contrato impone a la gestante unas limitaciones a su autonomía personal y a su integridad física y moral incompatibles con la dignidad de todo ser humano.

Sin embargo, frente a los puntos expuestos ut supra, la resolución señala que no solo entran en juego la vulneración de los derechos fundamentales de la gestante y del niño, sino que existe una realidad mucho más compleja. Esto es, las previsiones que las leyes y los convenios internacionales efectúan respecto de la gestación subrogada contrastan de forma radical con lo que en la práctica sucede.

Con ello, existe una gran incoherencia -así lo señala el Informe del Comité de Bioética-, entre la regulación legal y la práctica, puesto que no existen obstáculos algunos a reconocer el resultado de una gestación por sustitución en la que se han vulnerado los más elementales derechos fundamentales de la madre gestante y del niño. Por ende, de todo ello se generan consecuencias como que el menor entra sin problemas en España y acaba integrado en un determinado núcleo familiar durante un tiempo prolongado.

Ante todos estos planteamientos, la Sala determina que:

"En nuestro ordenamiento jurídico, el reconocimiento de esa relación puede realizarse, respecto del padre biológico, mediante el ejercicio de la acción de reclamación de paternidad, conforme prevé el art. 10.3 LTRHA.

Cuando quien solicita el reconocimiento de la relación de filiación es la madre comitente, la vía por la que debe obtenerse la determinación de la filiación es la de la adopción. El Dictamen del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 10 de abril de 2019 acepta como uno de los mecanismos para satisfacer el interés superior del menor en estos casos 'la adopción por parte de la madre comitente [...] en la medida en que el procedimiento establecido por la legislación nacional garantice que puedan aplicarse con prontitud y eficacia, de conformidad con el interés superior del niño'".

Continúa diciendo que "en el presente caso, las pruebas ya aportadas y valoradas en este procedimiento pueden contribuir a cumplir el requisito de prontitud en la acreditación de dicha idoneidad (material, afectiva, etc.), junto con la aplicación, en su caso, de la previsión contenida en el art. 176.2.3.º del CC.

La cuestión de la diferencia de edad entre el menor y la madre comitente no se revela como un obstáculo excesivo, habida cuenta de que la diferencia máxima de 45 años entre adoptante y adoptado prevista en la normativa reguladora de la adopción no tiene un carácter absoluto (art. 176.2.3.º en relación al 237, ambos del CC), tanto más cuando los hechos fijados por la Audiencia Provincial revelan la

integración del menor en el núcleo familiar y los cuidados de que es objeto desde hace varios años".

Finalmente determina que "esta solución satisface el interés superior del menor, valorado in concreto, como exige el citado Dictamen del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, pero a la vez intenta salvaguardar los derechos fundamentales que el citado tribunal también ha considerado dignos de protección, como son los derechos de las madres gestantes y de los niños en general (sentencias de 24 de enero de 2017, Gran Sala, caso Paradiso y Campanelli, apartados 197, 202 y 203, y de 18 de mayo de 2021, caso Valdís Fjölnisdóttir y otros contra Islandia, apartado 65), que resultarían gravemente lesionados si se potenciara la práctica de la gestación subrogada comercial porque se facilitara la actuación de las agencias de intermediación en la gestación por sustitución, en caso de que estas pudieran asegurar a sus potenciales clientes el reconocimiento casi automático en España de la filiación resultante del contrato de gestación subrogada, pese a la vulneración de los derechos de las madres gestantes y de los propios niños, tratados como simples mercancías y sin siquiera comprobarse la idoneidad de los comitentes para ser reconocidos como titulares de la patria potestad del menor nacido de este tipo de gestaciones".

DOCTRINA JURISPRUDENCIAL

El Tribunal Supremo se reafirma en su posición de que la gestación subrogada que se realiza de forma comercial vulnera gravemente los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución y en los convenios internacionales sobre derechos humanos. Está claro, y así lo señala el Alto Tribunal, que el perfeccionamiento de un contrato de gestación por sustitución conlleva una vulneración de las citadas normas. Es más, la contrariedad deriva no solo de lo que el art. 10 LTRHA preceptúa -la nulidad de pleno derecho de estos contratos y que la filiación materna será determinada por el parto-, sino también de la prohibición que el art. 35 de la Convención sobre Derechos del Niño señala: la gestación subrogada forma parte de la definición de "venta de niños".

Como bien indicó el Tribunal Supremo en su Sentencia núm. 835/2013, de 6 de febrero de 2014, los contratos de gestación subrogada vulneran los derechos fundamentales, tanto de la mujer como de niño gestado y, por ende, son contrarios a nuestro orden público. Aquí entran en juego los derechos fundamentales tanto de la gestante como del niño gestado, pues estos son tratados como meros objetos y no como personas dotadas de dignidad propia, condición que ostenta cualquier ser humano junto con los derechos fundamentales inherentes a esa dignidad. Así, para el Tribunal Supremo, por medio de los mencionados contratos, la madre gestante está renunciado a su derecho a la intimidad y confidencialidad médica. Lo que es más, se están regulando por medio de un contrato cuestiones como son la

interrupción del embarazo o la reducción embrionaria, cómo será el parto (que como regla general será por cesárea salvo que el médico determine que es más seguro el parto vaginal), qué es lo que puede comer o no la gestante, los hábitos de vida de ésta, se le niega la posibilidad de mantener relaciones sexuales, se le restringe la libertad de movimiento y residencia. Lo que es peor, se atribuye a la comitente la decisión de determinar si la gestante debe seguir o no con vida en caso de que sufriera alguna enfermedad o lesión potencialmente mortal. Ergo, las personas que decidan formar parte de dicho contrato, no es difícil pensar, que se encuentren en una situación económica de tal calibre que no tengan otra opción que someterse a las condiciones tan execrables que se estipulan por medio del contrato de gestación. Se trata de un trato completamente inhumano y degradante que vulnera los más elementales derechos a la intimidad, a la integridad física y moral: ser tratada como una persona libre y autónoma dotada de la dignidad que se le atribuye a cada ser humano por el mero hecho de serlo. Por otro lado, se cosifica al menor, pues éste es concebido como el objeto del contrato. Por ende, se trata de una serie de limitaciones a la autonomía personal de la gestante, que hacen que dicho contrato sea incompatible con la dignidad de cualquier ser humano.

Sin embargo, la cuestión que se resuelve por la Sentencia del Tribunal Supremo núm. 277/2022, de 31 de marzo, es distinta. Lo que se pretende en esta cuestión no es el reconocimiento de un acto de autoridad extranjero, sino, como dice el Alto Tribunal en su resolución: "la determinación de la filiación del menor conforme a la ley española, concretamente el art. 131 del CC". No obstante, al haber nacido el menor en un Estado en el que se reconoce la posibilidad de determinar la filiación de la madre comitente en caso de gestación por sustitución, conforme al art. 9.4 del CC, la normativa aplicable para resolver la pretensión formulada es la del Estado donde el hijo tenga la residencia habitual, no siendo aplicable, en este sentido la ley del Estado donde el menor haya nacido.

Con todo ello, la vía por la que debe obtenerse la determinación de la filiación es la de la adopción, así lo señala el Dictamen del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 10 de abril de 2019, al aceptar como uno de los mecanismos para satisfacer el principio del interés superior del menor en estos casos "la adopción por parte de la madre comitente en la medida en que el procedimiento establecido por la legislación nacional garantice que puedan aplicarse con prontitud y eficacia, de conformidad con el interés superior del niño". Esto es, el estudio de las circunstancias socio-familiares no deben ser consideradas como un óbice para la satisfacción de dicho principio, sino como actuaciones encaminadas a dicha satisfacción.

En suma, en base a lo expuesto ut supra y tras analizar el caso en concreto, el Tribunal Supremo señala que en atención a las pruebas aportadas y valoradas se cumplen los requisitos que la adopción lleva aparejada junto con la acreditación de la idoneidad, entre otras, material y afectiva para proceder a conceder la adopción. En consecuencia, se satisface el interés superior del menor y se intentan salvaguardar los derechos fundamentales de la madre gestante y de los niños, los cuales resultarían gravemente vulnerados "si se potenciara la práctica de la gestación subrogada comercial porque se facilitara la actuación de las agencias de intermediación en la gestación por sustitución, en caso de que estas pudieran asegurar a sus potenciales clientes el reconocimiento casi automático en España de la filiación resultante del contrato de gestación subrogada, pese a la vulneración de los derechos de las madres gestantes y de los propios niños, tratados como simples mercancías y sin siquiera comprobarse la idoneidad de los comitentes para ser reconocidos como titulares de la patria potestad del menor nacido de este tipo de gestaciones".

COMENTARIO

I. INTRODUCCIÓN.

La RAE señala que el término "maternidad", proviene de materno y que significa "estado de cualidad de madre", y que, "subrogar" supone sustituir o poner a alguien o algo en lugar de una persona o cosa. Con ello, la maternidad subrogada se trata de aquella situación en la que una mujer gesta en su vientre a un niño para otra mujer con la intención de entregárselo posteriormente a que éste nazca. Esto es, se trata, en términos jurídicos, de un contrato por medio del cual la mujer cede su capacidad gestante y se compromete a entregar al menor nacido al término de su embarazo.

La Audiencia Provincial de Valencia (Sección 10ª), en su Sentencia de 23 de noviembre de 2011, también determina que la gestación por sustitución "consiste en un contrato, oneroso o gratuito, a través del cual una mujer consiente en llevar a cabo la gestación, mediante técnicas de reproducción asistida, aportando o no también su óvulo, con el compromiso de entregar el nacido a los comitentes, que pueden ser una persona o una pareja, casada entre sí o no, que a su vez pueden aportar o no sus gametos".

En España, tan solo encontramos regulación respecto de la gestación subrogada en el art. 10 LTRHA. Así, también se puede extraer de este artículo un concepto de contrato de gestación subrogada, por lo que este contrato consiste en "un acuerdo de voluntades por el cual una mujer se compromete a gestar un bebé para otra persona o pareja, renunciando la gestante a sus derechos como madre respecto del ser humano así nacido". Asimismo, este precepto declara la nulidad

del contrato por medio del cual se conviene la gestación, con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna a favor de la otra parte, el contratante, o bien de un tercero.

Por otro lado, tanto en el caso del aborto, como las técnicas de reproducción humana asistida, los problemas relacionados con ello se han ido incrementando de forma sustancial debido a la prohibición que determinados países han ido estableciendo al respecto. Con ello, la gestación subrogada se encuentra permitida en diferentes países en dos tipos de modalidades: (i) la modalidad altruista, donde se encuentran Canadá, Reino Unido, Portugal, Grecia y Tailandia; y (ii) la modalidad comercial, donde se encuentran Rusia, Ucrania, Estados Unidos e India. Por el contrario, no está permitida la gestación por sustitución en países como Alemania, España, Francia e Italia. Por ende, debido a dichas prohibiciones, se han generado una serie de consecuencias, entre las que se encuentran el aumento del denominado turismo reproductivo. Esto es, como señalan García Amez, J. y Martín Ayala, M.: "Turismo reproductivo y maternidad subrogada", *Extraordinario XXVI Congreso*, núm. 27, 2017, p. 202, el turismo reproductivo supone "viajar a otro país para obtener servicios sanitarios que son ilegales en el país de origen, pero legales o permitidos con ciertas restricciones, en el país de destino. Los tres casos principales en los que suele concurrir este fenómeno son el aborto, el suicidio asistido y las tecnologías o servicios reproductivos, donde se incluye la maternidad subrogada".

En suma, se está generando un gran negocio basado en este tipo de turismo lo que está conllevando, de forma inexorable, a la comercialización y consiguiente explotación de las mujeres gestantes. Como no es de extrañar, este tipo de negocios tiene una mayor proliferación en aquellos países en los que la pobreza es un elemento esencial, esto es, aquellos países que presentan un alto índice de pobreza, y, además, donde la mujer es considerada como inferior, generándose así desigualdad con respecto a los hombres. Ergo, en la mayoría de las ocasiones, las mujeres que acuden a este tipo de práctica la efectúan para obtener ingresos para cubrir así tanto las necesidades familiares como propias. Con ello, esta materia ha suscitado una serie de debates no solo jurídicos, sino también éticos, ya que supone un cambio en el modo de ver la maternidad y la filiación.

II. EL ART. 10 LTRHA Y EL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR.

En términos del art. 10 LTRHA, el contrato de gestación subrogada es nulo de pleno derecho. Ello se extrae del primer apartado del citado artículo, el cual preceptúa lo siguiente: "1. Será nulo de pleno derecho el contrato por el que se convenga la gestación, con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna a favor del contratante o de un tercero".

Por consiguiente, el apartado segundo del mismo artículo continúa diciendo que "la filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución será determinada por el parto". Con ello se permite que el varón, para el caso en el que el material genético perteneciese solo a éste, solicite el reconocimiento de su filiación con respecto al menor, siempre que opere dentro del plazo de inscripción del nacimiento. Por ende, en términos generales, la madre gestante sería quien ostentaría la relación de filiación materna con respecto al menor nacido.

El último apartado del citado artículo configura las acciones de reclamación de paternidad al establecer que: "queda a salvo la posible acción de reclamación de la paternidad respecto del padre biológico, conforme a las reglas generales". En este apartado, se viene a establecer que cualquier estipulación contraria a la realidad de la paternidad biológica podrá ser impugnada por medio de la acción de reclamación.

Con respecto al interés superior del menor, se trata de una materia controvertida que ha generado gran disparidad de soluciones jurisprudenciales, al adoptarse estas de forma casuística, esto es, en atención al caso concreto. Concretamente, el Tribunal Supremo en su Sentencia de 6 de febrero de 2014 señala, en su fundamento de derecho quinto que el interés superior del menor es "una cláusula susceptible de concreción que el propio legislador introduce conscientemente para ampliar los márgenes de la ponderación judicial". Asimismo, señala que "en ocasiones estos conceptos jurídicos indeterminados se han denominado 'conceptos esencialmente controvertidos', esto es, cláusulas que expresan un criterio normativo sobre el que no existe una unanimidad social porque personas representativas de distintos sectores o sensibilidades sociales pueden estar en desacuerdo acerca del contenido específico de este criterio". En dicha sentencia se estableció, además, que la resolución por medio de la que se permitía la gestación subrogada en California era contraria al orden público español, y, por ende, completamente incompatible con las normas que regulan la dignidad de la mujer gestante y del niño. Con ello, señala el Alto Tribunal, se está mercantilizando la gestión y el niño y cosificándolos, posibilitando la explotación del estado de necesidad, derivadas del contrato de gestación por sustitución. Continúa diciendo que la protección del interés superior del menor se trata de un concepto indeterminado que no posibilita que el juez pueda llevar a cabo cualquier decisión. Por ende, la protección que el principio citado ut supra, prevé no puede fundarse en un contrato de gestación subrogada y en la consiguiente filiación a favor de los padres intencionales que prevé la legislación del país donde se ejecutó el contrato, en este caso, California.

De modo que, para proceder a efectuar el reconocimiento de la filiación del menor nacido por medio de la gestación subrogada, se tendrá que llevar a cabo

una valoración en atención a, por un lado, el interés del niño; y, por otro lado, en atención a la ruptura del vínculo con la mujer gestante y la ruptura del núcleo familiar que se haya podido formar entre el menor y los padres biológicos.

III. EL CONTRATO DE GESTACIÓN SUBROGADA.

Como se ha señalado anteriormente, el contrato por medio del cual se estipula la gestación subrogada es nulo de pleno derecho. En dicho contrato encontramos dos partes: la parte comitente y la mujer gestante. Por un lado, la parte comitente es el sujeto o sujetos que realizan el encargo de una prestación a la otra parte, la mujer gestante. Dicha prestación consiste en la gestación de un bebé para los comitentes. La parte comitente también recibe el nombre de "padre/s de intención" o de "elección". Por otro lado, se encuentra la mujer gestante, la cual debe ser de sexo femenino. Mediante dicho contrato, contrae la obligación de gestar y dar a luz a un bebé para otra persona o pareja, siempre renunciando a la maternidad del niño fruto de tal procedimiento.

Como es sabido, el art. 1261 del CC determina cuáles son los elementos esenciales del contrato: consentimiento, objeto y causa. Así, si no concurre alguno de ellos, no se podrá hablar de la existencia de contrato.

Con respecto al contrato de gestación subrogada, existe causa y objeto, pero estos son totalmente contrarios a lo que el CC determina. En cuanto a la causa, García Algüacil, M.J.: "¿Injerencia justificada del Estado sobre la determinación de la filiación o de la autonomía de la voluntad en las relaciones familiares?" en *Aranzadi civil-mercantil. Revista doctrinal*, núm. 5, 2016, pp. 27-75, señala que la causa del contrato es la finalidad social, el propósito de alcanzar un determinado resultado con la realización de un negocio concreto. Así, la finalidad que se pretende con el negocio que se realice ha de ser acorde a la ley, a la moral y al orden público. Por consiguiente, hasta que no se determine lo contrario, y, por ende, se modifique la regulación existente en materia de gestación subrogada, el contrato es nulo por ir en contra de la ley, la moral y el orden público.

En cuanto al objeto del contrato, si configuramos tanto al niño fruto de la gestación como a la mujer gestante como objeto del contrato, nos encontramos ante un objeto ilícito, pues se tratan de "res extra comercium", esto es, de cosas que se encuentran fuera del comercio de los hombres (ex. art. 1271 CC). Por ello, configurar al menor como objeto del contrato determina la inviabilidad de considerar el objeto como requisito válido para que el contrato despliegue los efectos que le son propios.

En definitiva, el contrato de gestación subrogada sería absolutamente nulo por ilicitud de la causa (art. 1275 CC) y también, por ser el objeto una materia que

se encuentra fuera del comercio de los hombres (art. 1271 CC), puesto que no se puede comerciar con personas ni se puede conceptuar al niño como objeto de un contrato. Asimismo, dicho contrato incumple los límites de la autonomía privada del art. 1255 CC, por ser contrario a la ley, la moral y el orden público. Y, lo que es más, como señala De Verda y Beamonte, J.R.: "La filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida en España", *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 8, 2018, pp. 11-31, el contrato de gestación subrogada es opuesto al principio de indisponibilidad del cuerpo humano, puesto que recae sobre las facultades de gestación y reproductivas de la mujer, estableciendo, por tanto, como objeto del contrato la función que presenta la mujer: la maternidad; y dicha función, como se ha señalado, no puede ser objeto de tráfico jurídico alguno. Continúa diciendo el autor que dicho contrato "se opone también al principio de indisponibilidad del estado civil, ya que trata de modificar las normas que determinan la constitución de la relación jurídica paterno-filial y la atribución de la condición jurídica de madre y de hijo".

IV. POSIBLES SOLUCIONES.

¿Qué sucede cuando un matrimonio o pareja unida por análoga relación de afectividad a la conyugal regresa a España con un menor nacido mediante gestación subrogada, teniendo éste reconocida la filiación paterna a favor de uno de los miembros de la pareja y la filiación materna a favor de la gestante? Se pretende inscribir al menor en el Registro Civil español, de tal forma que este figure como hijo de los dos miembros de la pareja; más bien, se trata de que la realidad jurídica coincida con la realidad familiar de facto.

El supuesto que se presenta es el siguiente: tras llevar a cabo la gestación subrogada, una pareja, finalmente, consigue la inscripción registral de nacimiento en el Registro Consular español del país donde se ha llevado a cabo dicha práctica, de la cual existe constancia en el Registro Central. En dicha inscripción se identifica como padre del nacido al progenitor varón y como madre, a la gestante. Esto se debe a que, conforme a la legislación española y al estado actual de la jurisprudencia, la filiación materna queda determinada por el parto. A pesar de ello, la relación familiar de facto que se produce posteriormente conlleva la necesidad de configurar la protección del menor mediante figuras como el acogimiento o la adopción.

Así, para constituir una relación jurídica de filiación por adopción respecto del cónyuge o pareja unida por análoga relación de afectividad a la conyugal del progenitor cuya filiación ha quedado inscrita, será necesario acudir a un procedimiento de adopción del menor nacido siguiendo los requisitos que el art. 177 CC exige. Asimismo. el art. 9.4. II CC determina la ley aplicable para la constitución de la adopción: "la ley aplicable al contenido de la filiación, por naturaleza o por

adopción, y al ejercicio de la responsabilidad parental, se determinará con arreglo al Convenio de La Haya, de 19 de octubre de 1996, relativo 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". Con ello, el Convenio de La Haya remite a la lex fori, es decir, a la ley del tribunal competente para adoptar la medida. Por tanto, la legislación aplicable para resolver sobre los requisitos para la constitución de la adopción es la ley española correspondiente: bien el CC en el supuesto del derecho civil común, o bien la ley autonómica aplicable, en el caso del derecho foral, todo ello siempre que sea España el lugar de residencia del menor en cuestión. Para el procedimiento habrá que estar a lo dispuesto en la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria.

Hasta ahora, los casos en los que el Tribunal Supremo se había pronunciado planteaban supuestos totalmente distintos. Sin embargo, este caso versaba sobre la gestación por sustitución de un menor, Mateo, cuyo encargo había sido efectuado por Doña Adela. Así, ésta, volvió a España con el menor y convivió junto con este durante dos años. En la demanda interpuesta por el abuelo de intención se pretendía el reconocimiento de la filiación del menor a favor de Doña Adela por la vía de la posesión de estado, en virtud del art. 131 CC. Finalmente, se determinó el reconocimiento, por el Alto Tribunal de dicha filiación.

Asimismo, la resolución aquí en cuestión sigue la misma línea que el Dictamen Consultivo del TEDH (Grande Chambre) de 10 de abril de 2019 (demanda nº P16-2018-001) sigue. Dicho Dictamen señala que la maternidad puede quedar determinada por medio de otras vías como la adopción, como el presente caso, sin necesidad de realizarse por medio de la inscripción en el Registro Civil nacional a partir del certificado de nacimiento extranjero. Esto es, una vez haya quedado determinada la filiación paterna del padre de intención -cuando éste sea padre biológico del menor-, el Derecho interno debe ofrecer la posibilidad de que la madre de intención pueda establecer un vínculo de filiación respecto del mismo -a partir de un certificado de nacimiento extranjero expedido de forma legal-, en aras de respetar el derecho a la vida privada. No obstante, para efectuarlo de esta forma, se debe de garantizar la efectividad y diligencia de las mismas, siempre teniendo en cuenta el interés superior del niño.

Por otro lado, la DGRN, en su instrucción de 5 de octubre de 2010, sobre el régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución, establece como requisito previo para la inscripción de los menores nacidos por gestación subrogada, la presentación de la resolución judicial que haya sido dictada por el Tribunal extranjero competente. Con ello, se pretende asegurar el interés superior del menor y el de la mujer gestante. Dicho requerimiento trata de corroborar que se haya cumplido con las exigencias que la legislación del país en el

que se ha llevado a cabo la práctica requiere, siempre en atención a, como se ha señalado ut supra, la inquebrantable protección del interés del menor y de la mujer gestante. Esto es, se trata de asegurar que el consentimiento que la gestante ha emitido sea legalmente eficaz, así como que ésta presente plena capacidad jurídica y de obrar, a efectos de que el consentimiento no quede finalmente viciado. La Instrucción de 5 de octubre de 2010 establece, por tanto, los criterios que deben ser aplicados en los Registros Civiles: exige una resolución judicial y, además, que se aplique el régimen de reconocimiento de decisiones, más concretamente, el auto judicial que ponga fin al procedimiento de exequátur.

Posteriormente, la DGRN, emitió otra Resolución con fecha de 19 de febrero de 2019. En ella, también se exige que se aporte junto con la solicitud, una sentencia dotada de exequátur o un expediente de jurisdicción voluntaria por el encargado del Registro Civil. En el caso de que este requisito no se cumpla, el encargado deberá de comunicarlo al Ministerio Fiscal, ex art. 124 RRC.

Por consiguiente, el art. 10 LTRHA determina la nulidad del contrato por medio del cual se estipula la gestación por sustitución, empero, dichos contratos siguen desplegando eficacia en territorio español, pese a que se hayan ejecutado en otros países. De todo ello se extrae que, pese a que el citado artículo establezca la prohibición de la maternidad subrogada, existen diferentes vías que permiten que los menores fruto de dicha práctica puedan finalmente ser inscritos como hijos de sus padres de intención. Esto es, pese a ser el contrato nulo de pleno derecho, se permite que los menores nacidos por esta técnica puedan quedar reconocidos como hijos de sus padres comitentes en base a la adopción o bien, la posesión de estado. Con todo, podría considerarse que se está ejerciendo un abuso de la última vía, puesto que carece de sentido que se atribuya la filiación cuando quien la pretende no es realmente, el padre o madre. Sin embargo, para el caso en el que el padre comitente comparta material genético con el menor, se podría acudir al ejercicio de la acción de reclamación de la paternidad.

Con respecto al contrato de gestación subrogada en sí mismo, se puede determinar con seguridad, y así lo señala el Tribunal Supremo, que las cláusulas contractuales que en él se estipulan vulneran de forma clara derechos fundamentales como la intimidad, la integridad física y psíquica, la libertad de movimientos, de residencia, entre otros. ¿Cómo puede llegar a tener validez en nuestro ordenamiento jurídico un contrato con estas características? No debería considerarse como algo irracional o disparatado que se pueda proceder a reconocer una filiación derivada de este tipo de contratos, todo ello siempre que se garantice el respeto a los derechos de la mujer gestante y del menor.

Empero, como se ha podido comprobar, son los tribunales quienes han tenido que proporcionar soluciones frente a los problemas derivados del art. 10 LTRHA.

Han tenido que hacer frente a los problemas suscitados al respecto para ofrecer una protección al menor. Así, se ha podido observar que las soluciones ofrecidas por la jurisprudencia esclarecen que la regulación contenida en el art. 10 LTRHA no es suficiente, y que, además, es incompleto, produciendo cierta inseguridad jurídica. Con ello, el Registro Civil español ha tenido que dejar a un lado dicho artículo para poder solucionar el problema suscitado con respecto a la filiación y la inscripción de los menores, para así, llevar a cabo la protección del interés del niño nacido por medio de la gestación subrogada.

Todo ello genera la necesidad de que el art. 10 LTRHA deba ser completado, llevando a cabo una regulación de la gestación por sustitución con respecto al niño fruto de dicho procedimiento, ya que el citado artículo no ofrece solución alguna al problema de la filiación y de la protección del interés del menor. Debe de llevarse a cabo una cohonestación de las diferentes leyes reguladoras de la gestación subrogada de cada uno de los países, en atención a salvaguardar la dignidad y sentimientos de la madre gestante y, además, garantizar la salud física y psicológica del niño -en virtud del interés superior del menor-, alejándose siempre de la posible mercantilización de la gestante y del hijo.

EL CRITERIO DE LA SIMETRÍA DE LA EDAD ENTRE VÍCTIMA E INFRACTOR EN LOS CASOS DE ABUSOS SEXUALES A MENORES. COMENTARIO A LA STS DE ESPAÑA 699/2020 DE 16 DE DICIEMBRE

THE JUDICIAL CRITERION SETTLED ON THE SYMMETRICAL AGES OF THE VICTIM AND THE OFFENDER IN CASES OF SEXUAL ABUSE AMONG YOUNGSTERS. COMMENT TO THE SPANISH COURT RULING STS 699/2020 OF DECEMBER 16TH

Rev. Boliv. de Derecho Nº 34, julio 2022, ISSN: 2070-8157, pp. 962-971

Elisabet CUETO SANTA EUGENIA

ARTÍCULO RECIBIDO: 10 de enero de 2022
ARTÍCULO APROBADO: 30 de abril de 2022

RESUMEN: La presente sentencia resulta de gran relevancia en relación con el denominado "criterio de la simetría", que consiste en revisar la cercanía de edad y grado de desarrollo en los casos de abuso sexual de menores. En concreto, incide en la importancia de entrar a valorar la disimetría existente en el desarrollo de ambos sujetos (ofendido y ofensor).

PALABRAS CLAVE: Abusos sexuales; menores; interés del menor.

ABSTRACT: *This court ruling is highly relevant in relation to the judicial criterion settled on the symmetrical ages of the victim and the offender. This criterion consists in analyzing the proximity of both age and degree of maturity in cases of sexual abuse among youngsters. The ruling tackles the importance of addressing the specific amount of dissymmetry within the development of both subjects (victim and offender).*

KEY WORDS: Sexual abuse; youngsters; best interest of the child.

SUMARIO.- SUPUESTO DE HECHO.- DOCTRINA JURISPRUDENCIAL.- COMENTARIO: I. LA NECESIDAD DE PROTEGER A LOS MENORES DE POSIBLES ABUSOS: ESPECIAL ATENCIÓN AL INTERÉS DEL MENOR.- II. APUNTES SOBRE CRITERIO DE LA SIMETRÍA DE LA EDAD ESTABLECIDOS POR LA STS 699/2020 DE 16 DE DICIEMBRE.

SUPUESTO DE HECHO

La presente sentencia resuelve un recurso de casación interpuesto ante el Tribunal Supremo, en el que se discute un caso de abuso sexual a una menor. La sentencia contra la que se interpone dicho recurso surge como resultado de un recurso de apelación ante la sala de lo civil y penal del TSJ del País Vasco, en la cual se desestima la apelación, confirmando la sentencia de primera instancia (SAP Bizkaia 14 noviembre 2018).

Así, en relación con los hechos del caso concreto, cabe mencionar que consistieron en una relación sexual con penetración vaginal, mantenida de mutuo acuerdo y en el contexto de una relación sentimental. La referida relación sexual tuvo lugar en el año 2016, en cuya fecha la menor (ofendida) contaba con trece años y tres meses de edad, frente a los dieciocho años y cuatro meses de edad de su pareja (el condenado). Así, entendiendo que con trece años de edad y a tenor de la presunción *iuris et de iure* establecida por el art. 183 del CP de que los menores de dieciséis no cuentan con capacidad para consentir relaciones sexuales ni valorar las consecuencias de las mismas, amén de que la relación del caso concreto suponía la primera relación sexual de la ofendida, se condena al varón por abusos sexuales.

La sentencia en primera instancia, conforme a lo expuesto, resultó condenatoria, imponiendo pena de cuatro años de prisión, con pena accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y la prohibición de aproximarse a la víctima -tanto en su domicilio, como en su lugar de trabajo o estudios y otros lugares frecuentados por ella- a una distancia no inferior a 500 metros. Asimismo, imponía la prohibición de comunicarse con ella por cualquier medio directo o indirecto durante cinco años.

A pesar de que la sentencia que resuelve la apelación (TSJ País Vasco, 4 febrero 2019) fue desestimatoria, la presente sentencia -en la que el TS resuelve el recurso de casación- se estima parcialmente, sustituyendo la pena de prisión de cuatro años por la de dos años. Esta estimación parcial por parte del TS responde al criterio de la simetría, que será expuesto en el presente comentario de sentencia

• Elisabet Cueto Santa Eugenia
Doctora en Derecho por la Universidad de Oviedo. Correo electrónico: cuetosantaeugenia@gmail.com.

y que resulta de interés para la doctrina penal y procesal, especialmente de cara a procesos que enjuicien a menores de edad o adultos jóvenes, como es el caso.

DOCTRINA JURISPRUDENCIAL

La presente resolución jurisprudencial expone cuestiones que revisten gran importancia para la doctrina procesal y penal, puesto que aborda una cuestión controvertida -el consentimiento para tener relaciones sexuales de los menores de edad y los posibles abusos y prevalimiento por parte de un adulto sobre un menor- abandonando una línea jurisprudencial previa[1] que pecaba de inocencia y desconexión con la realidad.

Consideramos que esto es así porque lo cierto es que los menores de edad cada vez tienen relaciones sexuales de manera más precoz[2], y la presunción del art. 183 CP, consistente en establecer que los menores de dieciséis años de edad no disponen de capacidad para consentir, supone negarles toda posibilidad de decidir acerca de su incipiente dimensión sexual.

Así, el fundamento jurídico cuarto de la presente sentencia hace referencia al criterio de la simetría de la edad, estableciendo tres cuestiones fundamentales de cara a tener en cuenta dicho criterio para establecer que en un caso de relaciones sexuales entre o con menores de dieciséis años no concurre abuso. Estas tres cuestiones son: en primer lugar, que exista consentimiento por parte del o la menor; en segundo lugar, que las edades de las personas que han tenido la relación sexual sean próximas entre sí -es decir, uno puede ser un poco mayor que el otro, pero la diferencia deberá apreciarse como mínima- y en tercer lugar que el grado de madurez también resulte simétrico.

Este criterio, que había sido sucintamente expuesto por el TS en su STS 14 octubre (478/2019)[3], cumple una función relevante aquí, donde el TS completa las directrices de interpretación del mismo en relación con lo que se ha de entender por simetría o dismetría de la madurez.

Así, el TS discute que las instancias previas (AP y TSJ), a pesar de tener en cuenta que la edad era próxima y existía consentimiento, consideraron que el grado de madurez y desarrollo entre la ofendida y el condenado era disimétrico. El

1 La línea jurisprudencial previa a la que se hace referencia es aquella que abordaba la presunción del art. 183 CP. Al respecto vid. STS 28 octubre (1143/2011) y STS 3 abril (266/2012), entre otras.

2 Para mayor abundamiento en la precocidad sexual y el tratamiento penal de ciertas relaciones consentidas como abusos, *vid.* González Agudelo, G.: *La sexualidad de los jóvenes: criminalización y consentimiento (art. 183 quáter del Código Penal),* Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, p. 16.

3 En concreto estableciendo que el criterio de la simetría de la edad "devendrá aplicable precisamente cuando, pese a ser uno de los intervinientes en la relación menor de dieciséis años, hay una decisión libre y una actividad sexual compartida con una persona que, aun siendo mayor de edad, es próxima al menor en edad y madurez".

TS, en este sentido, establece que, aunque en el caso se aprecia de forma clara la disimetría en el grado de madurez -la ofendida nunca antes había tenido relaciones sexuales mientras que el condenado sí, amén de que una diferencia de cinco años en esas edades conlleva una distancia de desarrollo evidente-, el hecho de que se aprecie disimetría no implica en sí mismo que dicha disimetría sea grande. En este sentido, el TS entiende que no solo resulta necesario probar la existencia de disimetría en el desarrollo, sino que, en aras de establecer si el criterio atenuante se aplica reduciendo uno o dos grados a la pena, resulta necesario establecer si la disimetría es grande o escasa. Para el caso concreto, el TS considera que, a pesar de que exista cierta disimetría en la madurez, esta es escasa, y es por eso que sustituye la pena reduciéndole un grado.

COMENTARIO

I. LA NECESIDAD DE PROTEGER A LOS MENORES DE POSIBLES ABUSOS: ESPECIAL ATENCIÓN AL *INTERÉS DEL MENOR*.

Partiendo de la existencia de la presunción *iuris et de iure* establecida por el art. 183 CP, que establece la imposibilidad de los menores de dieciséis años para prestar consentimiento[4] se entiende que, en principio, todas las relaciones con menores o entre menores de esa edad queden prohibidas y serán consideradas abuso. Esta presunción, tal como se ha mencionado con anterioridad, ha sido avalada y utilizada por el TS, siendo un ejemplo especialmente significativo de esto la STS 14 junio (287/2018), que niega abiertamente cualquier posibilidad de que los menores de dieciséis años otorguen un consentimiento que pueda ser considerado válido.

La presunción encuentra fundamento en necesidad de proteger a los niños, que son sujetos especialmente vulnerables y cuyo interés habrá de ser tenido en cuenta de manera específica y primordial. Esto es así a tenor del principio del *interés superior del menor,* establecido por el art. 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño, que indica que, siempre que una decisión o medida afecte a un menor, sus necesidades han de ser debidamente abordadas.

Este principio no solo implica que se garantice que los niños puedan disfrutar de forma plena y efectiva de todos los derechos que tienen reconocidos en la Convención de los Derechos del Niño y que se cumplan las garantías procesales oportunas, sino que también hace referencia a que, siempre que haya varias

4 En relación con dicha presunción, *vid*. Díaz Morgado, C.: "Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales", en Corcoy Bidasolo, M. y Mir Puig, S. (dirs.): *Comentarios al Código Penal, reforma LO 1/2015 y LO 2/2015,* Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, p. 696, Pérez Alonso, E., "Concepto de abuso sexual: contenido y límite mínimo del delito de abusos sexuales", *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, núm. 3, 2019, p. 7; y Ragués i Vallès, R.: "Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales", en Silva Sánchez, J. M. (dir.) y Ragués i Vallès, R. (coord.): *Lecciones de Derecho Penal, Parte Especial*, Atelier, Barcelona, 2021, p. 144.

interpretaciones posibles a alguna norma que tengan impacto o incidencia en el devenir de un menor, se habrá de emplear aquella interpretación que resulte más favorable al niño o adolescente[5] -cuestión relevante para el asunto que nos ocupa, dado que se en las ocasiones en las que haya duda, se opta por proteger al menor de posibles abusos-.

El interés superior del menor, por tanto, rige para todos aquellos procedimientos en los que un menor se encuentre inmerso, y es considerado uno de los pilares fundamentales de la regulación que se encarga de la protección de la infancia y adolescencia. En este sentido cabe destacar que la LO 1/1996[6] regula dicho principio en su art. 2, estableciendo que se habrá de proteger la vida, supervivencia y desarrollo del menor y la satisfacción de sus necesidades básicas, tanto materiales, físicas y educativas como emocionales y afectivas.

En el mismo art. 2 de la LO 1/1996, sin embargo, también se establece que los deseos, sentimientos y opiniones del menor, así como su derecho a participar en el procedimiento de manera progresiva en función de su edad, madurez, desarrollo y evolución personal, también forma parte de su *interés superior*. Esta cuestión no es baladí, puesto que en el caso que nos ocupa sucede que la menor de edad hubiera querido consentir la relación sexual, que se llevó a cabo de forma libre y con la que entonces era su pareja, y, debido a la presunción del art. 183 CP, se entiende que el consentimiento no resulta válido. Es en este punto en el que debemos detenernos a discernir con qué se corresponde, en este supuesto, el *interés superior de la menor*, valorando si verdaderamente hay un riesgo para la integridad física e indemnidad sexual del cual la menor, debido a su condición de menor, no se percata -y por tanto en el caso corresponde considerar que se da un abuso- o si, por el contrario, el *interés superior* se alinea con la voluntad de la menor y corresponde entender que, en ocasiones, el consentimiento otorgado por menores de dieciséis años debería considerarse válido.

Para estos casos resulta importante tener en cuenta que el derecho del menor a ser oído y que su opinión sea tenida en cuenta está recogido en el art. 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño, implicando no solo que se le dé una oportunidad para expresarse, sino también que se le facilite la información necesaria de un modo acorde a su grado de madurez y entendimiento[7].

5 En relación con el principio del interés superior del menor, *vid*. Martín Ostos, J: "En torno al interés superior del menor", *Anuario de Justicia de Menores*, 2012, pp. 39 y ss. y Paredes Castañón, J. M.: "El principio del "interés del menor" en derecho penal. Una visión crítica", *Revista de derecho penal y criminología*, núm. 10, 2013, pp. 155 y ss.

6 *Cfr*. Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

7 Para mayor abundamiento del derecho a ser oído de los menores de edad, *vid*. del Moral Ferrer, A. J.: "El derecho a opinar de niños, niñas y adolescentes en la Convención sobre los Derechos del Niño", *Cuestiones Jurídicas, Revista de Ciencias Jurídicas de la Universidad Rafael Urdaneta*, vol. 1, núm. 2, p. 80 y Núñez Zorrilla, C.: "El interés superior del menor en las últimas reformas llevadas a cabo por el legislador estatal en el

Sin embargo, dada la naturaleza especialmente delicada de los supuestos de hecho idénticos al del presente caso, el derecho del menor a expresar su opinión habrá de tomarse en su debido contexto, apreciando para ello el grado de madurez del mismo y si concurren circunstancias que dejen entrever algún peligro o riesgo del que el menor, que pretende consentir, no haya podido ser consciente debido a su corta edad o falta de desarrollo. Es en este punto en el que los criterios que sienta el TS resultan de innegable utilidad, ofreciendo una suerte de guía para identificar si concurren abusos o no.

II. APUNTES SOBRE CRITERIO DE LA SIMETRÍA DE LA EDAD ESTABLECIDOS POR LA STS 699/2020 DE 16 DE DICIEMBRE.

La necesidad de proteger a los menores de edad de posibles abusos encuentra su origen y fundamento en los casos en los que se da prevalimiento por parte de un adulto hacia un menor de edad[8]. A menudo en estos casos en los que se da prevalimiento, sin que obre violencia o intimidación en el abuso, las circunstancias dejan entrever que el grado de desarrollo del menor resulta a todas luces insuficiente para ser consciente de lo que supone tener relaciones sexuales -y por tanto mucho menos para prestar consentimiento-[9]. En muchos de estos casos, además, se dan situaciones en las que el adulto consigue un consentimiento viciado por medio del engaño[10].

Debido a este tipo de casos que por desgracia abundan, se establece la ya mencionada presunción, y del texto del art. 183 *quáter* CP se extrae que el consentimiento con carácter general se establece a partir de los 16 años. Sin embargo, el propio quáter establece la excepción de que un menor de 16 pueda dar su consentimiento si se da el caso que la persona con quien mantiene relaciones tiene un grado de madurez y edad similar al suyo. Esto tiene sentido debido a que en los tiempos que corren es común que se den prácticas sexuales

sistema estatal en sistema de protección a la infancia y a la adolescencia", *Persona y Derecho*, vol. 73, 2015, p. 121.

8 Al respecto, *vid*. Orts Berenguer, E. y Alonso Rimo, A.: "Introducción al estudio de los delitos sexuales contra menores", en Lameiras Fernández, M. y Orts Berenguer, E. (coords.): *Delitos sexuales contra menores: abordaje psicológico, jurídico y policial,* Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, p. 31.

9 Ejemplo de esto es la STS 16 enero (95/2014), donde el discernimiento de las niñas abusadas no alcanzó para que comprendieran las implicaciones de la relación sexual, a pesar de que el adulto no se impusiera por medio de violencia ni intimidación.

10 La STS 28 octubre (1143/2011) ilustra esto, siendo un caso en el que es niño presta "consentimiento" para la relación sexual a cambio de que el adulto le regale un teléfono móvil. En la sentencia, el Supremo realiza una explicación pormenorizada de la importancia que puede tener para un menor una promesa así, poniendo especial interés en el grado de madurez y modo de entender el mundo del menor.
También la doctrina ha abordado la posibilidad de que el consentimiento de un menor esté viciado debido a un engaño. Al respecto, *vid*. Luzón Peña, D.: "El consentimiento en Derecho penal: causa de atipicidad, de justificación o de exclusión sólo de la tipicidad penal", *Revista General de Derecho Penal*, Iustel, núm. 18, 2012, p. 27.

entre menores y estas se dan cada vez en edades más tempranas[11], y, teniendo en cuenta que el bien jurídico se encuentra reflejado en la conducta típica, lo lógico es excluir -y por tanto considerar atípicos- los casos de relaciones entre menores de la misma edad[12].

En este mismo sentido se manifiesta la Fiscalía General del Estado, que aborda el asunto en su circular 1/2017, aludiendo específicamente a la simetría de la edad e indicando que "se buscará la respuesta individualizada en cada caso, pudiendo esa respuesta consistir en el archivo de actuaciones cuando por las circunstancias y proximidad de edad se estime que los hechos no afectan ni a la libertad ni a la indemnidad sexuales y quedan al margen del ámbito de protección de la norma penal"[13].

El criterio establecido por el TS indica de manera clara cuáles son los parámetros que se han de revisar de cara a considerar que una conducta no reviste características delictivas en atención a la simetría de la edad. En primer lugar, es necesaria la existencia de consentimiento o voluntad por parte de las personas que mantienen la relación sexual -para que este punto se cumpla es necesario que el consentimiento no esté viciado y que no se presenten circunstancias que dejen entrever que el consentimiento no fue dado libremente-. En segundo lugar es relevante que las edades de las personas que mantienen la relación sexual sean próximas entre sí -en este sentido cabe mencionar que, de cara a evitar que se dé prevalencia en relaciones sexuales aparentemente consentidas debido a la diferencia de edad, la mayoría de las legislaciones utilizan un concepto legal predeterminado de "equivalencia etaria" que suele fijarse entre los dos y los cinco años y este concepto rige incluso entre menores, puesto que se entiende que una persona menor de edad podría abusar de un niño si éste es mucho más pequeño[14]-. Y finalmente, en tercer lugar, resulta necesario que el grado de madurez también resulte simétrico.

Este tercer y último punto es en el que la presente sentencia incide especialmente, dado que el TS se concentra en el hecho de que las sentencias que resuelven las instancias previas, una vez consideran que la existencia de disimetría en el grado de madurez entre los sujetos se aprecia claramente, pasan a su vez

11 *Vid.* González Agudelo, G.: *La sexualidad de los jóvenes: criminalización y consentimiento (art. 183 quáter del Código Penal),* cit., p. 16.

12 *Vid.* Díaz Morgado, C.: "Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales", cit., pp. 696 y ss. y Cruz Márquez, B.: "La construcción penal de los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales de los menores y adolescentes: un análisis crítico a partir de la visibilidad y el grado de acuerdo social", en Rodríguez Mesa, M. J. (dir.): *Pederastia. Análisis jurídico penal, social y criminológico*, Aranzadi, Cizur Menor, 2019, pp. 141 y ss.

13 *Cfr.* Circular de la Fiscalía General del Estado 1/2017, de 6 de junio, sobre la interpretación del art. 183 quater del Código Penal, Punto 5, en relación a su vez con la Circular 9/2011, de 16 de noviembre, sobre criterios para la unidad de actuación especializada del Ministerio Fiscal en materia de reforma de menores.

14 Al respecto, *vid.* González Agudelo, G.: *La sexualidad de los jóvenes: criminalización y consentimiento (art. 183 quáter del Código Penal),* cit., p. 133.

a considerar de manera automática que la "claridad" implica que la disimetría es elevada.

Así, el TS expone que el hecho de que resulte clara la existencia de disimetría en el grado de madurez no supone necesariamente que dicha disimetría sea grande, y que resulta necesario entrar a valorar el peso que la disimetría implica en cada caso, de cara a tenerla en cuenta como atenuante. Este asunto resulta significante, porque sienta el precedente para que a partir de ahora no baste con apreciar cierta distancia entre la madurez de los sujetos, sino que los tribunales deberán entrar a valorar cuánta es esa distancia y cómo afecta al caso concreto.

BIBLIOGRAFÍA

Cruz Márquez, B.: "La construcción penal de los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales de los menores y adolescentes: un análisis crítico a partir de la visibilidad y el grado de acuerdo social", en Rodríguez Mesa, M. J. (dir.): *Pederastia. Análisis jurídico penal, social y criminológico*, Aranzadi, Cizur Menor, 2019.

del Moral Ferrer, A. J.: "El derecho a opinar de niños, niñas y adolescentes en la Convención sobre los Derechos del Niño", *Cuestiones Jurídicas, Revista de Ciencias Jurídicas de la Universidad Rafael Urdaneta*, vol. I, núm. 2.

Díaz Morgado, C.: "Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales", en Corcoy Bidasolo, M. y Mir Puig, S. (dirs.): *Comentarios al Código Penal, reforma LO 1/2015 y LO 2/2015,* Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.

González Agudelo, G.: *La sexualidad de los jóvenes: criminalización y consentimiento (art. 183 quáter del Código Penal),* Tirant lo Blanch, Valencia, 2021.

Luzón Peña, D.: "El consentimiento en Derecho penal: causa de atipicidad, de justificación o de exclusión sólo de la tipicidad penal", *Revista General de Derecho Penal*, Iustel, núm. 18, 2012.

Martín Ostos, J: "En torno al interés superior del menor", *Anuario de Justicia de Menores*, 2012.

Núñez Zorrilla, C.: "El interés superior del menor en las últimas reformas llevadas a cabo por el legislador estatal en el sistema estatal en sistema de protección a la infancia y a la adolescencia", *Persona y Derecho*, vol. 73, 2015.

Orts Berenguer, E. y Alonso Rimo, A.: "Introducción al estudio de los delitos sexuales contra menores", en Lameiras Fernández, M. y Orts Berenguer, E. (coords.): *Delitos sexuales contra menores: abordaje psicológico, jurídico y policial,* Tirant lo Blanch, Valencia, 2014.

Paredes Castañón, J. M.: "El principio del "interés del menor" en derecho penal. Una visión crítica", *Revista de derecho penal y criminología*, núm. 10, 2013.

Pérez Alonso, E., "Concepto de abuso sexual: contenido y límite mínimo del delito de abusos sexuales", *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, núm. 3, 2019.

Ragués i Vallès, R.: "Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales", en Silva Sánchez, J. M. (dir.) y Ragués i Vallès, R. (coord.): *Lecciones de Derecho Penal, Parte Especial*, Atelier, Barcelona, 2021.

RECENSIONES

AGUILAR OLIVARES, Y.: *Las prácticas agresivas desleales en el Mercado y la tutela del consumidor,* Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2020.

Como la práctica cotidiana pone de manifiesto, las prácticas agresivas de mercado respecto al consumidor superan la casuística y, asimismo, las tipificadas en la Ley de Competencia Desleal. En efecto, junto a las prácticas agresivas de mercado contempladas en la normativa actualmente vigente, existen otras prácticas que pueden ser catalogadas como agresivas y, por ende, desleales. A esta interesante cuestión se refiere, de manera pormenorizada, la obra que es objeto de reseña a cargo de Yolanda AGUILAR OLIVARES. Antes de adentrarnos, de forma somera, en su contenido, cabe destacar la editorial en la que es objeto de edición: Thomson Reuters Aranzadi. Según el ranking de SPI (Scholarly Publishers Indicators) ocupa el primer puesto en el ámbito jurídico.

El primero de los capítulos sitúa al lector en la materia objeto de estudio. En este sentido, presta especial atención a la relación que impera entre el Derecho de la Competencia y el Derecho de consumo. Esta última resulta especialmente visible en virtud de la Directiva 2005/29, de 11 de mayo, relativa a las prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores en el mercado interior, incorporada al Derecho español.

A continuación, el capítulo segundo se dedica a las prácticas agresivas de mercado sobre los consumidores. En su contenido, se efectúa una noción de práctica agresiva, los sujetos activos y pasivos de la conducta agresiva de mercado, sus presupuestos y las prácticas agresivas de mercado que se disciplinan en la Ley de Competencia desleal. Es especialmente llamativa el examen que la autora de la obra realiza respecto al consumidor medio no especializado y al consumidor vulnerable. Cabe destacar, asimismo, el análisis del consumidor y las fases de la relación contractual en la que pueden producirse las prácticas agresivas -precontractual, contractual y postcontractual-.

Las prácticas agresivas y sus diversas modalidades son objeto de examen en el capítulo tercero de la obra. Además de analizar la publicidad agresiva, las técnicas de negociación desleales, las omisiones engañosas de información, se refiere a las prácticas agresivas por coacción. Particularmente sugerentes resultan las apreciaciones formuladas a propósito de las prácticas agresivas por acoso y las cometidas por influencia indebida. Es especialmente interesante el estudio, desde el punto de vista de las prácticas agresivas, de las realizadas mediante publicidad, técnicas de negociación desleales o las ventas a pérdida. Finalmente, se presta atención a las particularidades que desempeña el telemarketing. Este último constituye una de las prácticas de mercado de carácter agresivo más habituales. Como bien determina la autora, ese tipo de actividad comercial se transforma permanentemente en prácticas agresivas, sobre todo por la insistencia de las llamadas del operador, de manera reiterada y continua, con el objetivo de lograr, a través de estas técnicas, la contratación de un producto y/o servicio.

El capítulo cuarto trata sobre la economía colaborativa y las prácticas agresivas del mercado. A juicio de la autora, podemos entender por economía colaborativa aquel modelo de organización industrial en el que una plataforma electrónica facilita la contratación de servicios, incluyendo el servicio de arrendamiento de bienes, ofertado por un grupo de usuarios -prestadores- y demandados por otro grupo de usuarios -consumidores-. En virtud de este nuevo modelo de gestión de necesidades de los consumidores -consumo colaborativo- en el que se ha querido ver cierta connotación ética, el movimiento de economía colaborativa ha incorporado al mercado novedosos modelos de negocio. El elemento delimitador viene de la mano del uso de las nuevas tecnologías que suponen un importante

abaratamiento de los costes de transacción en las operaciones de carácter comercial. Resulta sugerente las apreciaciones que la autora realiza respecto al prosumer, que es un acrónimo formado por la fusión original de las palabras anglosajonas producer -productor- y consumer -consumidor-. Dicho término se aplica a aquellos usuarios que ejercen de canales de comunicación humanos, lo que supone que, al mismo tiempo que son consumidores, son productores de contenidos.

Con carácter complementario, cabe hacer alusión al hecho de que en los últimos años vienen condicionando, en gran medida, las decisiones de los consumidores y/o usuarios las actuaciones realizadas en redes sociales por parte de los influencers. Las redes sociales se han erigido en una nueva forma de comunicación que hace posible que los usuarios puedan seguir en esas plataformas a personas que, por distintos motivos, consiguen despertar cierto interés, convirtiéndose, en consecuencia, en seguidores. Los influencers pueden definirse como personas que cuentan con un gran número de seguidores en las redes sociales, que consiguen una gran presencia y una fuerte credibilidad en determinados sectores como la moda, la gastronomía o el deporte, entre otros temas de interés. A diferencia de lo que acontece en la publicidad testimonial, el influencer no tiene notoriedad previa entre el público y la adquiere por la actividad que genera en las redes sociales. Desde hace relativamente poco tiempo, se han sucedido diversos pronunciamientos del Jurado de Autocontrol de la Publicidad a propósito de esta sugerente cuestión. Cabe reseñar que el Jurado puede pronunciarse, asimismo, frente a sujetos que no se han adherido voluntariamente al sistema de autorregulación. En tal caso, no se emite una resolución, sino que existirá un dictamen que no será de obligado cumplimiento para su destinatario.

Finalmente, el capítulo cuarto alude a la actuación judicial y extrajudicial en materia de prácticas agresivas desleales con los consumidores. En sede del ámbito extrajudicial de resolución de conflictos destaca la labor de Autorregulación de la Publicidad y su aplicación a las prácticas desleales agresivas. La autorregulación de la publicidad constituye un sistema voluntario en virtud del cual las empresas que integran el sector publicitario -anunciantes, agencias y medios de comunicación- proponen soluciones para dar confianza y credibilidad en la sociedad, en los consumidores y usuarios, en los operadores del mercado y en el mercado publicitario en general. Dentro de los presupuestos necesarios para la existencia de un sistema de autodisciplina, podemos destacar los siguientes: agrupación voluntaria de sus miembros; la concurrencia de un código de buenas prácticas; un organismo de control; y, finalmente, la existencia de un elenco de medidas que puedan garantizar que las decisiones de dicho órgano se cumplan.

En definitiva, la obra que es objeto de reseña es de obligada lectura para todo interesado en las prácticas agresivas de mercado. La regulación de las prácticas agresivas en el marco de la normativa del Derecho de la competencia desleal representa una novedad tanto a nivel comunitario como en las legislaciones de los Estados miembros. Habida cuenta de la novedad de la materia y la idoneidad de las prácticas agresivas para influir en el comportamiento económico del consumidor justifica la perspectiva dual -Derecho de la competencia desleal y Derecho de consumo-, desde la que se ha abordado este sugerente trabajo.

Dr. David López Jiménez
EAE Business School

CORPAS PASTOR, L.: *Valoración legal del daño. Responsabilidad y competencia del higienista dental,* Aranzadi, Navarra, 2021.

La presente monografía que tengo el placer de reseñar es fruto de un concienzudo, riguroso e innovador estudio del jurista y doctor en odontología Luis CORPAS PASTOR, quien magistralmente logra aunar dos de sus grandes pasiones. Bajo el título *Valoración legal del daño. Responsabilidad y competencia del higienista dental,* el autor realiza un análisis de la profesión sanitaria de Higienista dental, la cual, con su correspondiente titulación de Formación Profesional de Grado Superior en Higiene Bucodental, reviste de gran interés en el proceso de la valoración legal del daño dental. Esta atrevida propuesta parte de la carestía formativa del Médico Valorador del Daño Corporal (MVDC) en esta concreta y especialísima actividad en la esfera bucodental. A este paradigma se añade la figura del odontólogo

que elabora el dictamen pericial y que en escasas ocasiones dispone del tiempo necesario para realizar la valoración de forma eficaz y con caracteres complejos. Para solventar estos extremos, el autor recoge la doctrina más autorizada en la materia, aderezada con la jurisprudencia más reciente. Tras esto, ulteriormente plantea la especialización y capacitación del Higienista dental en la valoración del daño siempre bajo la supervisión facultativa que corresponda, lo que sin duda constituye un nuevo nicho de mercado para estos profesionales. Además, la prolija experiencia profesional como odontólogo y abogado del Dr. Corpas permite la exposición y aplicación práctica de un supuesto de mala praxis dental y con ello la aplicación del baremo establecido por la Ley 35/2015, de 22 de septiembre, de reforma del sistema para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación. No menos importante para el campo de estudio y propósitos advertidos, es el refuerzo ofrecido por la reciente Ley Orgánica 3/2022, de 31 de marzo, de ordenación e integración de la Formación Profesional (FP). Con ello se trata de reforzar la posibilidad a los titulados FP de obtener un Máster profesional, con una formación especializada que materialice las sugerentes iniciativas que articula la monografía que reseñamos.

Tras lo expuesto y como alude el propio autor, nos situamos ante un trabajo que surge como respuesta a los desafíos que plantea la adaptación a la realidad actual de la titulación de Técnico Superior en Higiene Bucodental en la que la responsabilidad profesional sanitaria está alcanzando cotas antaño insospechadas. Es este escenario profesional que atiende a la realidad más inmediata y una inquieta mirada al futuro de la profesión de Higiene dental, los presupuestos básicos para abogar por una especialización de la misma en la valoración legal del daño. No debemos pasar por alto que la especialización de estos profesionales en este ámbito (integrados en equipos de salud bucodental), se revela útil por cuanto los diferentes aspectos de la citada valoración, difícilmente pueden ser abarcados plenamente por los facultativos odontólogos, a no ser con una dedicación especial a la valoración del daño dental y mucho menos, por los MVDC. Éstos con frecuencia evitan en la praxis pronunciarse sobre diversos aspectos que jalonan desde la planificación, ejecución o intervención dental hasta las complicaciones derivadas de esta última.

Por lo que respecta a la división de la obra se encuentra estructurada en un prólogo, un prefacio, una introducción, cinco capítulos, un epílogo, y unas tablas en las que se recoge la normativa sectorial. Aún a pesar de la problemática presentada, es de destacar a lo largo de la obra la presencia de soluciones y propuestas personales sustentadas en significativas argumentaciones que operan con el referente normativo potenciando la figura del Higienista dental ante este "nuevo" campo que el autor abre.

Inicia la obra con el Capítulo I que lleva por título "Marco legal" sitúa al lector, de forma esquemática, ante el complejo y disgregado panorama legislativo autonómico. La abundante referencia legislativa y normativa en la materia, obliga a realizar una justa remisión además a los Convenios Colectivos existentes en su ámbito competencial y territorial respectivo, sugiriéndose la consulta de los Boletines Oficiales autonómicos correspondientes. Y es que la Higiene dental, como profesión sanitaria, no se entiende sin la existencia de la Odontología, de la que es colaboradora natural. Higiene, Prevención y Salud son conceptos que se interrelacionan y que en el campo de la Salud Bucodental adquieren unos significados intrínsecos en relación con la salud del aparato estomatognático. Ambas profesiones comparten el singular privilegio de compartir una disposición normativa única, la Ley 10/1986, de 17 de marzo, sobre Odontólogos y otros profesionales relacionados con la salud dental por la que nace la profesión de Higienista dental y es el punto de partida al prolijo esquema legal.

Prosiguiendo con la lectura y adentrándonos en la puesta en marcha de la obra, el Capítulo II el autor presenta el perfil profesional de Higienista dental, profesión que constituye la piedra angular y punto de partida de la monografía. Así por su parte, destaca el autor el Real Decreto 769/2014, de 12 de septiembre, por el que se establece el título de Técnico Superior en Higiene Bucodental y se fijan sus enseñanzas mínimas, establece en su artículo 3, que el perfil profesional del Título "queda determinado por su competencia general, sus competencias profesionales, personales y sociales, por la cualificación del Catálogo Nacional de Cualificaciones Profesionales y por lo previsto, en relación con la profesión de Higienista dental, en el artículo tercero de la citada la Ley 10/1986, de 17 de marzo. Esta competencia general consiste según el artículo 4 (entre otras) del Decreto 769/2014, de 12 de septiembre en "promover la salud bucodental de las personas y de la comunidad, mediante el desarrollo de actividades preventivas y técnico-asistenciales que incluyen, la exploración, la evaluación, la promoción y la realización de técnicas odontológicas en colaboración con el odontólogo o médico estomatólogo. Como miembro de un equipo de salud bucodental realizará su actividad profesional con criterios de calidad, seguridad y optimización de recursos". Es a propósito de esta optimización de recursos como finalidad, donde tiene cabida esta profesión para la participación como ayudantes de odontólogos en la realización del cálculo de la valoración legal del daño dental, ínsito en informes periciales elaborados por estos y los realizados por los MVDC con la colaboración de los Higienistas dentales. De esta forma se logra dar cumplimiento del citado objetivo. El mencionado Decreto en su artículo 8 acerca de la prospectiva del título de Higienista Bucodental en el sector y, tomando como referencia los avances en el campo técnico-asistencial, cita algunas actuaciones del Higienista dental sin tasar las mismas. Ello sin duda constituye un *numerus apertus* de las posibilidades de desarrollo profesional,

idea que refuerza la teoría de su actividad como valoradores legales del daño bucodental y refuerza la idea de la optimización de recursos.

El tercer bloque de la obra que lleva por título "La responsabilidad profesional" se dedica a la particular responsabilidad administrativa de los Higienistas Dentales. Esta responsabilidad puede ser materializada a través de la potestad sancionadora de los respectivos Colegios Oficiales de Higienistas Bucodentales, en su caso, cuando el profesional sanitario cometa alguna falta tipificada como tal. Posteriormente se analiza la responsabilidad penal y civil *ex delicto,* acudiéndose a la jurisdicción penal toda vez que se impute al profesional la comisión de un delito con independencia de su ámbito de actuación (ámbito público o privado). En la mayor parte de los casos señala el autor que estos delitos serán contra la integridad corporal y de tipo resultativo ya que se atiende no tanto al mecanismo de producción del daño, sino al resultado lesivo y, por lo tanto, a la tipicidad objetiva en primer término. Una vez que se califique como típica la conducta activa u omisiva, se atenderá al tipo subjetivo, entendido como el grado de conocimiento en su actuación de la posibilidad del resultad tipificado). Señala el Dr. Corpas Pastor que fruto de su experiencia se antoja difícil que el profesional sanitario en este ámbito cometa la conducta dolosamente, lo habitual será que pueda probarse una imprudencia. Sin perder la perspectiva *ius civilista,* pone en conexión la responsabilidad civil en Odontoestomatología con especial referencia a los PECL y el DCFR. Con ocasión de los mismos se vuelve la atención a la imputación y límites de la responsabilidad civil en nuestro ordenamiento de base casuística. El autor se detiene en la responsabilidad civil en el ámbito médico-hospitalario y las responsabilidades civiles por hecho propio y ajeno de los arts.1902, 1903 y 1905 CC. Toda vez que queda definido el régimen general, se centra en la responsabilidad jurídica civil del profesional sanitario dental en el paradigma del resarcimiento por pérdida de oportunidad. Es decir, cuando se priva al paciente de la ocasión de mejorar las expectativas de curación de su enfermedad o el pronóstico de esta y ello constituye el resultado indemnizable proveniente de un daño de omisión. Este análisis es acompañado por un acercamiento jurisprudencial concreto sobre la materia. Además, dentro de este tercer capítulo se realiza un detenido y detallado tratamiento jurisprudencial de la obligación y de la responsabilidad civil sanitaria y en Odontología en particular. Por último, al socaire de la *obligación de reparar* en los casos que proceda por parte del profesional, se efectúa un tratamiento de la obligatoriedad del seguro de responsabilidad civil para Higienistas dentales en el ejercicio privado de su profesión.

En el Capítulo IV bajo la rúbrica "El daño", se realiza un estudio doctrinal sobre el contenido y alcance jurídico del citado concepto. Prosigue el Dr. Corpas Pastor con la concreta plasmación del daño en odontoestomatología. Para ello parte en un primer lugar del análisis del daño material en odontología como necesidad de

estudio pormenorizado del daño dental, motivado por las actuaciones dentales que involucren riesgos para el bienestar, salud o integridad física o psíquica del consumidor de asistencia dental o posibles perjudicados. Trata de despejar las dudas sobre los daños indemnizables en esta esfera, así como el contenido de las definiciones que en ella operan. Extremos que resultan interesantes sobre todo para un lector no habituado a términos tan técnicos, sin llegar a constituir un glosario como tal. Finalmente, reconocida la producción del daño y el deber de repararlo nos situamos ante la problemática de determinar el *quantum* indemnizatorio en la esfera bucodental. El autor analiza el baremo específico aprobado en 2005 por el Consejo General de Colegios de Odontólogos y Estomatólogos de España. A continuación, hace referencia al comúnmente conocido como (nuevo) "Baremo de Tráfico" que en esta esfera irrumpió con la Ley 35/2015, de 22 de septiembre, de reforma del sistema para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación. Este baremo es a juicio del autor un baremo en el cual no se puede indemnizar de forma diferente ni cualitativa ni cuantitativamente el daño, puesto que la premisa fundamental es la objetividad. Por tanto, en la cuantificación de las secuelas se ha de acudir a las descritas desde el código 02042 al 02058 en cuanto a secuelas maxilofaciales propiamente dichas.

Dentro del último capítulo, el Dr. Corpas Pastor expone un caso práctico de valoración del daño bucodental. Lo realiza motivado por la alta frecuencia en reclamaciones por mala praxis dental, lo que le conmina a la presentación de un caso real de implantoprótesis en el que bien podría realizarse la valoración del daño por parte de un Higienista dental, como complemento a un informe pericial.

Tras la lectura de la obra, cabe destacar que estamos ante un trabajo académico que aúna formación jurídica y sanitaria. La dilatada trayectoria como Odontólogo del Dr. Corpas, abraza su cada día más profusa formación como jurista, como atestigua el Premio Nacional de Educación Universitaria por la trayectoria académica en sus estudios de Derecho. De esta acertada simbiosis, en la que se realza la figura del Higienista dental, proyecta un profundo conocimiento médico-legal como corrobora la presente obra. Una monografía de referencia dentro de la materia, donde el lector podrá adentrarse de lleno en este singular ámbito y extraer las claves para resolver los posibles interrogantes que puedan suscitarse en la valoración médico-legal del daño bucodental. En definitiva, un estudio completo y pormenorizado en el que se expone de forma clara la legislación, doctrina y jurisprudencia más inmediata.

Jesús Palomares Bravo
Personal Investigador en Formación del área de Derecho Civil
Universidad de Málaga

GONZÁLEZ SAN JUAN, J. L.: *Enlaces en la Web y Derechos de autor y conexos,* Tirant lo Blanch, Valencia, 2021.

Uno de los caracteres de Internet es la posibilidad de compartir diversos tipos de recursos. Asimismo, como cada ordenador es independiente, el hecho de que aparezcan o desaparezcan nuevos dispositivos, no afecta, en modo alguno, al conjunto de la Red. En cierta medida, Internet se erige en una suerte de procedimiento normalizado de intercambio de información electrónica. Los enlaces, precisamente, son los conectores de la Red. Aunque, *a priori,* permiten acceder a la gran cantidad de información disponible en la Web, pueden suscitar un amplio espectro de problemas jurídicos. Los más significativos son en materia de Propiedad Intelectual. A raíz de la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea -TJUE-, se establece la libertad de enlazar. Ahora bien, esta es limitada, pues se incluye dentro del derecho de comunicación pública.

El autor de la monografía es José Luis González San Juan, siendo su contenido la tesis doctoral, dirigida por Fernando Carbajo Cascón, defendida en el Departamento de Derecho Privado de la Universidad de Salamanca, obteniendo la máxima calificación. González San Juan presenta un perfil multidisciplinar muy oportuno para el objeto de estudio. En efecto, además de jurista, es ingeniero de telecomunicaciones.

La obra que es objeto de reseña se prologa por parte de Fernando Carbajo Cascón, catedrático de Derecho Mercantil de la Universidad de Salamanca. Como el mismo plantea, además de la problemática inherente de los enlaces, en la materia analizada, se suscita otra adicional vinculada con la posible responsabilidad en la que pueden incurrir las plataformas de intermediación y motores de búsqueda. De esta manera, surge el debate respecto al alcance de las reglas de exención de la responsabilidad de los intermediarios y la eventual responsabilidad indirecta de los mismos por permitir la infracción de derechos de terceros en virtud de los usuarios de su servicio.

En cuanto a la sistemática de la obra, la misma presenta un total de diez capítulos que pasamos a analizar, de manera somera, a continuación. En el primer capítulo el autor se refiere a diversas cuestiones técnicas de la Red, los hiperenlaces y el lenguaje HTML. Las Tecnologías de la Información y Comunicación han modificado la forma en la que nos comunicamos, permitiendo novedosos modelos de creación y explotación de obras, dando lugar a nuevos problemas jurídicos, dentro de los que destacan los derechos de autor. Los enlaces pueden definirse como una conexión entre un sitio Web que lo contiene y otro recurso existente en Internet que, al activarse, permite acceder al recurso enlazado. Aunque son muy numerosos los criterios de clasificación de los enlaces, el autor se centra en los más significativos desde una perspectiva jurídica.

Los distintos problemas jurídicos que los enlaces plantean se analizan en el capítulo segundo. Como acertadamente dispone el autor, a fecha de hoy, prácticamente nadie defiende la doctrina que se posiciona a favor de una libertad total para enlazar, en cualquier situación y circunstancia. La libertad de enlazar debe estar limitada para que exista un equilibrio entre los intereses de todos los actores implicados y evitar el perjuicio injustificado de terceros. Respecto a los buscadores, al ser esenciales para localizar la información, no es suficiente con asegurar la mera indexación de los sitios Web, sino que, además, es necesario asegurar la neutralidad de la búsqueda, pues, en caso contrario, se verá limitado el derecho a ser enlazado y las libertades de expresión e información. Una de las opciones susceptible de dar lugar a la neutralidad de la búsqueda es tratar que sea inaplicable la exención de responsabilidad del art. 17 Ley 34/2002 de Servicios de la Sociedad de la Información y del Comercio Electrónico -LSSI-

CE-. Como el autor establece, los enlaces pueden dar lugar a violaciones de los derechos fundamentales, bien de los propios usuarios bien de terceros. Los enlaces pueden, asimismo, vulnerar las normas de propiedad industrial, siendo frecuentes los supuestos en los que se plantean conflictos por la utilización de marcas, sin autorización, o en alguno de los metadatos o nombres de dominio. Finalmente, los enlaces pueden generar situaciones de competencia desleal. Esto último es relativamente frecuente en el caso de los enlaces profundos.

El tercer capítulo se refiere a los efectos de los enlaces en el régimen de responsabilidad de los intermediarios de la sociedad de la información. Además de los autores directos de las infracciones, intervienen otros sujetos. La mayor parte de los mismos son prestadores de servicios de intermediación de la Sociedad de la Información a los que se les podrá imputar responsabilidad, directa o indirecta, por violación de los derechos de autor. Dichos prestadores desempeñan una labor esencial en el funcionamiento de Internet. Por ello, la Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2000, relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior -Directiva de Comercio Electrónico-, fijó una serie de exenciones de responsabilidad que fueron transpuestas por la LSSI-CE. En virtud de estas últimas se libera de responsabilidad a dichos sujetos, si bien no son aplicables para las acciones de cesación.

A continuación, el capítulo cuarto versa sobre como afecta la creación y puesta a disposición de los enlaces a los diversos derechos de explotación de autores y titulares de derechos conexos. El autor considera que los enlaces no representan actos de reproducción de la obra enlazada, aunque algunos de sus elementos puedan reproducir una obra protegida o parte de la misma. En ciertos casos, puede, sin embargo, haber un acto de reproducción de los materiales anexos, pero lo habitual será que no den lugar a una transformación de la obra que es objeto de enlace. A juicio del autor, los enlaces no pueden ser reputados actos de explotación atípica. Respecto al derecho de comunicación pública, el TJUE pacifica, en cierto sentido, la controversia existente en las últimas décadas, determinando una libertad de enlazar limitada, detrás de la que subyace una licencia implícita. Son muy numerosos los autores que han criticado la doctrina del TJUE, concurriendo, asimismo, cuestiones sobre las que dicho tribunal no se pronunció.

La posible justificación de los enlaces, desde la perspectiva de los límites a los derechos exclusivos o desde la doctrina del "flexible copyright", se examina en el capítulo quinto. En este último se analizan diversas cuestiones conexas. Así, en primer lugar, se estudian los enlaces y el límite de la cita. A juicio del autor, el límite de la cita no posibilita justificar el establecimiento de enlaces a contenidos de terceros que estén disponibles en Internet, si bien sí puede aplicarse, en

determinados supuestos, al margen de que sean enlaces internos o externos respecto a la reproducción de parte de la obra enlazada. En segundo término, se analiza la problemática que se plantea entre los enlaces y la responsabilidad indirecta. Las tres clases de responsabilidad indirecta incluidas en el Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, después de la reforma de 2014, constituye una solución adecuada para perseguir aquellos sujetos que, no siendo responsables directos de las violaciones de los derechos de autor, colaboran, incentivan, inducen o se benefician económicamente de dichas infracciones, teniendo el control sobre ellas. El autor valora tal modificación de manera positiva, ya que permite perseguir eficazmente a dichos infractores indirectos. La última cuestión a la que el autor se refiere es la denominada flexible copyright. Un sector de la doctrina y de la jurisprudencia se muestran a favor de interpretar de manera flexible los derechos de autor, para, de esta manera, adaptar el contenido y el alcance de sus límites a la importante evolución tecnológica.

Por su parte, el capítulo sexto se refiere a problemas que se plantean en la realidad cotidiana a propósito de los enlaces de prensa, los enlaces a contenidos en la memoria caché de los motores de búsqueda y las medidas tecnológicas de protección. La normativa española de las actividades relacionadas con los artículos de prensa es compleja desde el punto de vista de la técnica jurídica. La problemática que se plantea se centra sobre todo en el uso de los materiales anexos y no en los enlaces. Estos últimos quedan cubiertos por la doctrina del TJUE. Por tal razón, se ha creado el nuevo derecho conexo para los materiales anexos a los enlaces de prensa en el ámbito de la Unión Europea. Como señala el autor, el recurso a los enlaces enriquecidos representa una práctica habitual en la Red, que ostenta un amplio elenco de prerrogativas, pero que, al determinar actos de explotación, puede dar origen a problemas de índole jurídico. Asimismo, debe considerarse que el uso de la memoria caché es frecuente en los buscadores y en otros prestadores de enlaces -como los agregadores-, además de durante el proceso de indexación, para ofrecer a sus usuarios, como valor añadido, un enlace las copias caché vinculadas a los resultados de una búsqueda. Si bien las nuevas tecnologías han posibilitado un incremento notable de la piratería de contenidos, también posibilitan que los autores protejan sus obras en virtud de Medidas Tecnológicas de Protección, permitiéndoles tener un control eficaz para limitar usos no autorizados. Finalmente, el autor se refiere al hecho de que la doctrina entiende que los enlaces pueden plantear violaciones de los derechos morales.

El capítulo siete se dedica a un tema de enorme importancia cual es la relación que los enlaces presentan en la piratería de los derechos de autor. La piratería representa uno de los problemas más significativos de los derechos de autor, produciendo importantes pérdidas para autores, distribuidores y vendedores. Tal

piratería se efectúa bien a través de la descarga directa bien mediante *streaming*. Aunque se suele centrar la atención en la función que tienen las páginas de enlaces en la piratería, las cifras ponen de manifiesto de que el instrumento esencial para la localización de las obras protegidas son los buscadores.

Vinculado con el capítulo anterior, el octavo alude a la comisión de delitos de propiedad intelectual que se pueden plantear como consecuencia del uso de enlaces. En tal materia debe tenerse en consideración la reforma del Código Penal de 2015. En numerosos supuestos, la puesta a disposición del público o el mero uso de un enlace -caso de la pornografía infantil- puede ser susceptible de determinar responsabilidad penal que, en ciertos casos, puede alcanzar a las personas jurídicas. Son muy numerosos los tipos delictivos que se pueden cometer a través de enlaces, si bien el autor se centra en los vinculados con los derechos de autor. Para que, en materia penal, concurra infracción de los derechos de autor, el sujeto activo del delito debe obtener un beneficio económico directo o indirecto.

Seguidamente, el capítulo noveno examina la tutela civil, penal y administrativa de las infracciones que se susciten en los derechos de autor, a través de enlaces, proponiendo, en este sentido, propuestas de solución extrajudiciales. En materia civil, los titulares de los derechos pueden recurrir a acciones civiles. Dentro de estas últimas podemos destacar la indemnización de daños y perjuicios contra los infractores directos e indirectos. En ciertos supuestos, podrá recurrirse a acciones por responsabilidad contractual cuando haya un contrato que se haya transgredido. En otros casos, podrán ejercitarse acciones de cesación y, en su caso, pedir medidas cautelares.

Las conclusiones y recapitulaciones se incluyen en el último capítulo de la obra. A continuación, pondremos de manifiesto algunas de ellas. Como el autor dispone, todos los tipos de enlaces ostentan la misma naturaleza jurídica, por lo que no existen diferencias significativas sobre todo respecto a los derechos de autor. Igualmente, estamos en un ámbito en el que necesariamente deben contarse con soluciones globales. Las soluciones para los problemas que han sido objeto de examen, deben establecerse, de manera coordinada, entre los diferentes Estados. Asimismo, a juicio del autor, debe establecer libertad para establecer enlaces en la Red, pero limitada. La manera más adecuada de conseguirla, dado que es la que más se ajusta a la naturaleza técnica de los enlaces, es justificar los enlaces en virtud de la licencia implícita -figura que se sitúa dentro de la doctrina denominada flexible copyright-.

En definitiva, estamos ante una obra ciertamente sugerente sobre los enlaces y los derechos de autor. Su contenido, abordado desde una óptica interdisciplinar, resulta profundo tratando un tema de notable interés práctico. La misma plantea diversas cuestiones dogmáticas en el Derecho de autor que se han tratado, desde

hace tiempo, en la doctrina especializada y en los tribunales de distintos órdenes jurisdiccionales -civil y penal-. Cabe, finalmente, destacar la amplitud de las fuentes bibliográficas consultadas, así como la jurisprudencia, nacional y foránea, con particular atención de la del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

Dr. David López Jiménez
EAE Business School

Ortega Giménez, A.: *Silver Economy: un sector de oportunidades para el sector del seguro y previsión social,* Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), abril 2022, 73 pp.

Las poblaciones de todo el mundo están envejeciendo rápidamente. Entre 2000 y 2050, la proporción de la población mundial de 60 años y más se duplicará, pasando del 11% al 22%. Se prevé que el número absoluto de personas de 60 años o más aumentará en 2030 a 1.400 millones y a 2.100 millones para 2050, y que podría llegar a 3.200 millones en 2.100. En 2050, las personas de 60 años o más representarán un 34% de la población de Europa, un 25% de América Latina y el Caribe y Asia, y aunque África tiene la estructura demográfica más joven de entre todas las regiones principales, en términos absolutos el número de personas de 60 años o más aumentará de 46 millones en 2015 a 147 millones en 2050.

Las estadísticas del Banco Mundial y la Organización Mundial de la Salud indican que en 2020 vivimos una media de 72'5 años, 20 años más que en 1960 y que la población total de mayores de 60 se habrá duplicado en 2050 respecto al año 2000.

En los países de ingresos bajos y medianos, esto se debe en gran parte a la notable reducción de la mortalidad en las primeras etapas de la vida, sobre todo durante la infancia y el nacimiento, y de la mortalidad por enfermedades infecciosas. En los países de ingresos altos, el aumento sostenido de la esperanza de vida actualmente se debe sobre todo al descenso de la mortalidad entre las personas mayores.

Así, en la Europa de 2060, uno de cada tres habitantes será mayor de 65 años. Una tendencia similar se aprecia en el aumento de la esperanza de vida e inversión de la pirámide demográfica en el resto de los países desarrollados del planeta. La principal consecuencia de la mayor longevidad, unida al descenso generalizado de la natalidad en todo el mundo, es la inversión de la pirámide demográfica. Esto significa que cada vez hay más personas mayores y menos jóvenes. Por ejemplo, en 2018, por primera vez en la historia, los mayores de 65 años superaron en número a los menores de cinco, según los datos de la Organización de las Naciones Unidas. Es decir, la previsión de que la población mundial de personas mayores se duplicará hasta alcanzar más de 2.000 millones en 2050.

El hecho de que se viva más ofrece la oportunidad de reconsiderar no solo lo que podría ser la edad avanzada, sino de qué manera podría evolucionar nuestro ciclo de vida, cuestiones que aborda de manera práctica y solvente el profesor Ortega Giménez en la obra que tengo el gusto de presentar en estas líneas.

El auge de la economía plateada es una realidad por las necesidades que se van a crear de cara al futuro para todas estas generaciones. Debido a la trascendencia social y económica, la monografía analiza de forma general todas las ventajas de este sector. Así, en el primer apartado se analiza el fenómeno de la longevidad. Asimismo, se analiza la mortalidad como uno de los mecanismos que contribuye a entender cómo funciona el fenómeno de la *Silver Economy,* con todas las consecuencias demográficas, sociales y económicas que conlleva su mejora para el futuro.

La *Silver Economy* es una parte de la economía global, convertida actualmente en un movimiento social, que muestra su apoyo e interés por las necesidades de la población mayor de 65 años. Así, en el segundo epígrafe de la obra se analizan las principales características de la *Silver Economy,* en la que se determinan las demandas y perfiles de este sector, sus necesidades y los recursos con los que cuentan las personas que la componen, con la finalidad de entender los

patrones de consumo de este segmento. El tercer apartado analiza el impacto de la *Silver Economy* en la economía, dado que la *Silver Economy* abre inmensas oportunidades de negocio en todo lo relacionado con la salud, en el transporte, en el sector financiero, en el ámbito de los seguros, en el turismo, en todo tipo de ocio y deporte, en la moda y la belleza, y, por supuesto, en el urbanismo y en el desarrollo de las *Smart Cities* o Ciudades Inteligentes. También, y muy especialmente, en todo lo relacionado con la vivienda y el hogar. Todas estas oportunidades afectan positivamente al beneficio económico, ante el incremento de la demanda ciudadana y de las necesidades funcionales de millones de personas, derivadas del proceso de envejecimiento.

Una vez identificadas las necesidades de los *seniors,* cada empresario deberá valorar si es preciso reorientar una parte de su negocio hacia el diseño, producción y suministro de bienes y servicios adaptados a la capacidad económica, capacitación formativa, estado de salud, lugar de residencia, seguridad jurídica, del sector de las personas ***senio***r, todos estos aspectos lo analizaremos en el cuarto apartado. Entender las necesidades específicas de este segmento permite dar una respuesta adecuada a sus demandas a través de nuevos productos y servicios y supone una oportunidad real e inmediata para todos los sectores, también para el asegurador. Estas cuestiones son abordadas en los epígrafes quinto y sexto, para, a continuación, cerrar con unas conclusiones y acompañar el trabajo con una más que suficiente bibliografía y enlaces web, de forma que todo aquel que esté interesado en este tema pueda ampliar conocimientos.

En definitiva, nos encontramos ante una obra novedosa, pionera, de evidente interés, eminentemente práctica y con una notable claridad expositiva, que aborda un tema que seguro causará un notable interés teórico y práctico en el futuro más inmediato; siendo por ello, en consecuencia, una obra llamada a convertirse en una referencia, al anticipar de forma magnífica las consecuencias jurídicas derivadas del progresivo envejecimiento de la población.

José Ramón de Verda y Beamonte
Catedrático de Derecho Civil
Universitat de València

PARDO IRANZO, V.: *Aspectos fundamentales de la mediación civil y mercantil. Especial referencia a la mediación en la Comunidad Valenciana,* Thomson Reuters Aranzadi, 2021, 219 pp.

Los medios alternativos de solución de conflictos (MARC -MASC- o ADR, en sus siglas en inglés) se han ido convirtiendo progresivamente en instrumentos adecuados para solucionar controversias relativas a materias disponibles. Sin duda, dentro de ellos, el arbitraje tiene especial protagonismo, por varios motivos, de entre los que cabe destacar la firma de la Convención de Nueva York de 1958 (Convención sobre el reconocimiento y la ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras). La CNY de 1958, tras reconocer la importancia creciente del arbitraje comercial internacional, estableció normas comunes para otorgar eficacia a los

laudos extranjeros evitando de esta manera que quedaran discriminados respecto de las sentencias extranjeras dictadas por los jueces.

Con todo, en los últimos años, se está fomentando el uso de otro MASC, de naturaleza autocompositiva: la mediación. Desde su utilización en los conflictos laborales surgidos tras el *Crack del 29* (o incluso con anterioridad) y tras la Conferencia Pound (*The Pound Conference,* EEUU, 1976) bastantes países han tratado de introducir, con diversas denominaciones (mediación, conciliación) y/o a través de distintas fórmulas, este instrumento en su ordenamiento, dotando de eficacia al acuerdo alcanzado.

En la obra que es objeto de la actual reseña, la Dra. Pardo Iranzo, Catedrática de Derecho Procesal de la Universidad de Valencia (España), nos muestra de una forma clara y rigurosa cómo regula el legislador español la mediación civil y mercantil y cuál es la eficacia que se concede al acuerdo de mediación alcanzado por las partes, así como las ventajas de la utilización de este instrumento. De igual manera, desglosa la regulación regional de la materia (Ley 24/2018, de mediación de la Comunidad Valenciana), destacando escrupulosamente los méritos de esta última frente a la primera.

La monografía se divide en dos partes: la primera, intitulada "La resolución del conflicto más allá de los tribunales", dedicada a los aspectos generales, y la segunda, focalizada en la mediación civil y mercantil.

La primera parte se compone, a su vez, de dos capítulos: en el primero de ellos se expone qué es el conflicto y cuáles son las vías para solucionarlo (la autotutela, la autocomposición y la hetercomposición), así como las principales ADR usadas en España (arbitraje, mediación y conciliación). A continuación, el Capítulo II, se centra en por qué la mediación se está convirtiendo en pieza esencial dentro de las ADR y en los distintos tipos de mediación (civil y mercantil, penal, administrativa, intercultural…).

No olvida la autora referirse a cómo la mediación llegó de EEUU a Europa y acabó introduciéndose en España: fue precisamente una norma europea (la Directiva 2008/52/CE) la que obligó a los Estados Miembros de la Unión Europea a regular la mediación como vía para solucionar los conflictos civiles y mercantiles transfronterizos. España la reguló para todo su territorio nacional, y tanto para los conflictos transfronterizos como para los internos, a través de la Ley 5/2012 de mediación civil y mercantil.

La segunda parte está dedicada a la mediación civil y mercantil. A lo largo de sus cuatro capítulos se desglosa su regulación, destacándose los aspectos esenciales de la misma cuyo conocimiento no puede pasarse por alto. La mediación, como

se destaca en el capítulo primero, parte de la voluntariedad de las partes y de la libre disposición; el correcto entendimiento de lo que ello significa, como meticulosamente destaca la autora, es esencial para el uso adecuado, y dentro de la legalidad, de la mediación. En España a día de hoy la mediación nunca es obligatoria.

El capítulo segundo se ocupa del mediador (requisitos para poder serlo, su actuación como tercero neutral e imparcial y sus posibles renuncia y responsabilidad), de las instituciones de mediación (de sus funciones y organización) y de los costes de la mediación, destacándose los supuestos de mediación gratuita contemplados en la ley regional (no en la nacional que no contempla la gratuidad en ningún caso).

En los capítulos tercero y cuarto se explica cómo se ha de desarrollar la mediación y qué valor tiene el acuerdo de mediación para el caso de que el mismo sea alcanzado por las partes. Las fases principales son las siguientes: la sesión informativa (a la que se puede renunciar si concurren determinadas circunstancias), la sesión constitutiva, las diversas sesiones de desarrollo de la mediación y la finalización del procedimiento, que puede ser con o sin acuerdo. Terminada la mediación sin acuerdo queda expedita cualquier otra vía de solución de conflictos (sea la judicial, la arbitral o las que las partes deseen dentro del ordenamiento jurídico), mientras que la finalización con acuerdo resuelve la controversia.

Parte importante para el entendimiento de la mediación como pieza esencial dentro de las ADR es fijarse en el valor del acuerdo alcanzado. Estamos, sin duda, ante un elemento clave que muestra la mayor o menor apuesta de un determinado ordenamiento por esta vía. Como meritoriamente expone la autora, si lo acordado no tiene fuerza la mediación será vista como una pérdida de tiempo y dinero, mientras que, si lo acordado es eficaz, la mediación será una pieza más, junto al proceso y al arbitraje, para solucionar los conflictos. Y en esta segunda línea se ha colocado el legislador español al determinar que el acuerdo de mediación elevado a escritura pública ante notario u homologado judicialmente por el juez es título ejecutivo, es decir, permite, al igual que la sentencia o el laudo, acudir a un juez para que ejecute lo en él establecido.

También es importante señalar la calidad de profesional que es la profesora Virginia Pardo. Desde hace ya algún tiempo es distinguida por su aporte académico en diferentes países de Latinoamérica, principalmente en Bolivia, Panamá y Perú, habiendo sido invitada en este último país en sendos eventos académicos de gran nivel, donde pudo trasmitir los conocimientos de su especialidad. Este trabajo muestra una parte de su aporte, y tiene la garantía de ser fructífero en la formación de estudiantes, abogados y magistrados.

En definitiva, estamos ante una obra de imprescindible lectura: su claridad, su rigurosa sistemática, su análisis crítico y su carácter interdisciplinar, entre otros aspectos, servirán de gran ayuda a quienes quieran adentrarse en el mundo de la mediación ya sea como mediadores o como potenciales usuarios de esta. Igualmente, y a otro nivel, puede servir de espejo en el fijarse para futuras regulaciones en aquellos países como El Perú en el que la mediación no acaba de despegar.

Raúl Canelo Rabanal
Abogado y Árbitro
Profesor de Derecho Procesal de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos y de la Universidad de Lima.