rBD

REVISTA BOLIVIANA DE DERECHO

FUNDACIÓN IVRIS TANTVM

IDIBE
Instituto de Derecho Iberoamericano

tirant lo blanch

REVISTA BOLIVIANA DE DERECHO / EDICIÓN SEMESTRAL / ENERO 2024 / 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).
- RRDe (Ranking de las Revistas de Derecho por Especialidades de la Conferencia de Decanas y Decanos de Derecho): Q1 Multidisciplinar.

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

37

DOCTRINA

A) DERECHO DE FAMILIA

01/ Responsabilidad civil en el ámbito de las relaciones familiares. Beatriz Verdera Izquierdo (España). 14

02/ Los derechos de reintegro o reembolso en la liquidación del régimen de separación de bienes: análisis jurisprudencial. Pilar María Estellés Peralta (España) 44

03/ El divorcio en el sistema jurídico mexicano. Transformaciones y nuevos retos. Eduardo Oliva Gómez y Víctor Manuel Castrillón y Luna (México) 88

04/ "Volontaria" tutela di minori stranieri (accompagnati o non). Angela Mendola (Italia) 112

05/ Cuantificación y pago de la compensación por trabajo doméstico del art. 1438 CC en la jurisprudencia del Tribunal Supremo. José María Cardós Elena (España) 132

B) OBLIGACIONES Y CONTRATOS

06/ Daños causados por filtraciones de agua: ¿quién debe responder, la comunidad, el propietario, el arrendatario o el okupa? Virginia Múrtula Lafuente (España) 160

07/ Il subappalto. Antonio Albanese (Italia) 196

C) DERECHOS REALES

08/ Pegno non possessorio: garanzia reale anomala. Uno studio di diritto comparato. Salvatore Aceto di Capriglia (Italia) 224

D) DERECHO DE SUCESIONES

09/ La desheredación a la luz de la dignidad humana y la solidaridad familiar. Valoraciones del sistema sucesorio cubano. Lisandra Suárez Fernández y Yasmary Estenóz Mendoza (Cuba) 262

10/ La opción de colación ex art. 1036 CC. Ana María Llácer Bosbach (España) 292

E) DERECHO FINANCIERO

11/ Actuaciones sancionadoras con guardianes de acceso a mercados digitales europeos. Enrique de Miguel Canuto (España) 312

F) DERECHO PENAL

12/ Los delitos de expresión contra el Jefe del Estado español y su regulación en nuestros códigos penales históricos. Irene Rufo Rubio (España) 344

G) DERECHO PROCESAL

13/ La potestad de juzgar emana del pueblo, pero no la ejerce. Eliminación de los jueces legos en Bolivia. Adolfo Magber Soria Luna (Bolivia) 388

H) DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

14/ La necesaria regulación de la compensación económica por separación o divorcio entre cónyuges extranjeros en España como desafío jurídico en la actualidad. Alfonso Ortega Giménez (España) 420

I) DERECHO Y NUEVAS TECNOLOGÍAS

15/ El *sharenting* protagonizado por adolescentes titulares de la responsabilidad parental: un acercamiento desde los ordenamientos jurídicos español y cubano. Yairis Arencibia Fleitas (Cuba) 450

J) DERECHO Y BIOÉTICA

16/ El derecho a conocer sus orígenes: una manifestación del interés superior del menor. Guillermo Iruegas Prada (España) 476

CUESTIONES DE INTERÉS JURÍDICO

17/ El interés superior del menor en los pactos matrimoniales. Lucía Rozalén Creus (España) 502

18/ Enfoque de justicia intercultural en la administración de justicia en la Amazonía peruana. Segundo Tito Chilon Barturen (Perú) 528

19/ La atribución del uso de la vivienda familiar en casos de nulidad, separación y divorcio. Estudio del artículo 96 del Código civil. María Paz Herrera Rodríguez (España) 552

20/ Derecho al patrimonio e integridad personal bajo amenaza: efectividad de las estrategias del sistema de justicia. Jose Alberto Peña Diaz (Perú) 574

21/ Estructura jurídica y jurisprudencial del arbitraje comercial en México. Paloma Ballina Moreno y Erick Cornelio Patricio (México) ..596

22/ Consideraciones sobre la cesión de créditos en el Código civil de Bolivia (arts. 384-394). Almudena Carrión Vidal (España) 612

23/ El control de convencionalidad: un puente entre el derecho internacional y nacional en la protección de los derechos humanos Fernando Cuellar Núñez (Bolivia) 670

PANORAMA

24/ Un intento de clasificación de los sistemas registrales de Hispanoamérica a la luz de los principios inspiradores del sistema español. María del Mar Manzano Fernández (España) 688

25/ El arbitraje como forma de resolución de controversias en el ámbito de las relaciones comerciales internacionales en España. Alfonso Ortega Giménez (España) 722

26/ De los contratos en favor de terceros (arts. 526- 530 CC boliviano). Almudena Carrión Vidal (España) 746

27/ Las complejas interrelaciones exigidas por los contratos en línea. Abstracción, transparencia informática y transparencia jurídica. Carlos Tur Faúndez (España) 762

28/ Evolución jurídica y el impacto de las recomendaciones de la CIDH en el Derecho Internacional y los derechos humanos. Fernando Cuellar Núñez (Bolivia) 792

RECENSIONES

29/ Ortega Giménez, A.: Smart contracts and private international law, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Pamplona), 2022. Pablo M. Melgarejo Cordón 808

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

DR. RICCARDO MAZZARIOL
Prof. Titular de Derecho Privado, Università degli Studi di Padova, Italia

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

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

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 de la Sapienza, 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 Titular 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
Catedrático 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
Catrdrática 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 Titular 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 L'Aquila, Italia

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

DR. NICOLÒ CEVOLANI
Investigador Postdoctoral, Universidad de Bolonia, Italia

DIEGO ELOY GARCÍA GARCÍA
Abogado, España

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

DRA. CARLOTTA IPPOLITI MARTINI
Profesora Investigadora de Derecho Privado, Universidad de Bolonia

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

DR. ANDRÉS MARÍN SALMERÓN
Contratado "Margarita Salas", Universidad de Alicante, España

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

GONZALO MUÑOZ RODRIGO
Profesor Ayudante, 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

DR. CALOGERO ALBERTO VALENZA
Investigador postdoctoral, Universidad de La Sapienza, Italia

DOCTRINA

RESPONSABILIDAD CIVIL EN EL ÁMBITO DE LAS RELACIONES FAMILIARES

TORT LAW IN THE AREA OF FAMILY RELATIONSHIPS

Rev. Boliv. de Derecho Nº 37, enero 2024, ISSN: 2070-8157, pp. 14-43

Beatriz
VERDERA
IZQUIERDO

ARTÍCULO RECIBIDO: 30 de septiembre de 2023
ARTÍCULO APROBADO: 4 de diciembre de 2023

RESUMEN: Partiendo de una serie de cuestiones generales en relación con el Derecho de familia se plantean temas de responsabilidad civil en el seno familiar derivados de la ocultación de la verdadera paternidad y, las consecuencias de tal actuar. El daño surge de la ocultación lo que conlleva la creencia de la paternidad y, en consecuencia, el ejercicio de toda la serie de derechos y obligaciones aparejados a la patria potestad. Por ello, la cuestión básica a plantear es si las relaciones familiares deben ser objeto de responsabilidad civil y por tanto, aplicar el Derecho de daños a tal ámbito. Siendo una cuestión que viene planteándose la doctrina en los últimos tiempos sin llegar a un consenso al respecto.

PALABRAS CLAVE: Derecho de familia; responsabilidad civil; deber de fidelidad; ocultación paternidad; daño moral.

ABSTRACT: *Starting from a series of general questions in relation to family law, issues of civil liability within the family arising from the concealment of the true paternity and the consequences of such action are raised. The damage arises from the concealment that entails the belief of paternity and, consequently, the exercise of the whole series of rights and obligations associated with parental authority. Therefore, the basic question that arises is whether family relationships should be subject to civil liability and apply tort law to this area. This is a question that has been raised by the doctrine in recent times without reaching a consensus on the matter.*

KEY WORDS: *Family law; tort law: duty of fidelity; concealment of paternity: moral damage.*

SUMARIO.- I. RESPONSABILIDAD CIVIL EN EL ÁMBITO FAMILIAR.- 1. Estado de la cuestión.- 2. El interés familiar.- II. EL MATRIMONIO COMO NEGOCIO JURÍDICO.- III. LOS DEBERES CONYUGALES.- 1. Deberes ético-morales.- 2. La inmunidad conyugal o familiar.- 3. El derecho de familia como un sistema completo.- IV. EL DEBER DE FIDELIDAD Y EL DEBER DE RESPETO ENTRE CÓNYUGES.- 1. Incumplimiento del deber de fidelidad y ocultación de la paternidad.- 2. Evolución jurisprudencial. Exigencia de dolo.- A). Iniciales líneas jurisprudenciales.- a) Dies a quo en el ejercicio de la acción de responsabilidad civil extracontractual y plazo de prescripción.- b) Audiencias Provinciales.- c) Últimas líneas jurisprudenciales. V. EL DAÑO CAUSADO.- 1. Introducción.- 2. Daños patrimoniales versus daños extrapatrimoniales.

I. RESPONSABILIDAD CIVIL EN EL ÁMBITO FAMILIAR.

1. Estado de la cuestión.

En los últimos tiempos encontramos una intervención o intromisión de cada vez más acusada del Derecho patrimonial y, en particular del Derecho de daños, en el Derecho de familia. Si nos centramos en las relaciones matrimoniales, en mayor medida, en los matrimonios sometidos al régimen de separación de bienes[1].

Como manifiesta Roca Trías[2] "un sistema basado en la consideración de la familia como unidad, excluye los daños entre familiares, mientras que otro basado en la protección del individuo admitirá reglas de responsabilidad". Todo ello, nos debe llevar a plantearnos qué debe proteger el Derecho de familia. Ahora bien, también podemos perfilar dicha afirmación y manifestar siguiendo a Martín-Casals y Ribot[3], "la superación actual de un concepto de familia-comunidad y la transición hacia otro en el que la familia asegura el desarrollo armónico de la personalidad de sus miembros y en la que éstos ejercitan sus derechos fundamentales y defienden sus intereses frente a un supuesto interés superior del grupo familiar".

Uno de los pilares o fundamentos del Derecho de familia es la solidaridad familiar, por tanto, dicha tendencia hacia la individualización o autorrealización[4] se

1 Gete-Alonso y Calera, MC., "Artículo 68", *Comentarios del Código Civil*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, p. 321.

2 Roca trías, E., "La responsabilidad civil en el Derecho de familia. Venturas y desventuras de cónyuges, padres e hijos en el mundo de la responsabilidad civil", en AA.VV.: *Perfiles de la responsabilidad civil en el nuevo milenio*, Dykinson, Madrid, 2000, p. 540. En un sentido similar se expresa: Ferrer Riba, J., "Relaciones familiares y límites del derecho de daños", *InDret*, 4, 2001, octubre, p. 14 y en *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Luis Díez-Picazo*, Tomo II, Thomson Civitas, 2003, p. 1838 ss.

3 Martín-Casals, M. y Ribot Igualada, J., "Daños en Derecho de familia: un paso adelante, dos atrás", *ADC*, T. LXIV, 2011, p. 503 ss.

4 Delgado del Río, G.: *Otro matrimonio es posible*, Palma, 2005, p. 30, "Se está extendiendo por doquier el reino del yo o la cultura del yo, del individualismo y de la competitividad, del desarrollo de la privacidad, de la exaltación del tener y consumir, de la posición preeminente en la jerarquía social, del egocentrismo

• Beatriz Verdera Izquierdo
Catedrática de Derecho Civil, Universidad de las Islas Baleares. Correo electrónico: beatriz.verdera@uib.es

enfrenta a los postulados del Derecho de familia, aunque, también se debe tener presente que la familia, hoy en día, es considerada como valor e instrumento en la consecución del libre desarrollo de la personalidad (art. 10 CE) de sus miembros y, por consiguiente, al servicio o expensas de los mismos. Debiéndose respetar la individualidad, dignidad y personalidad de cada uno de ellos. Situándonos ante una nueva realidad social a la que aplicar reglas de Derecho de familia en muchos casos insuficientes. Todo ello se puso de manifiesto en la Exposición de Motivos de la Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifica el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio: "se estima que el respeto al libre desarrollo de la personalidad, garantizado por el artículo 10.1 de la Constitución, justifica reconocer mayor trascendencia a la voluntad de la persona cuando ya no desea seguir vinculada con su cónyuge".

En las siguientes páginas se plantean cuestiones de responsabilidad en el ámbito de relaciones horizontales, es decir, entre cónyuges, dejando al margen del estudio otras responsabilidades como pueden ser las derivadas de relaciones verticales que nos sitúan ante las reclamaciones de los hijos a los padres, por ejemplo: "…por los daños derivados de la negativa al reconocimiento de la paternidad extramatrimonial o del desconocimiento de dicha paternidad? …por haber nacido con una severa enfermedad de la que aquéllos eran conocedores desde la concepción?..."[5]. En este sentido se pronuncia la SAP de Pontevedra de 12 de abril de 2019[6], donde un hijo reclama a un padre daños morales por no reconocimiento. Es decir, responsabilidad por daños frente a quien ha rechazado asumir la condición de padre, hasta que se dictó un pronunciamiento de la jurisdicción estimatorio de la acción de reconocimiento de la paternidad[7]. Incluso, se podría plantear los daños causados a los hijos en el ejercicio de la patria potestad, como puede ser, por el

narcisista, de la suplencia de la ética por la estética, de la sustitución del compromiso personal por la estética, de la sustitución del compromiso personal por la mera temporalidad del cambio del proyecto futuro por la absolutización del presente, de la búsqueda rabiosa del placer inmediato como antídoto para superar la angustia, del culto al propio cuerpo, de la desaparición de la visión del hombre como personal al prescindir de vigencias tales como responsabilidad, compromiso o fidelidad, etc."

5 Farnós Amorós, E.: "Daño moral en las relaciones familiares", en *El daño moral y su cuantificación*, Bosch, Barcelona, 2017, 2 ed., p. 476; Martín-Casals, M. y Ribot Igualada, J.: "Daños en Derecho", cit., p. 511 y 512, los clasifica en cinco apartados: a) Supuestos tipificados como delito o falta por el Código Penal; b) Supuestos relacionados con la violación de derechos se la personalidad de los menores; c) Supuestos relacionados con la procreación del menor; d) Daños vinculados de la relación paterno-filial; e) Supuestos relacionados con el ejercicio de la patria potestad.

6 SAP de Pontevedra de 12 abril 2019 (JUR 2019, 169329).

7 Como manifiesta la referida SAP de Pontevedra de 12 abril 2019 (JUR 2019, 169329): "Se trata, en todos estos casos, del establecimiento de deberes o admoniciones de contenido ético o moral, no susceptibles de ser exigidos coactivamente, o de ser sancionados a través de las normas de la responsabilidad extracontractual… En la tesis del demandante nos parece que subyace una concepción sancionadora de la responsabilidad civil, de modo que se pretende una indemnización como reproche a la conducta omisiva consistente en haber negado el reconocimiento y, en consecuencia, incumplido los deberes derivados de la patria potestad; pero esta concepción punitiva o sancionadora resulta ajena al Derecho de daños, en particular en el ámbito de las relaciones de familia."

incumplimiento del deber de educar, que nos sitúa ante el art. 154 CC, el art. 39.3 CE y el art. 18.1 de la Convención sobre los Derechos del niño de 1989[8].

El presente escenario ha llevado a cuestionar la necesidad de aplicar las normas referidas a la responsabilidad civil al Derecho de familia. Se debe partir del hecho de que: "las personas interesadas en la responsabilidad contractual son por principio extrañas la una a la otra"[9], lo que excluiría su aplicación al seno de la familia. En sede de familia, donde rige el principio de tipicidad, no se encuentran normas específicas y particulares que, con carácter general, resuelvan los supuestos en que sería factible subsumir una actuación en un caso de responsabilidad civil. En cambio, sí se contemplan normas sobre daños concretos entre familiares (por ejemplo: art. 168 CC sobre la responsabilidad civil de los padres: "En caso de pérdida o deterioro de los bienes por dolo o culpa grave"), por ello, se puede considerar que el legislador no pretende aplicar -con carácter general- las normas de responsabilidad civil al Derecho de familia[10].

Como hemos manifestado, a lo largo del tiempo se ha considerado que el Derecho de Familia, de acuerdo con el principio de especialidad, es un sistema cerrado y completo y, por ello, autosuficiente por lo que el Derecho de daños sólo podría aplicarse de forma subsidiaria. Todo ello, debido a las impenetrables relaciones familiares que se basan en el principio de inmunidad familiar, que nos sitúa ante la idea de la unidad del matrimonio y de la familia. En consecuencia, las normas propias del ámbito negocial quedan al margen y, con ello, las normas referidas a la responsabilidad civil ya sea contractual (art. 1101 CC) o extracontractual (art. 1902 CC). Al respecto, para que surja la responsabilidad civil, se debe haber transgredido un interés jurídico protegido.

Una parte de la doctrina considera que no todo daño debe ser indemnizable o que no existe un derecho general a la felicidad[11], como manifiestan Martín-Casals y Ribot[12]: "la doctrina que aquí se critica…lleva a compensar como daños morales (e incluso patrimoniales) las decepciones o el malestar sufrido por maridos, esposas o hijos a manos de esposas, maridos o padres, a quienes se imputaría un ilícito civil en casos en que, en realidad, aquellos no habrían hecho otra cosa que ejercer el derecho a la autonomía que el Derecho de familia vigente les reconoce

8 Véase: Rodríguez Guitián, A.M., "Daños causados a los hijos por el incumplimiento del deber de educar", en AA.VV.: *Responsabilidad civil en el ámbito de las relaciones familiares*, Thomson Reuters, Aranzadi, Navarra, 2012, p. 363 ss y en *Responsabilidad civil en el Derecho de familia: especial referencia al ámbito de las relaciones paterno-filiales*, dir. García Amado, J.A, Civitas-Thomson, Madrid, 2009.

9 Lasarte Álvarez, C., *Principios de Derecho Civil, II, Derecho de obligaciones*, Marcial Pons, Madrid, 2021, p. 261.

10 En este sentido: Rodríguez Guitián, A.M., "Luces y sombras de la aplicación del derecho de daños al ámbito de la familia", *La Ley Derecho de Familia*, nº8, octubre-diciembre 2015, p. 3.

11 López de la Cruz, L.: "El resarcimiento del daño moral ocasionado por el incumplimiento de los deberes conyugales", *InDret,* 4/2010, octubre, p. 28.

12 Martín-Casals, M. y Ribot Igualada, J.: "Daños en Derecho", cit., p. 527.

y garantiza." Por ello, dichos autores excluyen[13] la aplicación indiscriminada de las normas referidas de la responsabilidad extracontractual al Derecho de familia. Es decir, no podemos trasladar el odio y el afán de venganza a sede jurídica, a pesar de encontrarlo en la realidad y en consecuencia en múltiples procesos. Siendo peligroso aplicar, con carácter general, el Derecho de daños al Derecho de familia. Debiéndose aplicar con un carácter subsidiario en la concreta rama del Derecho aplicable[14].

También se debe tener en cuenta que el Derecho Civil es un todo unitario y como manifiesta Rodríguez Guitián[15], quien defiende una postura intermedia, considera que cabe entender que las normas de Derecho de daños tienen un carácter subsidiario y se encuentran supeditadas al hecho que el Derecho de familia no dé solución adecuada al conflicto y, particularmente, al interés familiar dañado y que "la aplicación de la normativa del Derecho de daños no contradiga la finalidad o los objetivos concretos perseguidos por el Derecho de familia."

Un proyecto de vida en común, como es un matrimonio o una pareja, es algo más que deseo, es voluntad, lo que debe llevar a resolver las problemáticas en su seno con diálogo constructivo. Siendo adecuado realizar políticas y legislar con finalidad pedagógica tal como realiza 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 y LO 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia.

El Ordenamiento debe salvaguardar a la familia como institución al tratarse –hoy por hoy- del núcleo de la sociedad. Nos debemos plantear si se deben aplicar a las familias las mismas normas que a cualquier otra situación generadora de una responsabilidad civil. Debemos asumir nuestros propios actos y con mayor motivo cuando se tratan cuestiones de pareja/familia que están relacionadas con la elección personal de pareja que se ha realizado, por ello, con posterioridad, no es factible acudir al amparo judicial para que nos indemnicen, por ejemplo, por una "elección equivocada del cónyuge"[16]. Como se ha manifestado[17] "la culpa…siempre suele ser nuestra. Que seamos o no la persona adecuada para vivir en pareja depende de nosotros mismos". Por ello, en coherencia con las

13 Martín-Casals, M. y Ribot Igualada, J.: "Daños en Derecho", cit., p. 524, "carecen de una mínima base jurisprudencial y se apoyan en criterios muy endebles, tanto desde el punto de vista del Derecho de familia como del Derecho de la responsabilidad civil."

14 Martín-Casals, M. y Ribot Igualada, J.: "Daños en Derecho", cit., p. 528, en el doble sentido: "a) se aplica sólo en defecto de reglas específicas dentro de cada sector, y b) sólo puede aplicarse en la medida en que los remedios indemnizatorios no contradigan los principios de esa rama del Derecho."

15 Rodríguez Guitián, A.M.: "Daños causados a los hijos", cit., p. 376, considerando que se aplicaría la responsabilidad por incumplimiento cuando el comportamiento sea grave, reiterado y afecte a los derechos fundamentales del familiar.

16 Rodríguez Guitián, A.M.: "Daños causados", cit., p. 9.

17 Delgado del Río, G.: "Otro matrimonio", cit., p. 27.

reformas del Derecho de la familia donde se otorga una mayor libertad en el seno del matrimonio y de las familias, poniéndose el foco en los menores y no en los adultos que han contraído matrimonio o han iniciado una vida en común libremente, no es factible pretender que el Derecho de familia acoja en su seno normas ante conductas inapropiadas moralmente o de acuerdo con determinados valores. Por consiguiente, el Ordenamiento jurídico debe ser coherente y no subsumir determinados supuestos de hecho en las normas de responsabilidad civil ante situaciones en las cuales caeríamos en un contrasentido. Es decir, nos situamos ante una doble moral de la sociedad, un matrimonio o pareja estable con total libertad, que permita el libre desarrollo de la personalidad, que los deberes conyugales no sean auténticas obligaciones jurídicas, "pero": si se comete un hecho no adecuado moralmente el Ordenamiento debe dar una respuesta jurídica.

Cabe recordar que la finalidad de la responsabilidad civil es reparar el daño ocasionado, por tanto, no se trata de sancionar. Y, en la responsabilidad extracontractual, la obligación de reparar no surge del incumplimiento de una obligación previamente asumida sino de la existencia de un daño. Por consiguiente, el sector de la doctrina que defiende la verdadera configuración de los deberes conyugales como obligaciones jurídicas parte de un error de base. Ello debido a que nos situamos ante un sistema de responsabilidad subjetiva, que requiere la culpa del sujeto que ha cometido el ilícito civil (la acción u omisión).

Aunque, otro sector[18] observa "si este daño se produjera, pienso que nada nos impediría aplicar el principio de quien causa daño paga, porque las relaciones familiares no son causa de impunidad". En consecuencia, si se puede demostrar que aquella situación ha causado un gran desasosiego, ansiedad, irritabilidad, depresión, baja autoestima… se pueda llegar a resarcir dicho daño causado, al tratarse de conductas dolosas o gravemente culposas. Romero Coloma[19], partidaria de aplicar la responsabilidad extracontractual al Derecho de familia, considera: "se exige que el dolor experimentado sea intenso, real y profundo, debiendo ser rechazados los casos superficiales." Cabe puntualizar, como se ha manifestado anteriormente, que por el proyecto de vida en común que se ve truncado no es factible solicitar una indemnización sino que entra dentro de lo probable al iniciar la relación y las partes son dueñas de su libertad y titulares de sus derechos. Por ello, dicha situación y la manera de gestionarla debe quedar en el fuero interno, en la esfera de lo privado. Dicha tendencia empieza a vislumbrarse a partir de la supresión de las causas de separación y divorcio, su imputabilidad, a partir del año 2005, a los

18 Roca Trías, E.: "La responsabilidad civil", cit., p. 562.

19 Romero Coloma, A.M.: "La transgresión del deber de fidelidad conyugal", en AA.VV.: *Compensaciones e indemnizaciones en las relaciones familiares*, Thomson Reuters, Aranzadi, Navarra, 2021, p. 596, sigue manifestando: "Daños como el desamor, la deslealtad, la traición, la decepción, etc., son sentimientos que, obviamente, no pueden conllevar una exigencia de responsabilidad civil, al pertenecer al terreno de los extrajurídico."

efectos "de liquidar daños vinculados a la ruptura conyugal"[20] y como manifestaba la Exposición de Motivos de dicha ley la misma es reflejo del: "evidente cambio en el modo de concebir las relaciones de pareja en nuestra sociedad".

Por ello, se ha observado que sólo debería admitirse la responsabilidad civil ante casos o conductas especialmente graves, aplicando un criterio restrictivo, es decir, cuando el ilícito sea de cierta entidad como puede ser la lesión de un derecho fundamental o los principios básicos del Derecho de familia[21]. Si se considera -con carácter general- que se debe extender el ámbito de la responsabilidad civil al Derecho de familia, en tal caso, se estarán truncando los pilares del Derecho de familia calificado como tal, contraviniendo su naturaleza jurídica, encontrándonos ante otra figura jurídica pero no ante una familia *strictu sensu* protegida constitucionalmente, a pesar del concepto amplio que hoy en día tenemos de familia. Como establece la SAP Badajoz 19 enero 2023[22]: "Insignes civilistas cuestionan la exclusión de la responsabilidad civil en el campo de las relaciones de pareja. Se ha escrito que nuestro sistema de responsabilidad contractual y extracontractual no tiene esa característica de la tipicidad, sin o que tanto el art. 1902 como el art. 1101 CC usan fórmulas genéricas y abiertas al prever la resarcibilidad del daño extracontractual o contractual, siempre que en la producción de uno u otro concurran dolo o negligencia. Y se ha abundado en que no hace falta que la ley expresamente prevea consecuencias indemnizatorias para este o aquel tipo de daño si concurren los requisitos de la responsabilidad."

2. El interés familiar.

En el seno familiar debe prevalecer la autonomía individual de los sujetos y cabe fomentar el libre desarrollo de la personalidad de los mismos pero no es factible olvidar que se trata de una unidad y que el Código Civil sigue manifestando que se debe salvaguardar el interés familiar frente al interés común[23]. A pesar de que el modelo de familia amparada en el principio de unidad jurídica ha sido superado por el de familia como comunidad, debiéndose proteger los intereses individuales[24].

20 Martín-Casals, M. y Ribot Igualada, J.: "Daños en Derecho", cit., p. 506.

21 En este sentido, Barrio Gallardo, A.: "El precio de ocultar la paternidad y la falta de sensibilidad hacia lo femenino", en AA.VV.: *Mujer, maternidad y derecho*, V Congreso sobre la feminización del Derecho. Carmona V, Tirant lo Blanch, Valencia, p. 125 y López de la Cruz, L.: "El resarcimiento", cit., p. 33, quien admite la indemnización ante actos que atenten contra la "dignidad de la persona, la libertad, el honor, la intimidad o la propia imagen."

22 SAP Badajoz 19 enero 2023 (JUR 2023, 208607).

23 Verdera Izquierdo, B.: "El interés del menor *versus* interés familiar e interés particular de los progenitores", en AA.VV.: *El nuevo régimen jurídico del menor. La reforma legislativa de 2015*, Aranzadi, Thomson Reuters, 2017, p. 519.

24 En este sentido Vivas Tesón, I.: "Daños en las relaciones familiares", en AA.VV.: *Cuestiones actuales en materia de responsabilidad civil, XV Jornadas de la asociación de profesores de Derecho Civil*, Editum, 2011, p. 334.

Así, se debe conjugar con la idea del interés familiar dejando al margen actuaciones individuales que nos llevan a una falta de solidaridad familiar que, como fundamento del Derecho de familia, debe estar presente en todas las relaciones de familia. Y siempre refiriéndome a la familia nuclear, no a la familia extensa en la que sí sería partidaria con un carácter general y no subsidiario de aplicar la responsabilidad civil ante determinadas actuaciones o hechos.

La familia no posee personalidad jurídica en sí misma, si bien, se protege en la medida que es un instrumento para el libre desarrollo de los individuos que la componen; por tanto, se protege la labor y finalidad social que cumple. Por consiguiente, "su interés" no es la suma de los diversos intereses individuales, sino que se encuentra por encima de los intereses particulares, como se ha manifestado: "responde a un conjunto de intereses comunes"[25], es "algo más" y supone una vertiente negativa y una positiva. Es decir, abstenerse de realizar determinadas actuaciones en perjuicio de la familia y realizar otras para conseguir la paz familiar y el adecuado desarrollo de la misma. Suponiendo, en cierta forma, una limitación al ejercicio de la potestad parental. Por todo ello, quien asume el estado civil de casado o considera que la mejor opción es vivir en pareja, asume una serie de consecuencias derivadas de tal status.

En este sentido, es interesante la STS 30 junio 2016[26] que alude a la paz familiar y a la preservación de la misma con independencia de la verdad biológica: "seguir lo sugerido por algún sector de la doctrina en el sentido de que la investigación de la paternidad no sea un valor absoluto si el sujeto activo es el progenitor, encontrándose justificado que se imponga restricciones a la legitimación de éste para accionar, por considerarse más dignos de protección los intereses del hijo. Se viene a contraponer tal principio de verdad biológica con la preservación de la paz familiar, pero bien entendido que esta preservación ha de venir referida al interés del hijo, por lo que la paz familiar será aquella que beneficie a éste por encontrarse en una situación consolidada de familia, que ha podido formarse al margen de la biológica. La protección de esta situación familiar en que se encuentra integrado el menor vendría a tener el mismo apoyo constitucional que el principio de investigación de la paternidad, al encontrarse recogidos ambos principios en el artículo 39 CE."

También nos deberíamos cuestionar estos actos en sede de parejas estables. Tal supuesto se recoge en la SAP de Badajoz 19 enero 2023, en particular el supuesto de una pareja que volvió a unirse tras una ruptura al tener conocimiento el varón de que la mujer estaba embarazada y, suponiendo él que era el padre

25 Gete Alonso y Calera, M.C.: "Panorámica del Derecho de familia después de la Constitución de 1978. El Derecho de familia de la postmodernidad", *Revista Jurídica de les Illes Balears*, número 22, 2022.

26 STS 30 junio 2016 (RJA 2859).

por la proximidad de las fechas entre la relación y la gestación. Si bien, al no existir engaño no se le concede la indemnización. Así, con acertado criterio el Tribunal establece con carácter general: "Sabemos que no todas las acciones humanas están reguladas por el derecho. Pero, con carácter general, aquellos comportamientos de una persona que lesionan injustamente la esfera jurídica obligan a la reparación. Es verdad que el derecho de familia es un derecho especial, donde las relaciones personales priman sobre las patrimoniales. El interés individual se ve desplazado por el interés de los menores y de la familia. De ahí que, en buena medida, se regule por normas de derecho necesario. No obstante, hay sitio también para la autonomía de la voluntad. En todo caso, es derecho privado especial con importante connotaciones públicas. Tiene su peculiaridad y, como recordaban los tratadistas clásicos, hay también preceptos sin sanción o con sanción atenuada, obligaciones incoercibles, porque el derecho o es por sí mismo incapaz de provocar mediante la coerción la observancia de dichos preceptos o cree más conveniente confiar su observancia al sentimiento ético o a otras fuerzas que interactúan en el ambiente social."

II. EL MATRIMONIO COMO NEGOCIO JURÍDICO.

Todo ello nos puede llevar a plantearnos la configuración del matrimonio como un contrato, si bien, se debe considerar que no llega a tal categoría sino que se califica como negocio jurídico. Por ello, no le son aplicables las reglas referidas a las obligaciones con todo lo que ello comporta. No pudiéndose aplicar las normas de cumplimiento referidas a los contratos. Siendo fundamental el concepto de consentimiento y la importancia del mismo que nos lleva al polo opuesto, en concreto al libre desarrollo de la personalidad que hará que en determinadas situaciones, de forma libre y consciente, dicho consentimiento se trunque.

La tesis contractual en relación a la naturaleza jurídica del contrato está sumamente cuestionada por la doctrina y a lo sumo se podría calificar como un *contrato sui generis:* "el matrimonio sería un contrato que carece de las notas elementales y características estructurales de los contratos, dado que el contenido o los efectos de la relación matrimonial se encuentran normativamente definidos y precisados."[27] Para poder denominarlo contrato debemos tener la nota de la patrimonialidad siendo la misma ajena a la institución matrimonial. Por ello, se viene calificando al matrimonio como un negocio jurídico. La categoría negocio jurídico engloba una serie de actos jurídicos que tienen su sustrato o fundamento en la autonomía privada. En el campo del Derecho de familia encontramos diversas declaraciones de voluntad que calificamos como negocios jurídicos: tal es el caso del matrimonio, la adopción, el acogimiento, las capitulaciones matrimoniales,

27 Lasarte Álvarez, C.: *Principios de Derecho Civil, Parte General y Derecho de la Persona*, Marcial Pons, Madrid, 2022, p. 24.

la promesa de matrimonio… y, por ello, nos situamos ante negocios jurídicos familiares diferenciados de los negocios jurídicos patrimoniales, que nos pueden llevar ante el testamento o los contratos.

III. LOS DEBERES CONYUGALES.

1. Deberes ético-morales.

Los deberes conyugales no suponen verdaderas obligaciones jurídicas[28], sino que se califican como deberes ético-morales. Cabe destacar que desde la aprobación del Código Civil (1889) los deberes conyugales siguen siendo los mismos, con las puntualizaciones que a continuación realizaremos, a pesar de la evolución social y con ella de los modelos familiares y de pareja. Dichos deberes encuentran acomodo en la Constitución española y especialmente en el art. 32 (referido al matrimonio) y el art. 39 (sobre la familia).

Uno de los avances imprescindibles en el seno de dichos deberes personales fue la modificación del art. 57 CC, el cual disponía: "El marido debe proteger a la mujer, y ésta obedecer al marido", produciéndose la supresión de tal redacción del precepto en 1975 (Ley 14/1975, de 2 de mayo, de reforma de determinados artículos del Código Civil y Código de Comercio sobre la situación de la mujer casada y los derechos y deberes de los cónyuges) para pasar al siguiente tenor: "El marido y la mujer se deben respeto y protección recíprocos, y actuarán siempre en interés de la familia" y, en la actualidad, el art. 67 CC establece: "Los cónyuges deben respetarse y ayudarse mutuamente y actuar en interés de la familia."

Los deberes conyugales los encontramos enunciados en los artículos 67 y 68 CC, este último artículo sufrió una modificación y particularmente una ampliación por la Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifica el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio por la que se introduce -en el art. 68 CC- la corresponsabilidad familiar (art. 68 CC *in fine*: "Deberán, además, compartir las responsabilidades domésticas y el cuidado y atención de ascendientes y descendientes y otras personas dependientes a su cargo"). Es decir, el legislador no solo no los suprimió (entre otros motivos porque se mantiene la presunción legal de paternidad del art. 116 CC) sino que, por el contrario, los amplió. Aunque, vacíos de contenido jurídico siendo únicamente parámetros

28 De Verda y Beamonte, J.R.: "Responsabilidad civil por incumplimiento de los deberes conyugales", en AA.VV.: *Responsabilidad civil en el ámbito de las relaciones familiares*, Thomson Reuters, Aranzadi, 2012, p. 108 y en "La indemnización derivada de la ocultación de la paternidad", en AA.VV.: *Compensaciones e indemnizaciones en las relaciones familiares*, dir. Sanciñena Asurmendi, C., Thomson Reuters, Aranzadi, Navarra, 2021, p. 665, considera que se tratan de verdaderas obligaciones jurídicas: "Si no lo fueran, no tendría razón de ser que el Código Civil, desarrollando el mandato contenido en el art. 32.2 CE, los incluyera entre los efectos del matrimonio, ni que legalmente fueran calificados como tales, por los arts. 67 y 68 que, al enunciarlos, hablan de que los cónyuges *deben* o *están obligados* a cumplirlos." Así, sustenta sus pronunciamientos en el hecho de que el Código Civil lo define como "deberes" y "obligaciones", por tal motivo deben ser resarcidos. En igual sentido Romero Coloma, A.M.: "La transgresión", cit., p. 593.

ideales de lo que debe ser un matrimonio pero, la infracción de los mismos sigue siendo causa interna o personal de separación o divorcio. Con anterioridad a dicha ley el incumplimiento o transgresión grave o reiterado de los deberes conyugales era causa legal de separación o divorcio, a día de hoy, los podemos catalogar como deberes morales.

Por tanto, ante una ruptura el Ordenamiento Jurídico se muestra indiferente ante las causas de separación y divorcio y lo que pretende es que las cuestiones patrimoniales queden solucionadas de la mejor forma jurídica posible, es decir, se tiende hacia la total patrimonialidad de las relaciones; en tanto se salvaguarde el interés del menor en caso de existir menores. Dejando al margen las relaciones personales entre los cónyuges que nos conducen a dichos deberes que no son coercibles. Como manifiesta Solé Resina[29], "el respeto a los derechos fundamentales de la persona casa mal con la exigencia de deberes personales en el matrimonio o en cualquier otro modelo de convivencia". Por ello, siguiendo a dicha autora una regulación de mínimos debería dar respuesta a todos los modelos familiares.

De acuerdo con la sociedad actual deberían tomar mayor fuerza otros deberes, así, nos debemos plantear el papel de determinados deberes como es "el cuidado y atención de ascendientes y descendientes y otras personas dependientes a su cargo", con mayor motivo desde la aprobación 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. Y, la importancia que otorga la misma al "valor del cuidado", aunque, hubiese sido conveniente establecer dicho deber conyugal como carga del matrimonio, en sede de régimen económico matrimonial primario a los efectos de evitar posibles reclamaciones derivadas del incumplimiento o cumplimiento con uno de los patrimonios derivados de los gastos resultantes del cuidado, ya sea, por ejemplo: cuidadoras, centros de día, residencia…

A su vez, cabe poner de relieve la extensión el término "personas dependientes a su cargo" y cuestionar hasta qué punto y, por ejemplo, quién en el seno familiar debe hacerse cargo de dichas personas dependientes. Si llevamos a determinados límites dichos cuidados nos deberíamos plantear si, por ejemplo, el yerno se debe hacer "cargo" de la suegra cuando la misma tiene un hijo soltero o divorciado con mayores posibilidades de tiempo e incluso patrimoniales. Cabría redactar unos criterios, a semejanza de los que se plantean y examinan cuando los tribunales concretan una guarda y custodia (compartida o exclusiva, art. 233-11 CCCat. o art. 80.2 Código derecho foral de Aragón), por ello, quizá habría que plantearlos en caso de personas dependientes en el seno familiar y, concretar, en virtud de

29 Solé Resina, J.: "Panorámica del Derecho de familia después de la Constitución de 1978. El Derecho de familia de la postmodernidad", *Revista Jurídica de les Illes Balears*, núm. 22.

una serie de parámetros quien en el seno familiar se debe hacer "cargo" de dichas personas. Todo ello nos puede llevar a reclamaciones en el seno de la obligación de alimentos, como ya está aconteciendo en sede judicial.

En dicho listado se debería haber incluido otro deber de tipo personal, como es el deber de información general entre cónyuges que tantas consecuencias puede tener, por ejemplo, en la cuestión planteada en las próximas páginas referida a la ocultación de la paternidad. También sería conveniente incorporar otro deber de información de la gestión patrimonial en sede de régimen económico matrimonial primario (tal como consta en el CCCat.). En la actualidad sólo se contempla de forma tangencial en sede de régimen de gananciales (art. 1383 y 1393.4 CC), siendo imprescindible en el régimen de separación de bienes para lograr la contribución a las cargas del matrimonio "proporcionalmente a sus recursos económicos" (art. 1438 CC). Y, a pesar de cierta discusión doctrinal, la existencia de tal deber, no entra en conflicto con otros derechos fundamentales, como puede ser la intimidad (STC 45/1989, de 20 de febrero).

En otro orden de consideraciones, se debe plantear la situación resultante de vaciar de contenido la institución matrimonial lo que ha conllevado la necesidad de reforzar la protección y el estatuto jurídico del menor hasta límites insospechados debido a la posible desprotección con la que se puede encontrar en el seno familiar. Por ello, las leyes referidas a infancia y adolescencia encabezadas por la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero de protección jurídica del menor aluden a los menores como "sujetos activos, participativos y creativos", debiendo promover por ello su autonomía progresiva como sujetos. Produciéndose el reconocimiento pleno de titularidad de derechos de los menores.

2. La inmunidad conyugal o familiar.

Nos situamos en aquel sector del Ordenamiento jurídico y, particularmente, del Derecho Civil como es el Derecho de Familia en el cual el componente moral y los valores tienen una mayor carga. Consecuencia de tal hecho, en muchas ocasiones, los daños entre familiares no se reclaman con el objetivo de preservar la paz o el interés familiar o, por proteger a la familia y ello se consigue, con una inmunidad familiar entre sus miembros. Aunque sería cuestionable en los supuestos de infidelidad conyugal dónde la pareja de la que deriva la familia, ya está rota de forma parcial/total, según afronten dicha infidelidad.

Todo esto nos sitúa ante conceptos como: "unidad conyugal" ("*marital unity*") y el régimen de inmunidad conyugal derivado de la falta de capacidad de la mujer en el seno del matrimonio, a la familia patriarcal, que conllevó la ausencia de solicitudes de responsabilidad entre cónyuges, las cuales no eran imaginables, debido a que el matrimonio se consideraba que suponía una unidad dirigida y representada

por el marido. Por consiguiente, dicho sistema patriarcal suponía la exclusión de discusiones al encontrar una férrea dirección por parte del varón. Por ello, a día de hoy se considera que la familia es el núcleo ideal en que se debe fomentar el libre desarrollo de la personalidad de sus miembros. Aunque no se puede afirmar, como erróneamente, entienden algunos autores que dicha inmunidad es la posibilidad de dañar amparados por la relación familiar[30]. Siguiendo los pronunciamientos de Martín-Casals y Ribot[31] quienes manifiestan que: "En ningún caso el hecho de que la persona causante del daño y la víctima sean familiares puede exonerar al primero de la obligación de compensar el daño causado".

Al respecto cabe hacer referencia a la SAP Badajoz 19 enero 2023[32] que al tratar la inmunidad familiar establece: "Sea como fuere, entendemos que la familia no es un espacio vedado al daño moral. No vale todo dentro de las relaciones de pareja. Nuestro ordenamiento jurídico no consagra expresamente un principio de inmunidad civil dentro de la familia. Ciertamente, no todo perjuicio en las relaciones de pareja será indemnizable. La convivencia no es fácil y tampoco existe un derecho a ser amado para siempre, pero, desde el punto de vista jurídico, no se puede permitir que todo lo que pase en casa se queda en casa. Hay que superar precisamente el modelo familiar patriarcal, que fomentaba la impunidad. La familia es la base de la organización social y cumple un papel fundamental en el desarrollo de la personalidad. Es la mejor escuela, permite construir la identidad de la persona, protege su autonomía y ampara siempre a los más necesitados. Pero lamentablemente no es ajena al daño, a las injusticias y al sufrimiento. El mantenimiento de la paz familiar no lo puede justificar todo."

3. Derecho de familia como un sistema completo.

Nos encontramos con la autosuficiencia de las normas relativas del Derecho de familia, las cuales se consideran un sistema completo y cerrado, por tal motivo, en su seno se deben solucionar las posibles problemáticas planteadas[33]. Y, todo ello, debido a su especialidad *("lex specialis derogat generalis")*.

30 Vargas Aravena, D.: *Daños civiles en el matrimonio*, Madrid, La Ley, 2009; Novales Alquézar, M.A.: "Hacia una teoría general de la responsabilidad civil en el Derecho de Familia. El ámbito de las relaciones personales entre cónyuges", *RJN*, 60, 2006, p. 206.

31 Martín-Casals. M. y Ribot Igualada, J.: "Daños en Derecho", cit., p. 525 ss.

32 SAP Badajoz 23 enero 2023 (JUR 2023, 208607).

33 En este sentido, debido a dichos principios que excluyen la responsabilidad civil y la exigencia de dichos deberes se encuentran otros, tal como pone de manifiesto: De Amunategui Rodríguez, C.: "El valor de los deberes personales entre los cónyuges: incumplimiento del deber de fidelidad", en AA.VV.: *La responsabilidad civil por daños en las relaciones familiares*, Bosch, Barcelona, 2017, p. 25, "otros argumentos a favor de la restricción de esas acciones como la necesidad de preservar la paz familiar; la conveniencia del mantenimiento del patrimonio de la familia; el rechazo a pretensiones que no reporten ningún beneficio a la familiar; la solidaridad entre familiares; las reglas no escritas de moralidad y los usos sociales; el peligro de proliferación de este tipo de demandas; incluso la presencia de límites institucionales como los cortos plazos de prescripción que desincentivan el ejercicio de acciones."

Las normas de Derecho de familia no recogen expresamente la posibilidad de acciones de responsabilidad civil en el seno familiar. Exclusivamente encontramos, tangencialmente, algunos supuestos de compensaciones e indemnizaciones[34] en las relaciones familiares como puede ser: la promesa de matrimonio, (art. 43 CC); la pensión compensatoria (art. 97 CC); la indemnización del cónyuge de buena fe en los casos de nulidad matrimonial (art. 98 CC); la compensación por trabajo para la familia en el régimen de separación de bienes (art. 1438 CC)… Así, sólo de forma subsidiaria podrá aplicarse el Derecho de daños en dicha rama del Derecho[35].

IV. EL DEBER DE FIDELIDAD Y EL DEBER DE RESPETO ENTRE CÓNYUGES.

La reforma del Código Civil por la Ley 15/2005, de 8 de julio enfatizó la autonomía de la voluntad de los cónyuges al dejar en sus manos la posibilidad de solicitar la separación y el divorcio por su propia y exclusiva voluntad, dejando al margen las causas de separación y divorcio (quedando en el olvido el concepto de separación/divorcio-sanción), aunque manteniendo los deberes conyugales como un resquicio de aquella configuración inicial como institución jurídica. Es sabido que con anterioridad a dicha reforma en muchos de los procesos, ante la falta o imposibilidad de alegar una concreta causa de las tasadas, se alegaba la falta o pérdida de *affectio maritalis* como causa de divorcio. A día de hoy, la transgresión de dichos deberes tiene como consecuencia la posibilidad de solicitar la separación o divorcio, quedando en el fuero interno de las partes los motivos.

En un principio, el deber de fidelidad se configuraba como un *ius in corpus*, con una naturaleza quasireal, aproximándose al derecho de cosas, debido a la supremacía del marido en el seno del matrimonio. Se presentaba como un derecho de exclusividad sexual a favor del marido sobre la mujer de la cual podía disponer en cualquier momento. Se configuraba en un sentido positivo, es decir, la posibilidad recíproca de disponer sexualmente del cónyuge y, en sentido negativo, exclusividad de intercambios sexuales entre cónyuges, con abstención de relaciones sexuales con terceros, denominada también infidelidad material.

A lo largo del tiempo[36] nos hemos encontrado con una serie de refuerzos legales a este deber como eran los delitos de adulterio y amancebamiento, con un mayor castigo para el amancebamiento cometido por una mujer. Todo ello se debe unir con la presunción de matrimonialidad de los hijos de la mujer casada,

34 Véase: Sanciñena Asurmendi, C.: *Compensaciones e indemnizaciones en las relaciones familiares*, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2021.

35 Véase Martín-Casals, M. y Ribot Igualada, J.: "Daños en Derecho", cit., p. 528, el Derecho de daños se aplica: "a) … sólo en defecto de reglas específicas dentro de cada sector, y b) sólo puede aplicarse en la medida en que los remedios indemnizatorios no contradigan los principios de esa rama del Derecho."

36 Véase sobre la evolución de la fidelidad: Monterroso Casado, E.: "Responsabilidad civil y consecuencias derivadas del incumplimiento del deber de fidelidad: una cuestión de género", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, nº 773, 2019, p. 1558.

que nos sitúa ante las presunciones del art. 116 y 117 CC y otros preceptos en los que la infidelidad sigue teniendo relevancia como son: art. 152.4 CC como causa de extinción de la pensión de alimentos, art. 855.1 CC en sede de causas de desheredación y art. 1343 CC respecto a la posible revocación de las donaciones realizadas por razón de matrimonio. Se trata de deberes incoercibles sin ninguna consecuencia jurídica, tan solo moral o ética. Y, disponiendo los cónyuges de mecanismos propios del Derecho de familia como es la posibilidad de solicitar la separación o divorcio, sin alegar causa alguna y sin poner en evidencia cuestiones familiares que quedarán en el seno familiar o de los allegados. Como pone de relieve la Exposición de Motivos de la Ley 15/2005, de 8 de julio, se refuerza el principio de libertad de los cónyuges en el matrimonio: "su vigencia depende de la voluntad constante de ambos."

En la actualidad, el deber de fidelidad tiene otro contenido: no se centra tanto en el aspecto sexual sino en la existencia de un recíproco vínculo de responsabilidad y de voluntad de plena unión. En la idea de "confianza y lealtad recíproca"[37] siendo una auténtica comunidad de vida donde la autonomía de la voluntad está en el centro del sistema, se ha producido un cambio de paradigma que la sociedad ha ido asumiendo, en consecuencia no es necesario traspasar las normas referidas al Derecho de daños al Derecho de familia, porque hoy en día la familia es otra y la culpabilidad no existe, sino que se trata de un resquicio del pasado. Nos situamos ante los pronunciamientos jurisprudenciales que manifiestan que todo ello forma parte de la intimidad del matrimonio y el derecho se debe situar al margen de comportamientos reprochables moralmente. No obstante el Tribunal Supremo, como en la mayoría de países latinos, fue reticente a la hora de modificar sus criterios y se apegaba a la idea de fidelidad sexual, articulándose las demandas por infidelidad en base a la infracción del derecho al honor solicitando daños morales. Al respecto cabe citar la SAP Badajoz 19 enero 2023[38]: "…en el campo de las relaciones de pareja, al menos en los tiempos actuales, la fidelidad sexual no es siempre una virtud moral o deber ético. Las relaciones sentimentales han evolucionado mucho. Los nuevos tiempos han dado lugar a uniones diversas, donde caben relaciones abiertas. La fidelidad, por tanto, según los casos, puede no pintar nada. Y lo más importante, la conducta del amante infiel no tiene comparación con la atribución de una paternidad biológica falta. El engaño en una relación filial, en modo alguno, puede ser equiparable a saltarse la monogamia."

Cabe poner de relieve que el Código Civil de Catalunya no se refiere al deber de fidelidad sino al deber de guardarse lealtad (art. 231.2.1 CCCat.), el cual se podría mantener en aquella regulación de mínimos de las uniones que

37 En este sentido Pérez Gallego, C.: "Nuevos daños en el ámbito del derecho de familia: los daños morales y patrimoniales por ocultación de la paternidad biológica", *Revista de Derecho Civil*, julio-septiembre 2015, p. 144.

38 SAP Badajoz 19 enero 2023 (JUR 2023, 208607).

nos conducen a distintos modelos familiares. Y, cabe tener en cuenta que en los últimos tiempos encontramos los hechos de las sentencias sobre ocultación de paternidad, en muchos casos, derivadas de relaciones estables, tal es el caso de la SAP Las Palmas 25 mayo 2022 o SAP Badajoz 19 enero 2023[39], demandas que no pueden sustentarse o ampararse en la infracción del deber de fidelidad, inexistente.

Este entramado nos conduce también ante el deber de respeto, art. 67 CC "Los cónyuges deben respetarse" el cual se puede entender que tiene un contenido mayor al deber de fidelidad, incluso su ubicación sistemática en el Código Civil es indicio de su consideración primordial como antesala de los demás deberes recogidos en el art. 68 CC. Siendo concreción del art. 10 CE, es decir, el deber de respeto entre cónyuges debe ser incluso superior al que se tiene con cualquier tercero, preservar la dignidad del cónyuge y no coartar o condicionar el libre desarrollo de la personalidad del mismo lo que nos puede llevar a conductas de violencia de género, por el hecho de no dejar expresar al cónyuge sus ideas políticas, religiosas…

1. Incumplimiento del deber de fidelidad y ocultación dolosa de la paternidad.

La infidelidad no es indemnizable, al no ser coercible, al situarnos ante relaciones personales y ante cuestiones que atañen a la libertad de los individuos. No siendo los deberes conyugales auténticos deberes jurídicos. En cambio, la jurisprudencia ha considerado indemnizable una consecuencia de dicha infidelidad como es la procreación con ocultación de la paternidad biológica al marido del niño nacido durante el matrimonio sobre el cual recae la presunción de matrimonialidad (art. 116 CC). Es decir, no se considera indemnizable la infidelidad pero sí el engaño que conlleva la ocultación de una paternidad y produce un "daño". Concurren los requisitos del art. 1902 CC el cual exige un comportamiento o conducta culposa que genere causalmente un daño derivado de dicha ocultación. Así, una vez constatado el ilícito civil, la existencia de un daño moral, el nexo de causalidad y la existencia de un dolo o culpa.

Aunque ello, se debe defender con mucho tiento porque como manifiestan diversos autores, entre ellos Pérez Gallego[40], se correría "el grave riesgo de reintroducir en nuestro ordenamiento el sistema de culpa a través de la indemnización del daño moral resultante…lo que entrañaría una recuperación del concepto de divorcio-sanción".

39 SAP Las Palmas 25 mayo 2023 (JUR 2023, 2071) y SAP Badajoz 19 enero 2023 (JUR 2023, 208607).

40 Pérez Gallego, C.: "Nuevos daños", cit., p. 153.

2. Evolución jurisprudencial. Exigencia de dolo.

A) Iniciales líneas jurisprudenciales.

Después de la existencia de un vacío jurisprudencial, el Tribunal Supremo se pronunció por primera vez sobre la responsabilidad civil por daño causado por un familiar a otro en dos conocidas sentencias del año 1999. Se planteó la posible aplicación de las normas sobre responsabilidad civil por los daños resultantes de una relación familiar, en particular, por el daño ocasionado consecuencia del incumplimiento de los deberes conyugales. El alto Tribunal denegó al exmarido la reparación de daños derivados de la infidelidad y ocultación de la paternidad (STS 22 julio 1999 y STS 30 julio 1999)[41]. Los hechos a los que se suscriben ambas sentencias se refieren a una infidelidad de las mujeres, que ocultan dolosamente a sus maridos; infidelidades de las que nacen uno o varios hijos. En consecuencia, los demandantes reclaman las cantidades abonadas en concepto de alimentos y daños morales, fundamentando dichas peticiones en una lesión al honor y transgresión del deber de fidelidad.

Por sendas sentencias el Tribunal Supremo manifestó que la infidelidad no era indemnizable por daños morales derivados de una responsabilidad civil contractual (art. 1101 CC), debido a que las obligaciones conyugales no tienen carácter contractual al ser el matrimonio un negocio jurídico sin llegar a la categoría de contrato. Para ello, los justiciables disponían de la vía de la separación o divorcio al estar vigente el sistema causalista (art. 82 CC, de acuerdo con la redacción de la Ley 30/1981, de 7 de julio), al no haberse producido la reforma en materia de separación y divorcio del Código Civil por la Ley 15/2005, de 8 de julio por la que se suprimirían las causas de la separación o divorcio.

Una vez centrada la materia, comprobamos la situación patriarcal y de superioridad del marido el cual ve perjudicada su honra ante actuaciones de la mujer con independencia de la pérdida del hijo/a. En cambio, en la actualidad gracias a la evolución de la sociedad las sentencias se fundamentan -en mayor medida- en la pérdida de la relación paterno-filial. Por ello, en todo este entramado debemos tener presente "la función de demarcación" de acuerdo con la cual no debemos poner sólo el foco en el daño sufrido sino también habrá que ponderar la situación del presunto causante del daño y su libertad de desarrollo y actuación, siempre dentro de los límites del Ordenamiento Jurídico que nos sitúa ante conceptos como el orden público o la paz social[42].

41 STS 22 de julio 1999 (RJA 5721) y STS 30 julio 1999 (RJA 5726).

42 En este sentido Martín-Casals, M. y Ribot Igualada, J.: "Exclusión de responsabilidad", cit. p. 251, tras señalar "la necesidad de diferenciar lo más claramente posible entre lo que es la lesión de un interés jurídico protegido, denominado normalmente *daño* y lo que es la consecuencia de la lesión de ese interés, denominado normalmente *perjuicio*" manifiestan que "no solo deben tenerse en cuenta los intereses potencialmente lesionados del marido, sino además los derechos de libertad de la esposa, en especial, los

En este sentido se expresa el fundamento jurídico 3º de la STS 30 julio 1999[43] debido a que el esposo sustenta la fundamentación del recurso en el deber de fidelidad el cual no es susceptible de reparación económica: "el quebrantamiento de los deberes conyugales especificados en los arts. 67 y 68 del Código Civil, son merecedores de un innegable reproche ético-social, reproche que, tal vez, se acentúe más en aquellos supuestos que afectan al deber de mutua fidelidad, en los que, asimismo, es indudable que la única consecuencia jurídica que contempla nuestra legislación sustantiva es la de estimar su ruptura como una de las causas de separación matrimonial en su art. 82 pero sin asignarle, en contra del infractor, efectos económicos, los que, de ningún modo es posible comprenderlos dentro del caso de pensión compensatoria que se regula en el art. 97 e), igualmente, no cabe comprender su exigibilidad dentro del precepto genérico del art. 1101, por más que se estimen como contractuales tales deberes en razón a la propia naturaleza del matrimonio, pues *lo contrario llevaría a estimar que cualquier causa de alteración de la convivencia matrimonial, obligaría a indemnizar.*" Por todo ello, el Tribunal Supremo no otorga la indemnización solicitaba al amparo de los arts. 67 y 68 en relación con el art. 1101 CC por los daños morales solicitados.

A su vez, la STS 22 julio 1999[44], aborda el caso de un matrimonio del que nacieron siete hijos, tras la separación el padre se realiza una prueba biológica y constata que uno de los hijos no es suyo. El demandante fundamenta su pretensión en el derecho al honor y dignidad. El TS no considera aplicable el art. 1902 CC y en consecuencia no otorga la indemnización al concretar que no se ha producido una actuación dolosa de la esposa al no tener absoluto conocimiento de que el hijo no era realmente del marido. Se basa en un criterio de imputación subjetiva.

Cabe poner de relieve que las referidas sentencias fueron dictadas por el mismo ponente y la doctrina ha puesto de manifiesto que no se concedieron las indemnizaciones solicitadas con el objetivo de evitar una avalancha de litigiosidad[45].

De Verda y Beamonte[46], al considerar dichos deberes conyugales como verdaderas obligaciones jurídicas aplica de forma ineludible el art. 1902 CC para "asignarles alguna consecuencia, si no se les quiere privar de trascendencia jurídica y convertirlos en meros imperativos éticos."

---

relativos a sus derechos fundamentales, y los de la sociedad consistentes, básicamente, en su interés en la juridificación de un sector de la vida matrimonial."

43 STS 30 julio 1999 (RJA 5726). Comentada, entre otros, por Ragel Sánchez, L.F.: *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, nº52, 2000, p. 153.

44 STS 22 julio 1999 (RJA 5721).

45 En este sentido Romero Coloma, A.M.: "Problemática jurídica de las indemnizaciones entre cónyuges (y ex cónyuges)", *Diario La Ley*, XXIX, nº 7008, p. 8; Sáinz-Cantero Caparrós, M.B.: "La negativa jurisprudencial a la resarcibilidad del daño por incumplimiento de deberes conyugales desde la perspectiva de género", *Construyendo la igualdad. La feminización del derecho privado*, dir. Torres García, T.: Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, p. 529.

46 De Verda y Beamonte, J.R.: "Responsabilidad Civil", cit., p. 116.

a) *Dies a quo* en el ejercicio de la acción de responsabilidad civil extracontractual y plazo de prescripción.

Después de las sentencias del Tribunal Supremo de 1999 por las que se denegó la indemnización al esposo, una vez entra en vigor la Ley 15/2005, de 8 de julio, encontramos otras sentencias como la STS 14 julio 2010 y 18 julio 2012 que no abordan el fondo del asunto debido a la prescripción del ejercicio de la acción de responsabilidad civil extracontractual ejercitada, art. 1968.2 CC. Prescripción que acontece a consecuencia de que el daño moral no era continuado sino definitivo, en caso contrario, no hubiera prescrito la acción.

Nos situamos ante supuestos de responsabilidad extracontractual del art. 1902 CC por lo que el plazo de prescripción de la acción de responsabilidad civil extracontractual es de un año y el *dies a quo* para el cómputo del plazo de prescripción es "*desde que lo supo el agraviado*" (art. 1868.2 CC) lo que ha llevado a la doctrina y a la jurisprudencia a concretar ¿Cuándo en dichos casos se debe considerar que lo sabe el agraviado?, cuando tiene simples sospechas, cuando tiene una certidumbre por confesión o prueba de ADN… Todo ello se debe unir con el art. 1969 CC: "El tiempo para la prescripción de toda clase de acciones, cuando no haya disposición especial que otra cosa determine, se contará desde el día en que pudieron ejercitarse."

El Tribunal Supremo se pronunció al respecto por la STS 14 julio 2010[47], por la que resuelve una acción de responsabilidad civil en la que se reclama 300.000 euros de daño moral por la pérdida de una hija; 100.000 euros por daño moral por daños físicos y secuelas psicológicas; 100.000 euros por daño moral por detrimento de su fama, honor, etc. y 15.638,13 euros por daño patrimonial y enriquecimiento injusto. Dicha sentencia es interesante porque concreta el *dies a quo*: siendo éste el día en el que se notificó al marido la sentencia de impugnación de la paternidad y, diferencia entre los daños continuados y los daños duraderos o permanentes para poder determinar: "teniendo en cuenta explícitamente la jurisprudencia de esta Sala sobre los daños continuados…conforme a la cual no se inicia el cómputo del plazo de prescripción, en los casos de daños continuados o de producción sucesiva, hasta la producción del definitivo resultado, si bien matizando que esto es así cuando no es posible fraccionar en etapas diferentes o hechos diferenciados la serie proseguida". Y, la posterior STS 18 junio 2012[48] por la que también se deniega la indemnización debido a la prescripción de la acción. El marido reclamaba indemnización por los daños morales y físicos consecuencia de la pérdida de dos hijas que creía biológicas, el Tribunal considera que el *dies a quo* no debe computarse a partir de la sentencia de impugnación de la paternidad, sino

47 STS 14 julio 2010 (RJA 5152).

48 STS 18 junio 2012 (RJA 6849).

que considera que el mal se produjo con anterioridad y dicho plazo debe empezar a computarse desde el informe médico en que se constató su depresión: "El daño moral que se reclama no trae causa de la pérdida legal de las hijas conocida mediante la sentencia de 18 de julio de 2007, que resolvió el procedimiento de paternidad, sino del engaño sobre la forma de concebir a sus dos hijas y el hecho de que tras el divorcio, por decisión de la madre, se fueran a vivir con el padre biológico situación que le sumió en una depresión, de la que fue atendido por el psicólogo clínico d. Isidoro, momento a partir del cual se concretó el daño moral padecido y reclamado" (Fdo. Jco. Segundo).

Ahora bien, como manifiesta Martín-Casals y Ribot[49], "es necesario distinguir entre los daños alegados, pues en función del daño cuya reparación se reclame, podría ser distinto el momento en el que se tuvo conocimiento del mismo. Existiría, así, un *dies a quo* para cada tipo de daños." Aunque consideran que ello no es factible porque se escindiría la acción en tantas acciones como perjuicios resarcibles.

b) Audiencias Provinciales.

La línea jurisprudencial sustentada en las sentencias de 1999 empezó a modificarse a partir del año 2004 momento a partir del cual comienzan a concederse, por parte de la Jurisprudencia menor, las primeras indemnizaciones por ocultación de la paternidad en tanto se acredite el dolo de la esposa derivado del conocimiento cierto de la falsa paternidad del marido. Es decir, una conducta dañosa y la comprobación de la gravedad del daño[50]. Entre otras, encontramos la SAP Valencia 2 noviembre 2004[51], por la misma se abrió una línea jurisprudencial que siguieron otras Audiencias Provinciales, por ejemplo: SAP León 2 enero 2007; SAP Barcelona 16 enero 2007[52]; SAP Valencia 5 septiembre 2007; SAP Cádiz 3 abril 2008; SAP Murcia 18 noviembre 2009; SAP Barcelona 27 octubre 2011; SAP Valencia 13 noviembre 2014; SAP Jaén 9 marzo 2015; SAP Cantabria 3 marzo 2016; SAP Badajoz 5 septiembre 2017; SAP Girona 19 abril 2018; SAP Ciudad Real 23 abril 2018; SAP Barcelona 25 julio 2018; SAP de Madrid de 24 mayo 2019; SAP Madrid 29 abril 2021; SAP Las Palmas de 25 mayo 2022[53].

49 Martín-Casals, M. y Ribot Igualada, J.: "Exclusión de responsabilidad civil", cit., p. 11, concluyen que "continúa siendo esencial determinar cuál es el daño o interés jurídico protegido que persigue la acción. La prescripción se produce respecto a la acción de responsabilidad civil y no respecto a los concretos perjuicios o partidas resarcibles."

50 Véase el estudio de Farnós Amorós, E.: "Remedios jurídicos ante la falsa atribución de la paternidad", *Revista Derecho Privado y Constitución*, nº 25, 2011, p. 17.

51 Comentada por Farnós Amorós, E.: "El precio de ocultar la paternidad". Comentario a la SAP de Valencia de 2.11.2004", *InDret*, mayo 2005

52 Comentada por Farnós Amorós, E.: "Indemnización del daño moral derivado de ocultar la paternidad. Comentario a la SAP de Barcelona de 16.1.2007", *InDret*, octubre 2007.

53 SAP de Valencia 2 noviembre 2004 (AC 1994), por la misma se abrió una línea jurisprudencial que siguieron otras Audiencias Provinciales, por ejemplo: SAP León 2 enero 2007 (JUR 192431); SAP Barcelona 16 enero

En unas sentencias los Tribunales exigen una actitud dolosa de la mujer y en otras, culpa grave derivada del hecho de no haber puesto la diligencia debida en la comprobación de la verdadera paternidad. O, una mera negligencia por el hecho de guardar silencio ante las sospechas de la situación.

Otras sentencias no aprecian la indemnización por falta de dolo ni culpa, y, por consiguiente por falta de engaño es el caso de la SAP Burgos 16 febrero 2007; SAP Barcelona 31 octubre 2008; SAP Castellón 10 febrero 2009; SAP La Coruña 8 noviembre 2010; SAP León 10 de noviembre 2010; SAP Alicante 6 noviembre 2017; SAP Las Palmas 22 marzo 2021; SAP Badajoz 19 de enero de 2023[54] la cual concreta: "Es de común conocimiento que, sobre el alcance de la responsabilidad civil en el derecho de familia, hay serias discrepancias tanto en la doctrina científica como en la jurisprudencia…el engaño, la ocultación de la verdadera paternidad es un hecho grave, pues hay pocos bienes jurídicos tan importantes en la vida de una persona como la relación filial. No hay vínculo más estrecho que el surgido entre progenitores e hijos. Es sin duda un mazazo emocional y psicológico para cualquiera conocer de repente que tu hijo o es tuyo. Esa experiencia desde luego es dura. Ni el Tribunal Supremo lo cuestiona: admite el daño moral, si bien considera que no es ilícito". Concluye manifestando que: "…tenemos que descartar el engaño. No podemos confundir la ocultación con el desconocimiento."

c) Últimas líneas jurisprudenciales.

En consecuencia, la complejidad que se ha producido en los últimos tiempos es determinar si la normativa referente a la responsabilidad civil extracontractual, el derecho de daños, se debe aplicar a las relaciones y conductas familiares. En este sentido se pronuncia la STS del Pleno de la Sala Primera 13 noviembre 2018[55], por la que se trata de zanjar el tema al excluir cualquier tipo de indemnización: "No se niega que conductas como esta sean susceptibles de causar un daño. Lo que se niega es que este daño sea indemnizable mediante el ejercicio de las acciones

2007 (JUR 323682); SAP Valencia 5 septiembre 2007 (JUR 340366); SAP Cádiz 3 abril 2008 (JUR 234675); SAP Murcia 18 noviembre 2009; SAP Barcelona 27 octubre 2011 (JUR 4436); SAP Valencia 13 noviembre 2014 (AC 2015, 228); SAP Jaén 9 marzo 2015 (JUR 129380); SAP Cantabria 3 marzo 2016 (AC 799); SAP Badajoz 5 septiembre 2017; SAP Girona 19 abril 2018; SAP Ciudad Real 23 abril 2018 (AC 1384); SAP Barcelona 25 julio 2018 (JUR 218657); SAP Madrid 24 mayo 2019 (JUR 2019, 214532); SAP Madrid 29 abril 2021 (JUR 2021, 232726); SAP Las Palmas 25 mayo 2022 (JUR 2023, 2071).

54 SAP Burgos 16 febrero 2007 (JUR 2007, 217448); SAP Barcelona 31 octubre 2008 (AC 2009, 93); SAP Castellón 10 febrero 2009 (AC 2009, 346); SAP La Coruña 8 noviembre 2010 (AC 2010, 2303); SAP León 10 noviembre 2010 (AC 2010, 2120); SAP Alicante 6 noviembre 2017 (JUR 2018, 111191); SAP Las Palmas 22 marzo 2021 (JUR 2021, 361364); SAP Badajoz 19 enero 2023 (JUR 2023, 208607).

55 STS 13 noviembre 2018 (RJA 5158). Comentada, entre otros, por Martín Casals, M. y Ribot Igualada, J.: "Exclusión de responsabilidad civil en la ocultación por la madre de las dudas sobre la paternidad biológica de un hijo", *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil,* núm. 110, 2019, p. 239; Ureña Martínez, M.: "La ocultación de la paternidad matrimonial no genera daño moral ni patrimonial resarcible ex art. 1902 Cc", *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 110, 2019; De Verda y Beamonte, J.R.: "Denegación de la indemnización por daño moral derivado de la ocultación dolosa de la verdadera filiación biológica del hijo matrimonial", *Diario La Ley*, nº 9318, 14 de diciembre de 2018; Monterroso casado, E.: "Responsabilidad civil", cit., p. 1558

propias de la responsabilidad civil, contractual o extracontractual, a partir de un juicio de moralidad indudablemente complejo y de consecuencias indudablemente negativas para el grupo familiar." (Fdo. Jco. Cuarto). Es decir, volvemos al principio de inmunidad para salvar la institución familiar al considerar el Tribunal Supremo que dichas conductas deben quedar en el seno familiar, no siendo indemnizables.

Ahora bien, la SAP Madrid 24 mayo 2019[56] concede la indemnización por daño moral a quién se creyó durante un tiempo que era el padre biológico. La procreación de la niña se produce "supuestamente" en el noviazgo y consecuencia de tal embarazo la relación terminó en boda; si bien, la madre mantenía relaciones con otro hombre. Incluso el presunto padre salió del seminario de León debido a que la demandada le manifestó que no se iba a casar con su novio y que a él le esperaría hasta que saliera del seminario. En este caso la Audiencia Provincial de Madrid considera que se producen los presupuestos del art. 1902 CC, debido a que la demandada es responsable del daño causado "la duda sobre la paternidad era una realidad por ella conocida de forma necesaria, que no comunicó, como exige una actuación leal y de buena fe, al que entonces era su novio, y más al contrario, le manifestó que se había quedado embarazada de él." Es sabido que para aplicar el art. 1902 CC, los requisitos de la responsabilidad civil, es necesario que se produzca una acción u omisión culposa, un daño y una relación de causalidad entre la conducta y el daño, así paladinamente lo expresa dicha sentencia: "concurren los requisitos que el artículo 1902 del Código Civil exige, es decir, un comportamiento o conducta culposa que ha generado causalmente un daño derivado de esa ocultación" (Fund.Jco.Tercero)[57].

V. EL DAÑO CAUSADO.

1. Introducción.

Las sentencias que tratan el tema y llegan a apreciar dolo o culpa grave, indemnizan el daño causado, es decir, el daño derivado del conocimiento de la falta de paternidad biológica de un menor (o ya mayor de edad) con el que ha convivido y tratado como hijo.

Al respecto cabe recordar, como pone de manifiesto la doctrina[58] que el fundamento de la concesión de dicha responsabilidad de daños no es

56 SAP Madrid 24 mayo 2019 (JUR 214532).

57 De la Iglesia Monje, M.I.: "La ocultación de la madre de sus dudas sobre la paternidad y daño moral", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, nº 777, 2020, p. 465, "causa un daño consistente en dejar de ser padre real de la menor, y que se materializa en la frustración y en el dolor por la pérdida de la relación parental considerada existente y del proyecto de vida común con la menor", produciéndose en el novio y posterior marido una frustración de expectativas indemnizables.

58 De la Iglesia Monje, M.I.: "La ocultación", cit., p. 470; Barrio Gallardo, A.: "El precio de ocultar", cit., p. 135.

compensatoria, ni preventiva, ni redistributiva sino "reparadora"; tampoco tiene una finalidad punitiva sino que simplemente tiende a reparar el daño. Rodríguez Guitián[59] manifiesta que "la indemnización concedida a un familiar, a causa del daño procedente de otro familiar, no cumple las funciones propias de la responsabilidad civil (esto es, preventiva y sobre todo reparadora) y, en cambio introduce la función punitiva, función excluida hoy por hoy del sistema de responsabilidad civil español".

El Ordenamiento Jurídico no puede indemnizar actitudes reprochables moralmente pero sin trascendencia jurídica. En cualquier caso, cabe tal indemnización de forma subsidiaria si el hecho dañoso es grave o reiterado. No es factible dar cobertura a determinadas figuras jurídicas que se intentan aplicar de forma distorsionada para justificar soluciones de equidad, no siendo la equidad fuente del derecho (art. 3.2 Cc). Las mismas se deben solucionar en el seno del matrimonio, con los mecanismos oportunos como es la separación o divorcio o, con la extinción de la pareja estable en todo caso, acudir a mediación familiar para solventar dicha problemática extrajudicialmente a través de dicho medio de resolución alternativa de conflictos o medio adecuado de solución de controversias (MASC). Pero no se debe trasladar a un Tribunal mediante un juicio contradictorio determinados sentimientos que van más allá de un proceso judicial y del Derecho de daños. O sea, la decepciones que nos lleva la vida: de amor, amistad y demás relaciones no deben ser indemnizables[60]. Como tampoco son indemnizables los principios que rigen las relaciones interpersonales, como puede ser la lealtad, honradez… que nos pueden llevar a desengaños.

2. Daños patrimoniales *versus* daños extrapatrimoniales.

A la vista de tal configuración se podrían admitir como daños resarcibles los de carácter patrimonial, es decir, fundamentalmente los gastos derivados del derecho de alimentos por la vía de la acción del enriquecimiento injusto derivada del art. 1895 CC al verdadero padre biológico y, los correspondientes intereses, art. 1896.1 CC. Y, en caso de que la pareja estuviese separada y el falso padre biológico hubiese pagado pensiones se acudiría al cobro de lo indebido, ello con la ventaja de que el plazo de prescripción se sitúa en cinco años (art. 1964.2 CC).

59 Rodríguez Guitián, A.M.: "Luces y sombras", cit., p. 5. En igual sentido De Amunategui Rodríguez, C.: "El deber de fidelidad entre los cónyuges: daños por incumplimiento en el tratamiento de los tribunales españoles", *Revista del Instituto de ciencias jurídica de Puebla*, México, julio-diciembre 2020, p. 49.

60 En este sentido encontramos a Martínez Escribano, C.: "Daño moral por ocultación de la paternidad: hacia la puesta en valor de la relación paterno-filial", *Revista Derecho Civil*, enero-marzo, 2021, p. 278: "Hay frustraciones y desengaños que forman parte de la vida, de las relaciones personales, y hay que soportarlas sin que puedan dar derecho a una indemnización."

Tal como se expresa la STS 24 abril 2015[61] constante matrimonio se niega la vía del cobro de lo indebido debido a que los alimentos no tienen carácter retroactivo ("*in praeteritum non vivitur*"), son de presente y derivan del vínculo actual de filiación, se trata de pagos efectuados adecuadamente consecuencia de una obligación legalmente impuesta entre quien pagaba y quien se beneficiaba, es decir, hasta ese momento eran debidos[62]. Aunque, sí podrán reclamarse por la vía del pago de lo indebido los alimentos abonados una vez ha surgido la crisis matrimonial y se ha presentado la correspondiente demanda (art. 148 CC). Dándose los requisitos del cobro de lo indebido como son: el pago efectivo realizado con la intención de extinguir una deuda, inexistencia de obligación entre el *solvens* y *accipiens* y error en el pago efectuado por el *solvens*.

Cabe poner de relieve el Voto Particular de dicha sentencia efectuado por los Magistrados D. Antonio Salas Carceller y D. Fco Orduña Moreno quienes manifiestan "la procedencia en el presente caso de la aplicación técnica del instituto del enriquecimiento injusto" ya que: "No se trata en este caso de una cuestión de devolución de alimentos, que han sido consumidos, sino de la reclamación de lo indebidamente satisfecho por el demandante en tal concepto; que se dirige, no contra la alimentista, sino contra la persona que estaba obligada a prestar los alimentos y no lo hizo…beneficiándose económicamente por ello." Esto nos conduce a una responsabilidad familiar asumida individualmente por cada cónyuge.

Como otros gastos patrimoniales podríamos concretar todos los derivados de la prueba de paternidad, de tratamientos psicológicos o psiquiátricos para superar la situación de desasosiego o frustración causada, las costas derivadas de la impugnación de la paternidad…

En cambio, los daños de carácter extrapatrimonial deben ser probados o acreditados por la persona que padece el sufrimiento mediante los consiguientes informes psicológicos o médicos. Todo ello, nos llevaría a indemnizar el daño moral por atentar contra el honor[63], reputación, intimidad del padre no biológico…lo cual es cuestionable. Siendo quizá más factible la indemnización derivada de la pérdida del vínculo legal de filiación, de la relación paterno-filial generada, por ocultar la paternidad, si bien, siempre nos quedará la subsistencia de este vínculo *de facto* en tanto las partes sean proclives a su mantenimiento, pudiéndose acordar un derecho de visitas o incluso la guarda y custodia a favor del padre no biológico de acuerdo con los lazos existentes que nos sitúan a partir de dicho momento en

61 STS 24 abril 2015 (RJA 1915).

62 En este sentido encontramos las primeras sentencias de 30 de junio de 1885, 26 octubre 1897 y 18 abril 1913.

63 Se debe soslayar tal intromisión ilegítima en el Derecho al honor en tanto no se produzca la divulgación al ser un requisito exigible tal como recogen, entre otras, las STS 13 octubre 2010 (RJ 2010, 7455); 27 marzo 2012 (RJ 2012, 4062); 18 octubre 2021 (RJ 2021, 4889) y 19 enero 2022 (RJ 2022, 1694).

una paternidad social. Debiéndose ponderar *in concreto* todas las circunstancias concurrentes como es, por ejemplo, si la pérdida de vínculo a partir de dicho momento es imputable al padre no biológico, es decir, al ahora padre social. Todo ello ha conllevado que se ha planteado la equiparación de dicha situación a la pérdida física de un hijo y con ello, se ha pretendido aplicar los baremos existentes al respecto.

En tal sentido, por ejemplo encontramos la SAP Madrid 24 mayo 2019[64] se concede una indemnización de 50.000 € si bien, la pretensión de la parte era que se aplicase el baremo consistente en la indemnización por muerte a lo que el Tribunal manifiesta: "Este Tribunal, sin desconocer la dificultad de cuantificar el daño en supuestos como el presente y la objetividad del baremo, considera que la equiparación de la realidad biológica que consideraba existía con la indemnización por muerte, no es posible, puesto que la relación entre ambos…puede existe e incluso el art. 160 CC posibilitaría el establecimiento de un régimen de visitas, sin embargo no puede desconocerse que se impide el derecho-deber de estar en su compañía y los de crianza (cuidado, educación y formación integral) ni el profundo dolor y vació emocional que provocan los hechos han dado lugar al procedimiento, acompañado de la frustración del proyecto de vida familiar existente."[65]

Es decir, nos volvemos a situar ante cuestiones ajenas al Derecho de familia y al Derecho de daños, como son los valores, sentimientos y relaciones personales. Y, en consecuencia, ante principios morales o éticos.

64 SAP de Madrid 24 de mayo 2019 (RJA 214532).

65 Con igual pronunciamiento encontramos el Auto del TS de 9 septiembre 2014 (JUR 2014, 245986).

BIBLIOGRAFÍA

BARRIO GALLARDO, A.: "El precio de ocultar la paternidad y la falta de sensibilidad hacia lo femenino", en AA.VV.: *Mujer, maternidad y derecho* (dir. MP. GARCÍA RUBIO), V Congreso sobre la feminización del Derecho. Carmona V, Tirant lo Blanch, Valencia, p. 125.

BERROCAL LANZAROT, A.I.: "Daños en el derecho de familia: la ocultación de la paternidad no biológica del hijo", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, nº 778, p. 1154.

DE AMUNATEGUI RODRÍGUEZ, C.: "El valor de los deberes personales entre los cónyuges: incumplimiento del deber de fidelidad", en AA.VV.: *La responsabilidad civil por daños en las relaciones familiares* (dir. J.A. GARCÍA AMADO), Bosch, Barcelona, 2017, p. 25.

- "El deber de fidelidad entre los cónyuges: daños por incumplimiento en el tratamiento de los tribunales españoles", *Revista del Instituto de ciencias jurídica de Puebla*, México, julio-diciembre 2020, p. 49.

DE LA IGLESIA MONJE, M.I.: "La ocultación de la madre de sus dudas sobre la paternidad y daño moral", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, nº 777, 2020, p. 465.

- "El daño moral derivado de la ocultación por la esposa de la paternidad del hijo matrimonial", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, nº 760, 2017, p. 921.

DELGADO DEL RÍO, G.: *Otro matrimonio es posible*, Palma, 2005.

DE VERDA Y BEAMONTE, J.R.: "Responsabilidad civil por incumplimiento de los deberes conyugales", en AA.VV.: *Responsabilidad civil en el ámbito de las relaciones familiares* (coord. JR. DE VERDA Y BEAMONTE), Thomson Reuters, Aranzadi, 2012, p. 108.

- "Denegación de la indemnización por daño moral derivado de la ocultación dolosa de la verdadera filiación biológica del hijo matrimonial", *Diario La Ley*, nº 9318, 14 de diciembre de 2018.

- "La indemnización derivada de la ocultación de la paternidad", en AA.VV.: *Compensaciones e indemnizaciones en las relaciones familiares* (dir. C. SANCIÑENA ASURMENDI), Thomson Reuters, Aranzadi, Navarra, 2021, p. 665.

Farnós Amorós, E.: "Daño moral en las relaciones familiares", en *El daño moral y su cuantificación*, dir. F. Gómez Pomar, y I. Marín García, Bosch, Barcelona, 2017, 2 ed., p. 476.

- "Remedios jurídicos ante la falsa atribución de la paternidad", *Revista Derecho Privado y Constitución*, nº 25, 2011, p. 17.

- "El precio de ocultar la paternidad". Comentario a la SAP de Valencia de 2.11.2004", *InDret*, mayo 2005.

- "Indemnización del daño moral derivado de ocultar la paternidad. Comentario a la SAP de 16.1.2007", *InDret,* octubre 2007.

Ferrer Riba, J.: "Relaciones familiares y límites del derecho de daños", *InDret*, 4/2001, octubre, p. 14; y en AA.VV.: *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Luis Díez-Picazo*, Tomo II, (dir. A. Cabanillas Sánchez), Thomson Civitas, 2003, p. 1838 ss.

Gete-Alonso y Calera, M.C.: "Artículo 68", *Comentarios del Código Civil*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, p. 321.

- "Panorámica del Derecho de familia después de la Constitución de 1978. El Derecho de familia de la postmodernidad", *Revista Jurídica de les Illes Balears*, número 22, 2022.

Lasarte Álvarez, C.: *Principios de Derecho Civil, II, Derecho de obligaciones*, Marcial Pons, Madrid, 2021.

- *Principios de Derecho Civil, I, Parte General y Derecho de la Persona*, Marcial Pons, Madrid, 2022.

López de la Cruz, L.: "El resarcimiento del daño moral ocasionado por el incumplimiento de los deberes conyugales", *InDret,* octubre 2010, p. 33.

Martín-Casals, M. y Ribot Igualada, J.: "Daños en Derecho de familia: un paso adelante, dos atrás", *ADC*, T. LXIV, 2011, p. 503 ss.

- "Exclusión de responsabilidad civil en la ocultación por la madre de las dudas sobre la paternidad biológica de un hijo", *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil,* núm. 110, 2019, p. 239.

Martínez Escribano, C.: "Daño moral por ocultación de la paternidad: hacia la puesta en valor de la relación paterno-filial", *Revista Derecho Civil*, enero-marzo, 2021, p. 278.

MONTERROSO CASADO, E.: "Responsabilidad civil y consecuencias derivadas del incumplimiento del deber de fidelidad: una cuestión de género", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, nº 773, 2019, p. 1558.

NOVALES ALQUÉZAR, M.A.: "Hacia una teoría general de la responsabilidad civil en el Derecho de Familia. El ámbito de las relaciones personales entre cónyuges", *RJN*, 60, 2006, p. 206.

PÉREZ GALLEGO, C.: "Nuevos daños en el ámbito del derecho de familia: los daños morales y patrimoniales por ocultación de la paternidad biológica", *Revista de Derecho Civil*, julio-septiembre 2015, p. 144.

RAGEL SÁNCHEZ, L.F.: "Comentario a la STS de 30 de julio de 1999 (RJA 5726) *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, nº52, 2000, p. 153.

ROCA TRÍAS, E.: "La responsabilidad civil en el Derecho de familia. Venturas y desventuras de cónyuges, padres e hijos en el mundo de la responsabilidad civil" en AA.VV.: *Perfiles de la responsabilidad civil en el nuevo milenio* (coord. J.A. MORENO MARTÍNEZ), Dykinson, Madrid, 2000, p. 540.

RODRÍGUEZ GUITIÁN, A.M.: "Daños causados a los hijos por el incumplimiento del deber de educar", en AA.VV.: *Responsabilidad civil en el ámbito de las relaciones familiares* (coord. JR DE VERDA Y BEAMONTE), Thomson Reuters, Aranzadi, Navarra, 2012, p. 363 ss.

- "Luces y sombras de la aplicación del derecho de daños al ámbito de la familia", *La Ley Derecho de Familia*, nº8, octubre-diciembre 2015, p. 3.

- *Responsabilidad civil en el Derecho de familia: especial referencia al ámbito de las relaciones paterno-filiales*, Civitas-Thomson, Madrid, 2009.

ROMERO COLOMA, A.M.: "La transgresión del deber de fidelidad conyugal" en AA.VV.: *Compensaciones e indemnizaciones en las relaciones familiares* (dir. C. SANCIÑENA ASURMENDI), Thomson Reuters, Aranzadi, Navarra, 2021, p. 593.

- "Problemática jurídica de las indemnizaciones entre cónyuges (y ex cónyuges)", *Diario La Ley*, XXIX, nº 7008, p. 8.

SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS, M.B.: "La negativa jurisprudencial a la resarcibilidad del daño por incumplimiento de deberes conyugales desde la perspectiva de género", *Construyendo la igualdad. La feminización del derecho privado*, dir. T. TORRES GARCÍA, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, p. 529.

Sanciñena Asurmendi, C.: *Compensaciones e indemnizaciones en las relaciones familiares*, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2021.

Solé Resina, J.: "Panorámica del Derecho de familia después de la Constitución de 1978. El Derecho de familia de la postmodernidad", *Revista Jurídica de les Illes Balears*, núm. 22.

Ureña Martínez, M.: "La ocultación de la paternidad matrimonial no genera daño moral ni patrimonial resarcible ex art. 1902 Cc", *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 110, 2019, p. 223.

Vargas Aravena, D.: *Daños civiles en el matrimonio*, Madrid, La Ley, 2009.

Verdera Izquierdo, B.: "El interés del menor *versus* interés familiar e interés particular de los progenitores", en AA.VV.: *El nuevo régimen jurídico del menor. La reforma legislativa de 2015*, (dir. MV. Mayor del Hoyo), Aranzadi, Thomson Reuters, 2017, p. 519.

Vivas Tesón, I.: "Daños en las relaciones familiares", en AA.VV.: *Cuestiones actuales en materia de responsabilidad civil, XV Jornadas de la asociación de profesores de Derecho Civil*, Editum, 2011, p. 333.

LOS DERECHOS DE REINTEGRO O REEMBOLSO EN LA LIQUIDACIÓN DEL RÉGIMEN DE SEPARACIÓN DE BIENES: ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL

THE RIGHTS OF REFUND IN THE SETTLEMENT OF THE SEPARATION OF ASSETS REGIME: JURISPRUDENTIAL DOCTRINE ANALYSIS

Rev. Boliv. de Derecho Nº 37, enero 2024, ISSN: 2070-8157, pp. 44-87

Pilar María
ESTELLÉS
PERALTA

ARTÍCULO RECIBIDO: 22 de octubre de 2023
ARTÍCULO APROBADO: 4 de diciembre de 2023

RESUMEN: El legislador español ha considerado que el régimen económico matrimonial de separación de bienes no requiere de normas que regulen su liquidación por entender que en este régimen no hay propiamente bienes comunes sino en copropiedad ni un pasivo común sino una variedad de deudas que son de cada uno de los cónyuges. Sin embargo, la realidad es bien distinta y tras la extinción, la liquidación del régimen de separación de bienes puede ser muy compleja. Fundamentalmente, se produce en relación con los derechos de reintegro y reembolso, tanto los derivados de la contribución al sostenimiento a las cargas del matrimonio, de las deudas privativas, de las cantidades abonadas con dinero privativo para la adquisición de la vivienda familiar o toda la problemática relacionada con la propiedad y reintegro de los fondos de las cuentas bancarias de los cónyuges; de los reintegros derivados del pago de préstamos o por enajenación de bienes comunes. Toda la casuística que generan estas problemáticas en la liquidación del régimen de separación de bienes la analizamos a la luz de la doctrina jurisprudencial.

PALABRAS CLAVE: Régimen de separación de bienes; extinción; liquidación; reintegros; reembolsos; bienes privativos; copropiedad.

ABSTRACT: *The Spanish legislator has considered that the marital economic regime of separation of assets does not require rules that regulate its liquidation because it is understood that in this regime there are no common assets but co-ownership, nor a common liability but rather a variety of debts that belong to each of the spouses. However, the reality is very different and after the termination, the liquidation of the property separation regime can be very complex. This mainly happens in relation to the rights of reinstatement and reimbursement, both those derived from the contribution to support the expenses of the marriage, private debts, the amounts paid with private money for the acquisition of the family home or all the problems in relation with the property and reimbursement of funds from the bank accounts of the spouses; of refunds derived from the payment of loans or from the sale of common assets. We analyze all the various cases that the problems in the liquidation of the property separation regime generate from the perspective of the jurisprudential doctrine.*

KEY WORDS: Separation of property regime; extinction; settlement; refunds; private property; co-ownership.

SUMARIO.- I. VALORACIÓN PRELIMINAR SOBRE LA NECESARIA LIQUIDACIÓN DEL RÉGIMEN DE SEPARACIÓN DE BIENES.- II. DERECHOS DE REINTEGRO O REEMBOLSO DERIVADOS DE LAS CARGAS DEL MATRIMONIO.- 1. Los derechos de reintegro derivados de la contribución al sostenimiento a las cargas del matrimonio.- 2. El caso de la responsabilidad subsidiaria y los derechos de reintegro surgidos del ejercicio de la potestad doméstica.- III. DERECHOS DE REINTEGRO DERIVADOS DE LAS DEUDAS PRIVATIVAS.- 1. Reintegro de cantidades "comunes" aplicadas a fines privativos.- A) Reintegro de las aportaciones al plan de pensiones.- B) Exclusión del reintegro.- IV. REINTEGRO DE CANTIDADES ABONADAS CON DINERO PRIVATIVO PARA LA ADQUISICIÓN DE LA VIVIENDA FAMILIAR.- 1. La exclusión de la hipoteca de la vivienda familiar en el concepto de cargas del matrimonio.- A) La vivienda familiar en proindiviso.- B) La vivienda familiar privativa.- V. EL REINTEGRO DERIVADO DE LAS DEUDAS PRIVATIVAS CONTRAÍDAS EN EL EJERCICIO DEL COMERCIO.- VI. REINTEGROS EN RELACIÓN CON LAS CUENTAS BANCARIAS.- 1. Cuentas bancarias de titularidad individual.- A) Cuentas bancarias de titularidad individual con autorización al otro cónyuge.- 2. Cuentas bancarias de titularidad conjunta.- A) Reintegro por aportaciones de dinero privativo a las cuentas conjuntas.- B) Problemáticas en torno a la liquidación del saldo existente.- C) Reclamaciones por apropiación del saldo.- D) Derechos de reintegro por diferencias en la aportación del saldo.- E) Reembolso de pagos realizados desde la cuenta conjunta en concepto de gastos imputables a propiedades privativas.- VII. REINTEGROS DERIVADOS DEL PAGO DE PRÉSTAMOS.- 1. Reintegros en caso de préstamos entre cónyuges.- 2. Reintegros en relación con los préstamos concedidos a ambos cónyuges.- A) Los impagos del préstamo.- B) Prestamos conjuntos para refinanciar deudas privativas.- a) Préstamo devuelto por el cónyuge que dispuso del dinero prestado.- b) Préstamo devuelto por el cónyuge que no dispuso del dinero prestado.- c) Préstamo en interés de uno de los cónyuges con fianza del consorte.- d) Cuotas del préstamo por adquisición de bienes en proindiviso atendidas por uno de los cónyuges.- e) Controversia sobre préstamos devueltos por ambos cónyuges.- VIII. REINTEGRO DE CANTIDADES POR ENAJENACIÓN DE BIENES COMUNES.- IX. CONCLUSIONES.

I. VALORACIÓN PRELIMINAR SOBRE LA NECESARIA LIQUIDACIÓN DEL RÉGIMEN DE SEPARACIÓN DE BIENES.

Es lugar común que el régimen de separación de bienes -debido a su naturaleza y teniendo en cuenta que teóricamente, los patrimonios de los cónyuges han permanecido separados- no requiere de la liquidación del mismo. Sin embargo, ello condujo durante mucho tiempo a considerar a la doctrina mayoritaria que tal régimen estaba exento de cualquier procedimiento liquidatorio porque nada se halla en común entre los esposos -ni bienes ni deudas-[1] e incluso, que no representaba siquiera un verdadero régimen económico sino más bien la ausencia del mismo, al tenerse por cierto que trataba a los cónyuges como a dos extraños[2].

1 En este sentido, Montero Aroca, J.: *Disolución y liquidación de la sociedad de gananciales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, p. 14, para quien, en el régimen de separación de bienes, no hay nada común que "disolver".

2 *Vid.* Arrébola Blanco, A.: "La liquidación del régimen de separación de bienes", en AA.VV.: *Las crisis familiares, Tratado práctico interdisciplinar*, (coord. por P. Chaparro y A. Bueno), Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, pp. 463 a 484, p. 463 y ss.

• Pilar María Estellés Peralta
Directora del Departamento de Derecho Privado, Universidad Católica de Valencia "San Vicente Mártir". Correo electrónico: pm.estelles@ucv.es

Nada más alejado de la realidad pese a que la regulación del régimen de separación de bienes no contiene ninguna norma específica -ya sea sustantiva o procesal- en relación con la liquidación de este régimen tras su extinción. Así pues, una parte de la doctrina señala que no existe propiamente una liquidación del régimen de separación de bienes porque la liquidación es propiamente un procedimiento complejo que excede "el hacer las cuentas" de toda una vida matrimonial[3]. En realidad, puede llegar a parecer incluso una contradicción considerar la liquidación de un régimen económico matrimonial cuya regulación establece que los bienes pertenecen privativamente a cada uno de los cónyuges sin que, a priori, aparezca una comunidad de bienes a liquidar, sobre todo si se parte de la regulación del art. 1437 CC que señala que como bienes propios de cada cónyuge los que le pertenezcan en el momento inicial del régimen de separación y los que adquiera por cualquier título mientras el régimen esté vigente, lo que asimismo, confiere la plenitud de facultades de administración, goce y, sobre todo, libre disposición de cada uno de los cónyuges (art. 1437.2 CC). Empero, a poco que se indague en la realidad práctica en que se desenvuelven los casados en este régimen económico matrimonial se aprecian algunas sorpresas y problemáticas de no tan simple solución que acaecen en el día a día de la vida conyugal, pues los fines e intereses del matrimonio y la familia impiden la realización práctica de una auténtica y absoluta separación de bienes[4]. Por consiguiente, en el régimen de separación de bienes pueden surgir a su disolución una serie de situaciones que requieren la liquidación del régimen con la finalidad de distribuir convenientemente los bienes y las obligaciones derivadas de la convivencia conyugal. Así pues, encontramos en el régimen de separación de bienes que las adquisiciones por ambos cónyuges de una serie de bienes que frecuentemente lo son en cotitularidad, crean una suerte de cuñas comunitarias[5] en este régimen de separación que lo desvirtúan completamente pero que también pueden constituir supuestos dudosos para la correcta delimitación del patrimonio de cada cónyuge. Por lo tanto, algunas problemáticas se generan en torno a la propiedad, privativa o pro indiviso de la vivienda familiar incluso, en relación con la vivienda vacacional, o los saldos de las cuentas bancarias, etc., generando una importante controversia los supuestos dudosos de delimitación de la titularidad del patrimonio de los cónyuges, por encontrarse los bienes titulados a nombre de un cónyuge y adquiridos con el dinero del otro o de los dos, etc. A su vez, la manera en cómo han realizado los cónyuges la contribución a las cargas del matrimonio va a generar otras problemáticas que

3 Salles Costa, M. R. y Vega Sala, F.: *Algunas cuestiones prácticas sobre el régimen económico matrimonial de separación de bienes. Actuación del abogado de familia en temas patrimoniales de actualidad*, Dykinson, Madrid, 1998.

4 Para Rebolledo Varela, A. L.: *Separación de bienes en el matrimonio (Régimen de Separación de Bienes en el Código civil*), Montecorvo, Madrid, 1983, "de la esencia de la separación de bienes forman parte ciertos principios comunitarios pero no como una imposición de los regímenes de comunidad, sino como consecuencia de su carácter: por ser un régimen económico basado en el matrimonio".

5 Clar Garau, R.: "De nuevo sobre el régimen de separación de bienes", separata del *Boletín Informativo del Ilustre Colegio de Abogados de Baleares*, Palma, 1974.

se trataban de evitar al elegir este régimen económico matrimonial y que van a constituir nuevas sorpresas en su liquidación, como los derechos de reintegro y las compensaciones al amparo de los arts. 97, 1319 y 1438 CC, entre otros.

Por ello, en situaciones de indivisión -más comunes de lo deseable en un régimen de separación de patrimonios-, en el cálculo de lo gastado en interés del matrimonio o la familia, en el trabajo doméstico desempeñado por uno de ellos, o en relación con los derechos de reintegro reembolso, etc., va a ser necesario proceder a la liquidación de todas estas situaciones[6] una vez se instaura la crisis conyugal. Situaciones en algunos casos, muy complejas de resolver que requieren la aportación de pruebas fehacientes, a menudo diabólicas, si la convivencia conyugal se ha prolongado en el tiempo ¿o acaso piensa seriamente alguien que los cónyuges van a llevar el conveniente inventario de todas sus aportaciones dinerarias, reintegros y contribuciones en especie a la economía conyugal y familiar?

II. DERECHOS DE REINTEGRO O REEMBOLSO DERIVADOS DE LAS CARGAS DEL MATRIMONIO.

El régimen de separación de bienes se define por la titularidad (individual) de los bienes adquiridos antes y después de la celebración del matrimonio así como por la preeminencia de la titularidad formal del bien en conflicto con independencia de la procedencia de la contraprestación empleada para su adquisición. En consecuencia, ello conduce a suponer que en el régimen de separación de bienes no se van a producir reintegros por esta característica mencionada, o de darse, en raras ocasiones (a diferencia de lo que sucede en la sociedad de gananciales en que los reembolsos son frecuentes entre cónyuges y entre éstos y la sociedad de gananciales pues se prioriza la procedencia del caudal con el que se realiza la adquisición del bien o derecho sobre la titularidad formal del mismo). Nada más lejos de la realidad[7]. La casuística de nuestros tribunales evidencia un abanico de reintegros o reembolsos muy numeroso y alejado de los planteamientos simplistas en relación con este régimen matrimonial. Téngase en cuenta que el reintegro o reembolso se arbitra con el fin de equilibrar los desplazamientos entre las masas patrimoniales[8].

6 *Vid*. Reyes López, Mª. J.: "El régimen de separación de bienes", en AA.VV.: *Derecho Civil IV (Derecho de Familia)*, (coord. por J. De Verda), 4ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, pp. 236 y ss. Asimismo, Estellés Peralta, P. Mª.: *El régimen de separación de bienes y su liquidación. Problemáticas y soluciones en la paxis de los tribunales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2023; Pérez Martín, A. J.: *La liquidación del régimen de separación de bienes*, Lexfamily, Córdoba, 2020.

7 *Vid*., al respecto, Estellés Peralta, P. Mª.: *El régimen*, cit., pp. 103 y ss.

8 Así la STS 5 noviembre 2019 (*Tol 7580282*) señaló que "dicho régimen de separación de bienes, si bien se fundamenta en la autonomía patrimonial de ambos cónyuges, la misma no puede ser absoluta, dado que la convivencia marital, la comunidad de vida que implica el matrimonio, requiere la necesidad de atender a determinadas cargas de contenido económico que deben ser sufragadas por ambos consortes proporcionalmente a sus ingresos [...] En cualquier caso, dicha obligación se impone, únicamente, en relación a los concretos gastos incardinables en el concepto de cargas del matrimonio, por lo que en el supuesto específico que uno de los cónyuges hubiera contribuido, en mayor cantidad que le corresponde

En relación con ello, nuestro Tribunal Supremo en STS 10 enero 2022[9] señaló que si no se ha dispuesto a título gratuito ni se ha excluido el reintegro, la regla es que toda atribución real tiene su contrapartida obligacional y genera a favor del aportante un reintegro por el valor de lo aportado en el momento de la aportación, valor que deberá actualizarse monetariamente al tiempo de la liquidación[10].

En este análisis nos vamos a ceñir básicamente al análisis jurisprudencial pues existe una escasa doctrina especializada en la materia.

1. Los derechos de reintegro derivados de la contribución al sostenimiento a las cargas del matrimonio.

La contribución a las cargas del matrimonio y la manera en cómo han realizado ésta los cónyuges, va a generar otras problemáticas que aquéllos trataban de evitar al elegir este régimen económico matrimonial y que van a suponer una sorpresa en su liquidación, como son los derechos de reintegro derivados de la justa reclamación del cónyuge que ha contribuido a las cargas familiares por encima de sus recursos económicos, al menos del exceso de lo que aportó; e igualmente, por la reclamación del cónyuge que ha satisfecho las deudas familiares en base al art. 1319 CC. (tanto si las ha contraído él como su consorte).

Así pues, derivada de la liquidación del régimen de separación de bienes surge la necesidad al régimen primario, en relación con la obligación de los cónyuges de contribuir a las cargas del matrimonio que regula específicamente el art. 1318 CC, cargas derivadas de la vida en común del matrimonio y que se manifiesta en la sujeción de sus respectivos patrimonios al levantamiento de estas cargas, en base a los arts. 68, 1318. I, 1319 y 1438 CC. Como quiera que este deber de contribuir se puede cumplir aportando tanto efectivo como bienes propios para uso de la familia o mediante la realización del trabajo doméstico en proporción a los recursos económicos de cada cónyuge de acuerdo con el art. 1438 CC[11], la extensión y posibles formas de cumplimiento de esta obligación de contribuir a las cargas del matrimonio que regula el mencionado precepto, podrán ser objeto de pacto entre los esposos quienes podrán decidir libremente el reparto de dichas cargas entre sí, incluso liberando a uno de ellos[12]. En todo caso, y a falta

a la satisfacción de los precitados gastos, surgirá un indiscutible derecho de reembolso, como resulta, en esta ocasión, del juego normativo de los arts. 1319 y 1440 del CC".

9 STS 10 enero 2022 (*Tol 8762472*).

10 Aunque referida a un caso relativo a la sociedad gananciales, señaló que no hay razón para presumir una donación, salvo si se dispone que así sea.

11 *Vid*. por todas la STS 17 octubre 2023 (*Tol 9750976*).

12 Este convenio entre los cónyuges (previo o posterior al matrimonio) será el mecanismo preferente de determinación de tales reglas. El pacto puede darse en capitulaciones o fuera de ellas, lo cual resulta curioso teniendo en cuenta que -salvo en territorios forales donde el régimen de separación de bienes sea de aplicación preferente- los contrayentes sometidos al derecho común deberán pactar este régimen en capitulaciones matrimoniales, incluso en los supuestos del art. 1435-2° CC.

de pacto -más frecuente de lo deseable-[13], el Código Civil regula la contribución de ambos cónyuges. El reparto de las cargas no se realizará, sin embargo, por partes iguales sino, a tenor del precepto, proporcionalmente a sus respectivos recursos económicos, expresión que comprende tanto capitales como rentas (del trabajo y capital), esto es, la contribución estrictamente económica como también la aportación en especie mediante el trabajo para la casa. Ello significa, que pese a que la forma habitual y lógica de contribuir a las cargas es conveniente que sea mayoritariamente en metálico mediante la aportación de los fondos necesarios para el sostenimiento de la familia y los pagos de las facturas y gastos que ello origina, pues el coste de la alimentación, vestido, asistencia médica, etc. no puede sufragarse si no es con aportaciones dinerarias de uno o ambos cónyuges no es menos necesaria la contribución a las cargas en especie, ya sea mediante el uso de bienes propios de uno de los cónyuges para satisfacer necesidades familiares tales como la necesidad de vivienda, transporte, etc.[14], como realizando el indispensable trabajo para el hogar contemplado en el art. 1438[15].

Para determinar el concepto y alcance de estas tareas domésticas que recaerán en la mayoría de los casos sobre uno de los cónyuges realice o no otra actividad profesional remunerada, interesa traer a colación lo dispuesto en el art. 68 CC en relación a los derechos y obligaciones de los cónyuges, cuyo texto señala que los cónyuges "deberán compartir, además, las tareas domésticas y el cuidado y atención de ascendientes y descendientes y otras personas dependientes a su cargo". Ello supone que ambos esposos en plano de igualdad, tienen el derecho y el deber de atender a las tareas domésticas y al cuidado de los hijos y mayores dependientes a su cargo[16]. Así, el análisis del art. 68 permite distinguir dos tipos de tareas, las propiamente domésticas y las que conllevan el cuidado a ascendientes, descendientes y otras personas dependientes a cargo de los cónyuges.

13 Montés Penadés, V. L.: "Comentario al art. 1438 CC", en AA.VV.: *Comentarios del Código Civil* (dir. por C. Paz Ares, L. Diez Picazo *et al.*). Ministerio de Justicia. Secretaría General Técnica, Madrid, 2011, t. II, pp. 865 y 866. Téngase en cuenta que el pacto sobre el reparto de las cargas matrimoniales no ha de ser necesariamente capitular y puede establecerse, incluso tácitamente, a través del comportamiento cotidiano.

14 Moreno Velasco, V.: "Aspectos prácticos de la contribución a las cargas del matrimonio en el régimen de separación de bienes en el Código Civil", *Diario La Ley*, núm. 7425, Sección Tribuna, 16 junio 2016, *La Ley* 3441/2010, para quien se podrá calcular esta aportación en función del precio de mercado de dicho uso, por ejemplo, el alquiler medio en la zona, o el porcentaje de amortización fiscal en el caso de un vehículo, etc.

15 En este sentido, el art. 66 CC proclama que los cónyuges son iguales en derechos y en deberes debiendo compartir las responsabilidades domésticas y el cuidado y atención de descendientes, ascendientes y otras personas dependientes a su cargo (art. 68 CC). Así lo señala la STS 11 diciembre 2019 (*Tol 7653638*), en su FJ 3 cuando afirma que: "es habitual que la obligación de participar en la satisfacción de las precitadas cargas se lleve a efecto por ambos cónyuges con los ingresos procedentes de sus respectivos trabajos, pero ello no cercena la posibilidad de la prestación exclusiva en especie por parte de uno de ellos, mediante la realización de las tareas domésticas y de cuidado de los hijos comunes".

16 Estellés Peralta, P. Mª.: "La compensación del art. 1438 CC", en AA.VV.: *Compensación por desequilibrio en la separación y divorcio. Tratado práctico interdisciplinar*, (dir. por J. R. De Verda), Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, pp. 249-282, concretamente, p.255.

Dicho lo que antecede, una de las problemáticas iniciales en relación con esta materia de las cargas del matrimonio sigue siendo que el legislador no precisa claramente qué debe entenderse por cargas del matrimonio por lo que la jurisprudencia ha debido perfilar este concepto. Por ello, la STS 31 mayo 2006[17] nos acerca al mismo cuando señala que "la noción de cargas del matrimonio debe identificarse con la de sostenimiento de la familia, debiendo ser atendidas tales cargas por ambos cónyuges en cuanto abarcan todas las obligaciones y gastos que exija la conservación y adecuado sostenimiento de los bienes del matrimonio y los contraídos en beneficio de la unidad familiar, considerándose también como contribución el trabajo dedicado por uno de los cónyuges para la atención de los hijos comunes (art. 103.3 CC). Pero no cabe considerar como cargas del matrimonio los gastos generados por ciertos bienes que, aun siendo de carácter común, no son bienes del matrimonio, pues precisamente el régimen económico vigente durante la convivencia matrimonial ha sido el de separación de bienes que excluye cualquier idea de patrimonio común familiar". A su vez, la STS 20 marzo 2013[18] matiza que cargas del matrimonio "solo puede hacer referencia a las obligaciones contraídas durante el matrimonio, es decir, mientras subsista la convivencia y al finalizar la convivencia se sustituye por alimentos para los hijos y pensión compensatoria para el cónyuge que padezca desequilibrio económico".

Una vez más se reitera el concepto jurisprudencial de cargas de matrimonio en la STS 21 julio 2016[19] cuando señala que "debe identificarse con la de sostenimiento de la familia, debiendo ser atendidas tales cargas por ambos cónyuges en cuanto abarcan todas las obligaciones y gastos que exija la conservación y adecuado sostenimiento de los bienes del matrimonio y los contraídos en beneficio de la unidad familiar, considerándose también como contribución el trabajo dedicado por uno de los cónyuges para la atención de los hijos comunes (art. 103.3 CC)". Asimismo, la SAP Salamanca 4 febrero 2022[20] es más precisa al señalar que "por cargas familiares se entiende el conjunto de necesidades de la familia, que incluyen desde la alimentación, vestido y educación de hijos y cónyuges, hasta los gastos ordinarios del hogar, salud (médicos, farmacéuticos), laborales o humanos que permitan unas condiciones de vida dignas a la familia. Por lo tanto, serán todos aquellos destinados a soportar la carga vital de la familia, de conformidad al régimen matrimonial que rija entre los cónyuges, siendo sus elementos básicos, la atención de la vivienda familiar y la educación e instrucción de los hijos". Por el contrario, la SAP Castellón 30 enero 2017[21] señala que se excluye "considerar como cargas del matrimonio los gastos generados por ciertos bienes que, aun

17 STS 31 mayo 2006 (*Tol 952779*).

18 STS 20 marzo 2013 (*Tol 3783030*).

19 STS 21 julio 2016 (*Tol 5784634*).

20 SAP Salamanca 4 febrero 2022 (*Tol 8950670*).

21 SAP Castellón 30 enero 2017 (*Tol 6098436*).

siendo de carácter común, no son bienes del matrimonio, pues precisamente el régimen económico vigente durante la convivencia matrimonial ha sido el de separación de bienes que excluye cualquier idea de patrimonio común familiar. En consecuencia, la normativa aplicable a tales bienes era la propia del régimen general de la copropiedad, y en concreto el artículo 393 del Código Civil, que establece que el concurso de los partícipes en las cargas será proporcional a sus respectivas cuotas, que se presumen iguales".

En conclusión, la noción jurisprudencial de cargas del matrimonio debe identificarse con la de sostenimiento de la familia y abarca todas y cada una de las obligaciones y gastos que exija la conservación y adecuado sostenimiento de los bienes del matrimonio y los gastos contraídos en beneficio de la unidad familiar desde la alimentación, vestido y educación de hijos y cónyuges, hasta los gastos ordinarios del hogar, salud (médicos, farmacéuticos), laborales o humanos que permitan unas condiciones de vida dignas a la familia y, asimismo, el trabajo doméstico desempeñado por los cónyuges. Estas obligaciones y gastos se valoran si han sido contraídos durante el matrimonio, es decir, mientras subsista la convivencia, porque rota la convivencia, estos "gastos" se sustituyen por los alimentos en favor de los hijos y la pensión compensatoria en favor del cónyuge que padezca desequilibrio económico, pensiones, ambas, que sólo surgen con la crisis conyugal. En todo caso, la jurisprudencia excluye del concepto de cargas, los gastos de bienes que no sean bienes del matrimonio, y como quiera que en separación de bienes se excluye cualquier idea de patrimonio común familiar, no cabe entenderlo en este régimen según reiterada interpretación jurisprudencial, ni siquiera tratándose de la vivienda familiar adquirida en proindiviso por ambos cónyuges.

Por tanto, quedarán fuera del concepto de cargas del matrimonio los gastos generados por ciertos bienes que, aun siendo de carácter común, no son bienes del matrimonio; e igualmente si siendo privativos de un cónyuge su destino fue el uso en beneficio de la familia a tenor de la doctrina jurisprudencial sobre esta cuestión tratándose de un matrimonio sometido al régimen de separación de bienes.

2. El caso de la responsabilidad subsidiaria y los derechos de reintegro surgidos del ejercicio de la potestad doméstica.

El supuesto más claro de gestión concurrente, solidaria o indistinta, como también se le ha denominado, es el de la potestad doméstica regulado en el artículo 1319 CC. Como quiera que esta norma se encuentra colocada sistemáticamente entre las normas del llamado régimen primario, es indudable que se trata de un precepto de carácter general y, en consecuencia, de aplicación a cualquier régimen económico elegido por los esposos, incluso si se trata del régimen de

separación de bienes[22]. La regulación del art. 1319. I CC establece que "cualquiera de los cónyuges podrá realizar los actos encaminados a atender las necesidades ordinarias de la familia" sin que sea necesario el consentimiento del consorte, por lo que el deber de contribuir al sostenimiento de las cargas matrimoniales suele traducirse en constantes desajustes entre lo aportado por uno y por otro que habrán de ser debidamente corregidos mediante el reintegro o reembolso del exceso de aportación de uno de los cónyuges, al liquidar el régimen de separación de bienes.

El sostenimiento de las cargas matrimoniales no solo es capaz de generar reintegros por la mera contribución de los cónyuges, sino también de generar responsabilidades subsidiarias debido a las deudas contraídas por uno de ellos con terceros acreedores con el fin de satisfacer las necesidades en que éstas se traducen. De esta manera, la potestad doméstica, es un poder que faculta indistintamente a los cónyuges para realizar los actos jurídicos que estimen oportunos a este respecto bajo un sistema especial de responsabilidad que se distancia del que razonablemente cabría esperar de un régimen de separación de bienes, en el que se presupone que las obligaciones contraídas por cada uno de ellos "serán de su exclusiva responsabilidad" sin que en principio puedan alcanzar al otro en base a los arts. 1440 I, 1319 y 1911 CC[23]. En base a ello se permite que, a pesar de la separación patrimonial, el tercero pueda exigir responsabilidad al cónyuge que no contrató ni generó la deuda contraída para satisfacer las necesidades ordinarias de la familia. La excepción a la regla de separación de responsabilidades se justifica por la comunidad de vida propia del matrimonio y beneficia a los acreedores al mismo tiempo que favorece el mayor crédito de los cónyuges para atender a las necesidades familiares, como señala la STS 4 febrero 2021[24].

Ahora bien, en opinión de un sector doctrinal, la posibilidad de vincular los bienes del consorte en el ejercicio de la potestad doméstica, tendrá un ámbito de aplicación "mucho más restringido del que dispondría para lograr la restitución de cuanto se invierta indebidamente a nivel contributivo, ya que la potestad doméstica y la responsabilidad subsidiaria derivada de ella apenas tienen por objeto las 'necesidades ordinarias de la familia' y no las 'cargas del matrimonio'. Sobre este particular, si bien es cierto que el legislador emplea una terminología confusa por referirse unas veces a éstas (cfr. arts. 90.1 d), 91.1, 103.3, 103.5, 1318 I, 1438 y 1439 CC), y otras, a aquéllas (cfr. arts. 1319.1 y 1440 II CC), no lo es menos que resulta comúnmente aceptado que ambos conceptos constituyen una suerte de círculos concéntricos. De este modo, avanzaríamos desde las amplias 'cargas del matrimonio' hasta las restrictivas 'necesidades ordinarias de la familia',

22 Estellés Peralta, P. M.ª.: *La gestión de los bienes conyugales*, Fundación Estema, Valencia, 2003, p. 67.

23 Arrébola Blanco, A.: "La liquidación", cit., p. 476.

24 STS 4 febrero 2021 (*Tol 8310094*).

siguiendo un orden de mayor a menor. Pese a todo, mientras los cónyuges o futuros contrayentes no convengan un aumento de las 'cargas del matrimonio' mediante el que consideren como tales, ciertos gastos que en principio quedarían excluidos de ellas, éstas se identificarán con las 'necesidades ordinarias de la familia' que en definitiva representan el contenido mínimo de las mismas, según se extrae de que la jurisprudencia interprete que la noción de cargas del matrimonio debe identificarse con la de sostenimiento de la familia"[25]. Concretamente, los que señala la SAP Salamanca 4 febrero 2022[26] citada anteriormente.

Por otro lado, el art. 1319.II CC regula las consecuencias de los actos realizados por los cónyuges en el ejercicio de la potestad doméstica en el momento en que todavía la obligación está pendiente de cumplimiento y establece una responsabilidad del patrimonio privativo del cónyuge contratante y subsidiariamente la del cónyuge no contratante (porque en el régimen de separación de bienes no hay masa común, tan solo bienes en proindiviso por lo que no existe la responsabilidad solidaria que contempla el precepto). Pero este apartado II del precepto comentado no regula las obligaciones de contribuir a cada cónyuge a las cargas del matrimonio (internamente) sino sólo su responsabilidad en las contrataciones (externa frente a terceros) que uno u otro celebren para ello, por lo que esta norma es una norma de responsabilidad en favor de los acreedores que demostrando el carácter doméstico del gasto se podrán dirigir contra el cónyuge contratante y subsidiariamente contra su consorte[27]. Así la STS 4 febrero 2021[28].

El último párrafo del art. 1319 CC regula el momento en que la obligación ha sido satisfecha, con independencia del cónyuge que la haya contraído en el ejercicio de la potestad doméstica. El precepto establece al respecto, que el que hubiera aportado caudales propios para la satisfacción de tales necesidades, tendrá derecho a ser reintegrado de conformidad con su régimen matrimonial, en el caso que analizamos, el régimen de separación de bienes, por lo que esto nos lleva de nuevo a la relación interna entre los cónyuges y los criterios que establece la regulación del régimen de separación de bienes en relación con la obligación de los cónyuges de contribuir a las cargas del matrimonio y que se regula en los arts. 1318 y 1348 CC. Y son las normas que ordenan el modo y la cuantía en que deben contribuir los cónyuges a las cargas del matrimonio en cada caso concreto las que van a determinar qué cónyuge y en qué cuantía va a tener derecho al reintegro.

25 Arrébola Blanco, A.: "La liquidación", cit., pp. 475 y ss.

26 SAP Salamanca 4 febrero 2022 (*Tol 8950670*).

27 En el mismo sentido, Herrero García, Mª. J.: "Comentario al artículo 1319 CC", en AA.VV.: *Comentarios del Código Civil* (dir. por C. Paz Ares, L. Diez Picazo *et al.*). Ministerio de Justicia. Secretaría General Técnica, Madrid, 2011, t. II, pp. 583 a 586, concretamente, p. 585.

28 STS 4 febrero 2021 (*Tol 8310094*).

Por otra parte, en el régimen de separación de bienes el art. 1438 CC regula que la contribución a las cargas del matrimonio la realizarán los cónyuges de manera proporcional a sus recursos. No es extraño que alguno de ellos, en base a este precepto interponga una reclamación de cantidad por entender que su contribución a las cargas del matrimonio fue muy superior a la de su cónyuge. Para llegar a una solución algo más justa se deben concretar tanto las cargas de ese preciso matrimonio, como los recursos de cada uno de los cónyuges y la cantidad y modo de sus aportaciones, tanto en especie como en metálico. Son cargas, según hemos analizado, los gastos que comprenden el sostenimiento de la familia y la atención, alimentación y educación de los hijos comunes que incluyen, por tanto, no sólo el sustento, vestido, habitación, asistencia médica, gastos de embarazo y parto de los hijos en cuanto no esté cubiertos de otro modo y las atenciones de previsión acomodadas a los usos y circunstancias de la familia, de esa familia concreta (1.3162 y 1.318 CC); pero también, todas aquellas tareas domésticas de intendencia, limpieza y cuidado y de atención de ascendientes y descendientes y otras personas dependientes de la pareja matrimonial, ya sea mediante dedicación personal en la ejecución de las labores domésticas y atención a los miembros de la familia pero también mediante la dirección o coordinación del desempeño de los empleados domésticos de estas tareas.

Las posibles alternativas en la contribución a las cargas del matrimonio en el régimen de separación de bienes que regula el art. 1438 CC podrán ser objeto de pacto entre los esposos quienes podrán decidir libremente el reparto de dichas cargas entre sí, incluso liberando a uno de ellos. A falta de pacto (en capitulaciones o tácitamente), lo cual será más frecuente de lo deseable, el Código Civil nos ofrece la solución: la contribución de ambos cónyuges.

El reparto de las cargas no se realizará, sin embargo, por partes iguales sino proporcionalmente a sus respectivos recursos económicos, expresión que comprende tanto capitales como rentas (del trabajo y capital). Interesa destacar que en esta contribución al sostenimiento de las cargas se incluye tanto la estrictamente económica como la aportación en especie mediante el trabajo para la casa. No obstante, la contribución a las cargas, en metálico aportando los fondos necesarios para el sostenimiento de la familia y los pagos de las facturas y gastos que ello origina, (coste de la alimentación, vestido, asistencia médica, etc.) no puede sufragarse si no es con aportaciones dinerarias de uno o ambos cónyuges. Obviamente, también es necesaria la contribución a las cargas en especie, ya sea mediante el uso de bienes propios de uno de los cónyuges para satisfacer necesidades familiares tales como la necesidad de vivienda, transporte, etc., y que se concreta en la contribución con una vivienda (normalmente privativa de un cónyuge) para destinarla a la vivienda familiar, el coche, para destinarlo a coche familiar, etc., como realizando el indispensable trabajo para el hogar contemplado

en el art. 1438 CC. No va a resultar sencillo llevar una contabilidad de todas estas contribuciones, tanto dinerarias como en especie (con su correspondiente cómputo en días, meses o años y el valor asignado a esa contribución). Porque a las complejidades para relacionar todos los gastos que se engloban en las cargas del matrimonio hay que añadir la valoración de todas y cada una de las aportaciones de los excónyuges, y su escasa relevancia jurisprudencial, por lo que, de nuevo, el conflicto está garantizado.

En cualquier caso, los tribunales al entender de los asuntos enjuiciados ponen el acento en la proporcionalidad de los recursos de cada cónyuge para desestimar estas reclamaciones. En tal sentido, la SAP Valencia 31 julio 2015[29] exigía la acreditación de la proporción en que debe contribuir cada cónyuge señalando que "no puede aceptarse la decisión judicial de computar todos los gastos pagados por la demandante en conceptos que pueden considerarse cargas del matrimonio (gastos de alimentación, suministros de la vivienda familiar, cuotas de clubs deportivos, ocio, teléfono, seguros, sin acreditar bien asegurado, etc.) y exigir la mitad de su importe, sin más, al demandado. De la regla establecida en el art. 1438 CC resulta que, para que pudiese prosperar la reclamación por este concepto debió la demandante acreditar cual era la proporción entre los recursos de los esposos en el periodo a que se refiere la reclamación, además de la cantidad satisfecha para el sostenimiento de las cargas, pues, con la salvedad de que ambos cónyuges deben contribuir, esta contribución puede ser diversas según los ingresos y recursos económicos. Pues bien, la demandante no ha cumplido con la carga de la prueba que tenía de acreditar cuales eran los recursos de los esposos y por tanto, no puede determinarse que cantidad resultaba exigible al esposo, lo que debe conducir a la estimación del recurso de apelación en este punto".

En un curioso caso en el que el marido conservaba los justificantes de los gastos desde mucho tiempo atrás en previsión y anticipación de lo que después sucedió (aunque ello no le supuso ninguna ventaja), en base a la proporcionalidad de las aportaciones de cada cónyuge la SAP Valencia 3 octubre 2007[30] señaló que "la actitud conservativa de todos los justificantes de gastos por el apelante desde antiguo al igual que su actitud vejatoria en relación con la demandada, por decirlo así una sentencia firme, tampoco es decisiva para esta reclamación pero sí cabe tenerla en cuenta, para coadyuvar a apreciar otras pruebas (…) Con estas bases, probada la aportación de al menos 40.000 euros por la demandada más otras entregas que hacía en efectivo en fechas próximas y por importe similar a los gastos que se le reclaman sin necesidad de descender al concepto de cada uno, se estima que la aportación de ésta fue proporcional a la del actor y compensables las de ambos cumpliendo así el art. 1438 del Código Civil, que dispone, en el régimen de

29 SAP Valencia 31 julio 2015 (*Tol 5602171*).

30 SAP Valencia 3 octubre 2007 (*Tol 1224855*).

separación de bienes el deber de los cónyuges de contribuir al sostenimiento de las cargas del matrimonio según lo convenido o, en su defecto, proporcionalmente a los recursos económicos de cada uno…".

Lo cierto es que el controvertido entendimiento del art. 1438 CC puede originar otras injustas consecuencias, por poco equitativas, además de las derivadas de la insolidaridad del propio régimen para los casados (o mejor divorciados) en régimen de separación de bienes; porque la razón de la existencia del art. 1438 CC es la de garantizar a los componentes de la relación matrimonial una cierta equidad y solidaridad aunque sea al finalizar el mismo. Sin embargo, quiero evidenciar que no ha habido, en mi opinión, en la interpretación del precepto por el Tribunal Supremo, superación jurisprudencial del derecho codificado, entendida como mejora, del actual derecho legislado, antes al contrario, según se analiza en el capítulo sobre compensaciones porque el Tribunal Supremo ha ido más allá de la mera interpretación del texto legal introduciendo requisitos no previstos por el legislador[31].

Así pues, los derechos de reintegro cumplen principalmente una finalidad imprescindible en la economía conyugal pues sirven para garantizar el equilibrio de sus respectivas aportaciones al sostenimiento de las cargas matrimoniales, no obstante, este equilibrio, que puede restablecerse durante el régimen de separación de bienes, no es la práctica habitual, sino que, por el contrario, se instará a la disolución del régimen de separación de bienes, cuando quizás se haya roto por completo la armonía entre los que fueron cónyuges en su día. Será el momento de la extinción del régimen económico matrimonial cuando en aplicación de los arts. 1318 y 1438 CC se deba revisar si los cónyuges han contribuido, de acuerdo con la obligación legal, a las cargas del matrimonio, o si por el contrario alguno de ellos ha realizado una sobreaportación, otra de las problemáticas que analizamos en el capítulo dedicado a las compensaciones. Por ello, habrá que revisar si un cónyuge, deudor o no frente al tercero, contribuyo en mayor medida que la que le correspondía para tener derecho al reintegro contra el patrimonio de su consorte aunque sólo del exceso porque, recordemos, este cónyuge también está obligado a contribuir a las cargas del matrimonio[32].

En este sentido, la SAP Navarra 31 julio 2003[33] entendió que incluso existe "sobreaportación" cuando "el valor de la contribución de un cónyuge al sostenimiento de las cargas familiares mediante el trabajo para el hogar, resulta mayor que aquella a la que resultaría obligado, según la regla de la proporcionalidad, por lo que se genera a su favor un derecho de reembolso del exceso cuando se

31 *Vid*. al respecto Estellés Peralta, P. Mª.: *El régimen*, cit., pp. 179 y ss.

32 *Vid*. por todas la STS 17 octubre 2023 (*Tol 9750976*).

33 SAP Navarra 31 julio 2003 (*Tol 350454*).

extingue el régimen económico matrimonial para evitar casos de enriquecimiento injusto".

Por ello, el modo y cantidad en que ha contribuido cada cónyuge a las cargas del matrimonio debería poder acreditarse para evitar conflictos a la finalización del régimen y del matrimonio aunque la llevanza de un inventario que incluya la contribución en especie y la dineraria y que determine con claridad las aportaciones de uno y otro, no va a ser lo más frecuente entre esposos mientras rija la armonía conyugal; y después, ya puede ser tarde para ello. Pero téngase en cuenta que la liquidación de los reintegros requiere que las cuentas revelen un desequilibrio debido a la contribución excesiva de uno de ellos y, en contrapartida, a la deficitaria del otro[34]. En tal sentido lo señaló la SAP Valencia 5 diciembre 2019[35].

Téngase en cuenta, además, que la posibilidad de vincular los bienes privativos del otro cónyuge en el ejercicio de la potestad doméstica solo cesa con la admisión a trámite de la demanda de nulidad, separación o divorcio (art. 102.2 CC) salvo pacto en contrario y no con la simple ruptura de la convivencia. Luego ello, constituirá, por muy clara que sea la letra de la ley, una nueva fuente de contiendas entre excónyuges. Igualmente, por efecto de la separación de hecho cesará la presunción de que los frutos percibidos y consumidos por uno de los cónyuges, como consecuencia de haber gestionado o administrado bienes o intereses del otro, se destinaron a atender las cargas del matrimonio, según el art. 1439 CC. En definitiva, todo ello va a dar lugar, por el mero cese de la convivencia, a la inversión de la carga de la prueba en torno a las cantidades aportadas al levantamiento de las cargas matrimoniales.

III. DERECHOS DE REINTEGRO DERIVADOS DE LAS DEUDAS PRIVATIVAS.

En el régimen de separación de bienes las deudas de cada cónyuge son de su exclusiva responsabilidad, por lo que si alguno de los consortes ha tenido que hacer frente a las deudas de su cónyuge, surge un derecho a poder exigir el reintegro de esas cantidades, bien porque uno de ellos aplicó los fondos comunes a atender fines privativos en vez de atender al levantamiento de las cargas del

34 *Vid*., en el mismo sentido, Arrébola Blanco, A.: "La liquidación", cit., p. 475.

35 SAP Valencia 5 diciembre 2019 (*Tol 7793947*): "ahora bien, dicho régimen de separación de bienes, si bien se fundamenta en la autonomía patrimonial de ambos cónyuges, la misma no puede ser absoluta, dado que la convivencia marital, la comunidad de vida que implica el matrimonio, requiere la necesidad de atender a determinadas cargas de contenido económico, que deben ser sufragadas por ambos consortes proporcionalmente a sus ingresos, lo que explica el mandato normativo de los artículos 1318 CC, en sede del régimen económico matrimonial primario, y 1438 del mismo texto legal, en este concreto de separación de bienes, que imponen la obligación de contribuir al levantamiento o sostenimiento de las cargas del matrimonio respectivamente. De las precitadas normas surge el derecho de cada cónyuge a obligar al otro a efectuar dicha contribución, y, de no observarse tan indeclinable deber, a instar incluso las medidas cautelares '[...] a fin de asegurar su cumplimiento y los anticipos necesarios o proveer necesidades futuras', como establece el primero de los mentados preceptos, sin perjuicio claro está de los pactos que al respecto pueden alcanzar los cónyuges.

matrimonio o porque se abonaron deudas personales o comerciales del consorte o porque no se recibió/entregó todo o parte del precio de la venta de un bien en proindiviso, etc[36].

1. Reintegro de cantidades "comunes" aplicadas a fines privativos.

Las controversias en relación al reintegro de cantidades aplicadas a fines privativos de uno de los cónyuges, trae causa de las problemáticas que genera la apertura de cuentas bancarias de titularidad conjunta por los casados en régimen de separación de bienes. Así lo manifiesta la SAP Huelva 22 marzo 2013[37] debido a la confusión patrimonial de las cuentas conjuntas del matrimonio pese a estar casados en régimen de separación de bienes. Por otra parte, la STSJ Cataluña 28 marzo 2019[38], en relación con el derecho civil catalán, que presume la titularidad común de las cuentas conjuntas de los matrimonios en separación de bienes (lo que quizás pueda ser una buena solución de *lege ferenda* a implementar en el derecho civil común) condenó a uno de los cónyuges a reintegrar al otro la mitad de las cantidades de que dispuso de la cuenta conjunta para fines privativos en vez de atender los gastos familiares.

A) Reintegro de las aportaciones al plan de pensiones.

Continuando con la casuística que se enjuicia en nuestros tribunales, no corresponde el reintegro o reembolso del 100% de las aportaciones al plan de pensiones cuyo único beneficiario es uno de los cónyuges, sino tan sólo del 50%, porque de acuerdo con la SAP Salamanca 25 marzo 2022[39] las aportaciones a dicho plan de pensiones se realizaron desde una cuenta que era de titularidad común, participando ambos cónyuges en un 50% hasta que se liquidó su saldo, y la esposa beneficiaria era también propietaria al 50% de dicha cuenta, así señala la sentencia que "no resulta procedente reintegrar el 100% de las aportaciones que solicita la representación de D. L., sino solo la mitad de las mismas hasta la fecha del citado acuerdo de 22 de enero de 2021 pues la otra mitad de aportaciones al plan se habría abonado con dinero de dicha cuenta que pertenecía a Dª V., debiendo reembolsar Dª V. a D. L. a partir de esta fecha el 100 % de las aportaciones que se hubieran cargado en referida cuenta, de modo que procede estimar en parte el motivo de apelación relativo a este particular y acordar que procede acordar el derecho de reembolso a favor de D. L. a quien deberá Dª V. reintegrarle el 100 % de las aportaciones al Plan de Pensiones cargadas en la cuenta común mencionada desde el 22 de enero de 2021 hasta la fecha en

36 *Vid*. al respecto Estellés Peralta, P. Mª.: *El régimen*, cit., pp. 122 y ss.

37 SAP Huelva 22 marzo 2013 (*Tol 3834373*).

38 STSJ Cataluña 28 marzo 2019 (*Tol 7267570*).

39 SAP Salamanca 25 marzo 2022 (*Tol 8983465*).

que se presentó demanda reconvencional (20 de abril de 2021) y sin perjuicio de otras aportaciones posteriores al citado Plan que pueda reclamar D. L. con posterioridad si se siguieran cargando en referida cuenta ya liquidada".

B) Exclusión del reintegro.

En todo caso, si quedase acreditado que el saldo que se reintegró de la cuenta conjunta se destinó a atender las cargas del matrimonio, no prosperará la acción de reintegro. Así la SAP Madrid 18 diciembre 2006[40]. Aunque en la mayoría de las ocasiones falla la prueba cuando se pretende alegar que la propiedad del dinero es consecuencia de los mayores ingresos del cónyuge que reclama su propiedad. No lo estiman así los tribunales. Tal es el caso de la SAP Madrid 29 diciembre 2017[41] que entiende que "lo relevante en este procedimiento es, en consecuencia, si el actor ha probado, tal y como pretende, que el traspaso de 1 de octubre de 2008 por importe de 99.812,27 euros se hizo con dinero de su titularidad privativa y en el entendido de que Dª C. se obligaba a devolver al actor la suma recibida. La sentencia apelada entiende que no ha sido así, criterio que este tribunal de apelación comparte. La prueba documental que se ha unido a los autos por las partes litigantes, aunque ciertamente amplia, no deja de ser fragmentaria e incompleta y no refleja la totalidad de las relaciones económicas entre los litigantes durante los 19 años de convivencia familiar con tres hijos menores. Lo que si refleja es la existencia de cuentas conjuntas, movimientos de fondos, depósitos a plazo conjuntos, inversiones comunes, cuyo complejo contenido no puede ser simplificado mediante la afirmación de que como D. D. tenía mayores ingresos que su esposa, debe deducirse necesariamente que el dinero que se reclama era de su titularidad exclusiva. Tal afirmación, que no deja de ser una mera presunción, hubiera necesitado una prueba mucho más completa y compleja que la documentación fragmentaria aportada en los presentes autos constando la existencia de otras cuentas comunes en distintas entidades. No podemos olvidar que en el régimen de separación de bienes los cónyuges contribuirán al sostenimiento de las cargas del matrimonio, y que, a falta de convenio lo harán proporcionalmente a sus respectivos recursos económicos, así como que el trabajo para la casa será computado como contribución a las cargas y dará derecho a obtener una compensación que el Juez señalará, a falta de acuerdo, a la extinción del régimen de separación. Por lo que sería precisa una liquidación para determinar la existencia de un saldo exigible a favor del actor". O la SAP Madrid 8 octubre 2019[42]. Asimismo, la SAP Navarra 28 junio 2019[43] estimó que no procedía el reintegro de la mitad del precio obtenido en la venta de un apartamento en

40 SAP Madrid 18 diciembre 2006 (*Tol 6079784*).

41 SAP Madrid 29 diciembre 2017 (*Tol 6511907*).

42 SAP Madrid 8 octubre 2019 (*Tol 7633152*).

43 SAP Navarra 28 junio 2019 (*Tol 7591279*).

proindiviso pues no consta que el importe se hubiera ingresado en el patrimonio privativo del marido[44].

El Tribunal Supremo aplicó la teoría del enriquecimiento injusto en el régimen de separación de bienes en el caso enjuiciado en la STS 24 junio 2020 (*Tol 8000087*) y estimó acreditada la existencia de un enriquecimiento injustificado en caso de obtención de un crédito hipotecario por los cónyuges casados en régimen de separación de bienes, cuyo importe se invierte en la compra de un local de negocios por parte exclusivamente del marido, tras perder la vivienda hipotecada al formalizar una dación en pago para extinguir la deuda derivada del crédito.

IV. REINTEGRO DE CANTIDADES ABONADAS CON DINERO PRIVATIVO PARA LA ADQUISICIÓN DE LA VIVIENDA FAMILIAR.

En esta cuestión la SAP Salamanca 4 febrero 2022 (*Tol 8950670*) considera que no procede resolver la comunidad antes de tiempo, debiendo esperar a la liquidación definitiva del préstamo, a la venta de la vivienda o la adjudicación a uno de ellos para calcular -conforme a sus respectivas cuotas de participación (50% cada uno)-, cuánto han aportado de más o de menos. La SAP Madrid 28 septiembre 2020 (*Tol 8211666*) estimó que las cuotas de amortización de los préstamos hipotecarios que gravan los bienes inmuebles de los que los cónyuges resultan ser titulares por mitades indivisas habrán de ser pagadas en la forma que conste en el título constitutivo de los mismos.

1. La exclusión de la hipoteca de la vivienda familiar en el concepto de cargas del matrimonio.

Así pues, de acuerdo con lo analizado anteriormente, quedarán fuera del concepto de cargas del matrimonio los gastos generados por ciertos bienes que, aun siendo de carácter común, no son bienes del matrimonio; e igualmente si siendo privativos de un cónyuge su destino fue el uso en beneficio de la familia a tenor de la doctrina jurisprudencial sobre esta cuestión tratándose de un matrimonio sometido al régimen de separación de bienes[45].

A) La vivienda familiar en proindiviso.

En el supuesto de la vivienda en proindiviso, la hipoteca no puede ser considerada como carga del matrimonio, en el sentido que a esta expresión se reconoce en el artículo 90 CC, porque se trata de una deuda contraída para la adquisición del inmueble que debe satisfacerse por quienes ostentan título de

44 *Vid.* al respecto, Pérez Martín, A. J.: *La liquidación*, cit., pp. 820 y ss., y Estellés Peralta, P. Mª.: *El régimen*, cit., pp. 124 y ss.

45 *Vid.* al respecto Estellés Peralta, P. Mª.: *El régimen*, cit., pp. 157 y ss.

dominio sobre el mismo de acuerdo con lo estipulado con la entidad bancaria, según señala la STS 20 marzo 2013[46] que estima que en este caso el título de dominio se ostenta por ambos cónyuges, con independencia de si su disfrute es otorgado a un concreto copropietario y, por tanto, el pago de la hipoteca cuando ambos cónyuges son deudores y el bien les pertenece, no puede ser impuesta a uno solo de ellos, sino que debe ser relacionado y resuelto de acuerdo con el régimen de bienes correspondiente a cada matrimonio, que en el caso enjuiciado es el de separación de bienes[47]. En tal sentido, la STS 21 julio 2016[48] señala que "la normativa aplicable a tales bienes era la propia del régimen general de la copropiedad, y en concreto el artículo 393 del Código Civil, que establece que el concurso de los partícipes en las cargas será proporcional a sus respectivas cuotas, que se presumen iguales".

Asimismo, la STS 24 abril 2018[49], señaló que se excluye del concepto de cargas matrimoniales los pagos correspondientes a la amortización del préstamo hipotecario que grava la vivienda familiar, pues de la amortización del préstamo habrá de responder quien lo suscribió pero por razón de dicha obligación así contraída y no por la existencia de matrimonio entre los prestatarios. En el mismo sentido, la SAP Barcelona 31 mayo 2019[50] estimó que el pago de la hipoteca no puede considerarse como una carga familiar; o la SAP Soria 1 septiembre 2020[51] que, respecto de las cuotas del préstamo solicitado para la adquisición de la vivienda familiar en condominio, reiteró la anterior jurisprudencia[52].

B) La vivienda familiar privativa.

Posteriormente, respecto de la vivienda familiar de titularidad privativa, la STS 17 febrero 2014[53] estima que en el caso enjuiciado se constató que "la vivienda familiar es privativa de la esposa y que se concertó el pago del préstamo hipotecario por ambos cónyuges y a ello se obligaron frente al banco, por lo que se limita a

46 STS 20 marzo 2013 (*Tol 3783030*).

47 Igualmente, las SSTS 28 marzo 2011 (*Tol 2082300*) y 5 noviembre 2008 (*Tol 1401729*), SSAP Asturias 26 mayo 2009 (*Tol 1564123*), Navarra 11 junio 2014 (*Tol 4492676*) y Santa Cruz de Tenerife 1 abril 2011 (*Tol 2147374*).

48 STS 21 julio 2016 (*Tol 5784634*).

49 STS 24 abril 2018 (*Tol 6591963*).

50 SAP Barcelona 31 mayo 2019 (*Tol 7314707*).

51 SAP Soria 1 septiembre 2020 (*Tol 8136073*).

52 Con anterioridad, la SAP Ceuta 30 mayo 2013 (*Tol 3850829*) determinó que los gastos que ocasiona la propiedad del bien para sus dueños habrán de ser soportados por los mismos en proporción a su respectiva participación en su propiedad, que siendo de una mitad indivisa determina que cada uno de los cónyuges haya de abonar su cincuenta por ciento, esto es la mitad de aquéllos, y si han sido pagados por uno de ellos en su totalidad, su mitad ha de serle reintegrada por el otro cónyuge pues no constituyen gastos e intereses del matrimonio o cargas matrimoniales en tanto en cuanto no se trata de obligaciones derivadas de necesidades comunes sino generadas por activo patrimonial de cada uno de los cónyuges como condueños, en proindiviso, y con patrimonios separados pues por su propia voluntad establecieron en capitulaciones matrimoniales, un régimen económico matrimonial que así lo imponía.

53 STS 17 febrero 2014 (*Tol 4119495*).

reflejar el ámbito obligacional concertado voluntariamente por los litigantes, sin mencionar que ello constituya una carga del matrimonio, como reconoce la parte recurrida, razón por la que procede desestimar el recurso, dado que no se aprecia el interés casacional alegado, pues la resolución recurrida se ajusta a la doctrina jurisprudencial expuesta, sin apartarse de la misma. Igualmente es razonable que se haya hecho mención en la sentencia a la titularidad de la vivienda y al crédito hipotecario existente y forma de pago convenida, en cuanto se trata de vivienda privativa de la esposa, que fuera familiar".

En una línea continuista en esta materia, según la cual, las cantidades aportadas para el pago de un préstamo hipotecario de un bien privativo de uno de los cónyuges no puede ser considerada carga del matrimonio, aunque se destine a uso y disfrute de la familia según se pronuncian las SSAP Murcia 13 abril 2022[54] y Salamanca 4 febrero 2022[55] e igualmente, las SSTS 21 julio 2016[56] y 5 noviembre 2019[57].

A la vista de la jurisprudencia analizada podemos concluir que nuestros tribunales no consideran como contribución en especie a las cargas del matrimonio, la adquisición de una vivienda, ya sea en condominio o privativa, pues deniegan el reintegro de las cuotas del préstamo solicitado para adquirir un bien que sirvió a las necesidades habitacionales de la familia.

V. EL REINTEGRO DERIVADO DE LAS DEUDAS PRIVATIVAS CONTRAÍDAS EN EL EJERCICIO DEL COMERCIO.

Cuando uno de los cónyuges es comerciante, es más que probable que se contraigan deudas para la financiación de la actividad comercial o empresarial, lo que va a generar una nueva problemática de reintegros a la extinción del régimen de separación de bienes. En defecto de una remisión expresa, la legislación mercantil aplicable a estos efectos, establece que en caso de ejercicio del comercio por persona casada, quedarán obligados a las resultas del mismo los bienes propios del cónyuge que lo ejerza y los adquiridos con esas resultas, pudiendo enajenar e hipotecar los unos y los otros, como en principio lo harían también por las deudas contraídas en el ejercicio de la profesión, arte u oficio de cada uno de los cónyuges bajo este régimen económico del matrimonio (art. 6 CCom)[58].

Igualmente podrían quedar obligados directamente los bienes propios del cónyuge, cuando se haga constar el consentimiento expreso del consorte a tales

54 SAP Murcia 13 abril 2022 (*Tol 9098991*).

55 SAP Salamanca 4 febrero 2022 (*Tol 8950670*).

56 STS 21 julio 2016 (*Tol 5784634*).

57 STS 5 noviembre 2019 (*Tol 7580282*).

58 Estellés Peralta, P. Mª.: *El régimen*, cit., pp. 164.

efectos en una escritura pública debidamente inscrita en el Registro Mercantil ya sea como fiador ya como codeudor, etc., en cuyo caso, cuanto abone el cónyuge del comerciante para satisfacer las obligaciones comerciales contraídas por el otro devengará el correspondiente derecho a ser reintegrado a su costa al tiempo en que se proceda a liquidar el régimen de separación de bienes.

La STS 12 noviembre 2020[59] exige, además, respecto de los bienes en proindiviso que para vincularlos íntegramente a las resultas del comercio (en cuanto a la mitad indivisa del cónyuge no comerciante) es necesario el consentimiento de ambos cónyuges. Es decir, no bastaría el simple conocimiento al que se refiere la Audiencia Provincial, sino que se requeriría consentimiento expreso inscrito en el Registro Mercantil, a tenor del art. 11 CCom.

VI. REINTEGROS EN RELACIÓN CON LAS CUENTAS BANCARIAS.

En un régimen de separación de bienes lo habitual es, o debiera ser, que constante la convivencia los cónyuges mantengan cuentas corrientes separadas y que cada uno ingrese en ellas los rendimientos de sus bienes privativos y de sus respectivas profesiones u oficios. Sin embargo, lo más frecuente es que los cónyuges dispongan de una cuenta conjunta para atender a los gastos derivados de la atención a la familia[60].

1. Cuentas bancarias de titularidad individual.

En relación con las cuentas bancarias de titularidad individual, podríamos señalar que en períodos de armonía conyugal se van a efectuar traspasos e ingresos que andando el tiempo pueden presentar situaciones conflictivas tras el divorcio en relación con la titularidad del dinero ingresado en estas cuentas bancarias. Un ejemplo de esta problemática fue analizado en la SAP Madrid 18 diciembre 2006[61], que resolvió un recurso en el que el actor reclamaba erróneamente a su exesposa, pues instó mediante la acción reivindicatoria la devolución de una cantidad que ingresó en la cuenta bancaria de titularidad exclusiva de la misma alegando que "no puede ignorarse que no se 'reivindican' bienes concretos muebles o inmuebles sino un bien fungible, por lo que la acción a ejercitar no sería una reivindicatoria sino una acción personal de reintegro fundada en un determinado titulo obligacional que determine la necesidad de esa devolución, título obligacional que, nuevamente ha de manifestarse, ni se invoca ni se deriva de los hechos de la demanda".

59 STS 12 noviembre 2020 (*Tol 8209408*).

60 Estellés Peralta, P. Mª.: *El régimen*, cit., pp. 134 y ss.

61 SAP Madrid 18 diciembre 2006 (*Tol 6079784*).

A) Cuentas bancarias de titularidad individual con autorización al otro cónyuge.

En muchas ocasiones se autoriza al cónyuge en las cuentas propias para facilitar la gestión de la economía conyugal, sin embargo, estar autorizado para poder hacer reintegros de la cuenta, no conlleva ser copropietario del saldo existente en la cuenta.

Una vez realizados tales reintegros habrá que ver el destino que se dio a dichas disposiciones de dinero y si se aplicaron al fin pactado o al levantamiento de las cargas del matrimonio. De lo contrario, el cónyuge titular de la cuenta tendrá derecho a reclamar del otro cónyuge la devolución de todas las cantidades que ha ido extrayendo de su cuenta bancaria y no han sido aplicadas al destino convenido.

Y ello es así porque la autorización no confiere ningún derecho al cónyuge no titular, en consecuencia, la SAP Les Illes Balears 11 mayo 2011[62] negó cualquier derecho sobre el saldo en favor del cónyuge autorizado en la cuenta bancaria titularidad exclusiva de la esposa sin que hubiera acreditado el ingreso de cantidad alguna en la citada cuenta. Además, exige la acreditación de la propiedad de los saldos. Por el contrario, en el caso analizado por la SAP Cáceres 17 marzo 2014[63] se condenó a la esposa titular de la cuenta a abonar el 50% de saldo existente de la cuenta en la que el marido figuraba como autorizado, porque en este caso, el marido sí ingresó la indemnización que había percibido del FOGASA. Quizás hubiera sido más justo valorar el porcentaje que supuso la aportación de esa indemnización al total del saldo de la cuenta.

Por otra parte, en un curioso pronunciamiento, la SAP Pontevedra 18 junio 2018[64] desestimó demanda de reclamación de cantidad del cónyuge titular de la cuenta frente al otro estimando que si los reintegros se han llevado a cabo con pleno conocimiento del actor no puede luego ampararse en una falta de causa, no siendo posible entender que una persona que no es titular en una cuenta bancaria pueda realizar reintegros si no es con el consentimiento del titular de la misma.

2. Cuentas bancarias de titularidad conjunta.

Como ya analizamos, para contribuir al sostenimiento de las cargas matrimoniales constante matrimonio, uno de los medios utilizados con más más frecuencia en la práctica por los cónyuges es la provisión de fondos depositados en cuentas bancarias de titularidad colectiva, normalmente, indistinta, que permite a cualquiera de ellos disponer de los fondos necesarios para realizar los actos encaminados a atender las necesidades ordinarias de la familia de acuerdo con

62 SAP Les Illes Balears 11 mayo 2011 (*Tol 2157479*).

63 SAP Cáceres 17 marzo 2014 (*Tol 4153368*).

64 SAP Pontevedra 18 junio 2018 (*Tol 6799619*).

los arts. 1319 I y 1438 CC. De este modo, cualquiera de los cónyuges pueda emplear estos fondos depositados en estas cuentas sin requerir el consentimiento del consorte porque se presumen destinados al pago de gastos que conlleva la atención de las necesidades familiares de acuerdo con el art. 1439 CC. Pero estos fondos no deben invertirse en atenciones distintas al levantamiento de las cargas del matrimonio o ello generará un derecho al reintegro en favor del cónyuge perjudicado.

Y ello es así, porque, asimismo, la titularidad indistinta de la cuenta corriente solo se compadece con una cotitularidad formal, pero no conlleva que en las relaciones internas de los cuentacorrentistas, la propiedad del dinero ni las cuotas de participación en la cuenta sean al 50%. En tal sentido, la STS 28 junio 2021[65] estimó que "con carácter general, es doctrina de la sala que los depósitos indistintos no presuponen comunidad de dominio sobre los objetos depositados, debiendo estarse a las relaciones internas entre ambos titulares y, más concretamente a la originaria procedencia de los fondos o numerario de que se nutre la cuenta para determinar la titularidad dominical de los fondos". O bien la STS 28 septiembre 2018[66], que señaló igualmente que "tales depósitos indistintos no suponen por ello comunidad de dominio sobre los objetos depositados, debiendo estarse a cuanto dispongan los tribunales sobre su propiedad. Por ello, el mero hecho de apertura de una cuenta corriente bancaria, en forma indistinta, a nombre de dos o más personas, lo único que significa *prima facie*, es que cualquiera de los titulares tendrá frente al Banco depositario, facultades dispositivas del saldo que arroje la cuenta, pero no determina por sí sólo la existencia de un condominio que vendrá determinado únicamente por las relaciones internas y, más concretamente, por la propiedad originaria de los fondos o numerario de qué se nutre dicha cuenta (SSTS 31 de octubre de 1996, 23 de mayo de 1992, 15 de julio y 15 de diciembre de 1993, 19 de diciembre de 1995, 7 de junio de 1996, 29 de mayo 2000, 14 de marzo y 12 de noviembre 2003)". En el mismo sentido la SAP Asturias 20 abril 2022[67] siguiendo esta línea jurisprudencial señaló que había que tener en cuenta que "la conocida doctrina jurisprudencial con arreglo a la cual la cotitularidad de cuentas bancarias no supone la de los fondos de los que dichas cuentas se nutren" y que corresponde a la parte actora la carga de la prueba sobre los ingresos de los que conforman los saldos de la cuenta. Asimismo, la SAP Les Illes Balears 11 mayo 2011[68].

65 STS 28 junio 2021 (*Tol 8503679*).

66 STS 28 septiembre 2018 (*Tol 6830615*).

67 SAP Asturias 20 abril 2022 (*Tol 9102288*).

68 SAP Les Illes Balears 11 mayo 2011 (*Tol 2157479*).

A) Reintegro por aportaciones de dinero privativo a las cuentas conjuntas.

Como pone de manifiesto la SAP Salamanca 4 febrero 2022[69], en ocasiones se trata de dirimir si uno de los cónyuges tiene o no un derecho de crédito frente a su consorte que le permita recuperar el dinero privativo que aportó y se confundió con el dinero poseído conjuntamente en la cuenta común y que parece haberse destinado a cubrir las necesidades de la familia, señalando que la esposa actora decidió -con absoluta libertad y en época de bonanza y buenas relaciones del matrimonio-, incorporar al patrimonio familiar o matrimonial, dinero privativo que se destinó a diversos fines propios del sostenimiento de la vida en familia, habida cuenta que, en determinados momentos del matrimonio su cónyuge carecía de ingresos que aportar y que la esposa actora asumió desde 2010 el peso económico de mantenimiento de la familia hasta la fecha de divorcio debido a la situación financiera de su marido provocada por el desempleo de éste, aportando la esposa su sueldo íntegro en la cuenta común que acabó cancelando por los constantes descubiertos que se producían por la falta de fondos, traspasando a su cuenta privativa el pago de la hipoteca, del préstamo personal para la compra del vehículo familiar o el abono de distintos gastos incluidos en las cargas familiares. Atendiendo a todo ello, el tribunal considera que, teniendo en cuenta el contenido de las capitulaciones matrimoniales, según las cuales, cada cónyuge tiene obligación de contribuir a las cargas matrimoniales en proporción a sus respectivas rentas o utilidades y al total de ingresos con que cuente cada uno y entiende que no se constituye ningún crédito a favor de la actora "precisamente por la obligación inherente a los esposos de contribuir al levantamiento de cargas familiares en proporción a sus ingresos y porque resulta probado que desde 2010 el esposo pasó a estar en situación de desempleo con el consiguiente empeoramiento de su situación económica y por ende, de su capacidad para contribuir, en igualdad de condiciones, al sostenimiento de la familia".

B) Problemáticas en torno a la liquidación del saldo existente.

La determinación de a qué cónyuge o cónyuges y en qué proporción corresponden los saldos existentes tras la ruptura conyugal es otra de las problemáticas que se generan en el tema que nos ocupa y que trae causa, por un lado, de estas cuentas de titularidad conjunta en un régimen disociativo; asimismo, de la dificultad de la determinación y prueba de quién realiza los ingresos y en qué proporción, pero también, de la proporción en que se debe contribuir a las cargas del matrimonio. Si la contribución del cónyuge es acorde con los ingresos en la cuenta conjunta, nada podrá reclamar; si es deficitaria, será el otro cónyuge quien ostente el derecho de reintegro y sólo si aportó más de lo que le correspondía podrá instar el reintegro de lo que ingresó, pero únicamente del exceso.

69 **SAP Salamanca 4 febrero 2022 (*Tol 8950670*).**

La SAP Valencia 12 mayo 2017[70] acordó un reparto salomónico igualitario del dinero existente en dos cuentas bancarias cuyas aportaciones habían sido en distinta proporción y de compleja determinación pues en la misma continuaron haciendo ingresos y disposiciones, venciendo el plazo fijo y constituyendo otro y aparecen ingresos en efectivo pero no se determina quien los efectuó. Por lo que el tribunal, atendiendo a estos extremos, considera "que esta cuenta se ha mantenido en régimen de copropiedad, y si bien es cierto que durante la convivencia las aportaciones de cada uno de los cónyuges no han sido idénticas, también lo es, como hemos indicado, que antes de contraer matrimonio, las mismas ya arrojaban un saldo próximo a los 30.000 euros y, en estos momentos, a fecha de abril de 2015, es similar, por tanto, no estimamos probado que la cantidad existente en la cuenta y el depósito sea fruto únicamente de las aportaciones de los esposos realizadas durante la vigencia del matrimonio en régimen de separación de bienes". A su vez, la SAP León 31 mayo 2019[71] resolvió que el saldo existente en las cuentas en la fecha de la sentencia de divorcio fuera dividido en proporción a los ingresos realizados en dicha cuenta titularidad de ambos cónyuges puesto que la aportación de la actora a dichas cuentas, es dos veces superior a la del actor, por lo que en igual proporción estima la Sala que deberá ser distribuido el dinero existente en las dos cuentas que continuaban abiertas al tiempo del divorcio, es decir dos tercios para la esposa y un tercio para el recurrente.

C) Reclamaciones por apropiación del saldo.

Tampoco es admisible la apropiación del todo o parte del saldo de la cuenta corriente conjunta. Aunque las reclamaciones en relación con la apropiación de fondos por uno de los cónyuges de las cuentas conjuntas suelen fundamentarse en el enriquecimiento injusto de este cónyuge, téngase en cuenta que la acción de enriquecimiento injusto es una acción subsidiaria o residual, en defecto de acciones específicas tal y como determinan las SSTS 19 julio 2012[72], 29 junio 2015[73] y 10 febrero 2016[74], entre otras. Sin embargo las Audiencia Provinciales mantienen un criterio dispar al respecto. Así, la SAP Asturias 20 abril 2022[75] en el caso enjuiciado, no estimó la existencia de enriquecimiento injusto "a costa del demandante por parte de la demandada, porque, en definitiva, computados los ingresos de ésta obrantes en la cuenta de la Caja Rural, y los del demandante, así como las cargas comunes, resultarían pagos por la demandada que cubrirían

70 SAP Valencia 12 mayo 2017 (*Tol 6537607*).

71 SAP León 31 mayo 2019 (*Tol 7360984*).

72 STS 19 julio 2012 (*Tol 2666893*).

73 STS 29 junio 2015 (*Tol 522019*).

74 STS 10 febrero 2016 (*Tol 5689647*).

75 SAP Asturias 20 abril 2022 (*Tol 9102288*).

sobradamente tanto las cargas por dichos préstamos, como su parte en las cargas comunes del matrimonio".

En el caso resuelto por la SAP Santander 27 febrero 2018[76] el esposo reclamó una serie de extracciones que hizo la esposa de una cuenta cuyos fondos procedían del negocio del marido. El Tribunal tampoco consideró en este caso que hubiese enriquecimiento injusto, porque el marido conoció y consintió todos los actos dispositivos en relación con sus bienes. En todo caso, debía haber instado acciones de responsabilidad o resarcimiento pero no la vía del enriquecimiento injusto. En este sentido, el tribunal recuerda la jurisprudencia del Tribunal Supremo en relación con la acción de enriquecimiento injusto y "cuyas exigencias son: en primer lugar, el enriquecimiento de una persona, como incremento patrimonial; en segundo lugar, el correlativo empobrecimiento de la otra parte, como pérdida o perjuicio patrimonial; en tercer lugar, inexistencia de causa que justifique la atribución patrimonial del enriquecido, presupuesto que no se da cuando media una relación jurídica que la fundamente, carácter de subsidiariedad que se ha destacado jurisprudencialmente. La indicación del carácter subsidiario de la acción de enriquecimiento injusto es una de sus notas significativas. Lo relevante, en todo caso, para la resolución del presente y la mayoría de los casos en que se ejercita esta acción, es la presencia o no de una causa que permita justificar el aumento patrimonial. Existirá causa para justificar el enriquecimiento, con carácter general y enunciativo, cuando provenga de una relación contractual u obligacional que una a las partes; cuando su origen se encuentre en la aplicación de preceptos legales; y, en fin, cuando proceda de lo dispuesto en una resolución judicial. Como termina en tal sentido afirmando la citada STS 7 abril 2016, no existe falta de causa 'cuando la atribución patrimonial corresponde a una relación jurídica patrimonial o a un precepto legal, pues cuando existe un contrato válido o cuando el legislador, por razones de interés social, tolera consecuencias en casos concretos, no puede sostenerse que los beneficiados indirectamente por ella se enriquezcan injustamente'. La STS de 29 de febrero de 2008 niega la apreciación del enriquecimiento injusto cuando el beneficio patrimonial de una de las partes es consecuencia de pactos libremente asumidos, debiendo exigirse para considerar un enriquecimiento como ilícito e improcedente que el mismo carezca absolutamente de toda razón jurídica, es decir, que no concurra justa causa, entendiéndose por tal una situación que autorice el beneficio obtenido, sea porque existe una norma que lo legitima, sea porque ha mediado un negocio jurídico válido y eficaz. Precisamente por ello las STS de 23 de julio de 2010 y 25 de noviembre de 2011 sostienen que el enriquecimiento sin causa supone una subsidiariedad que implica la falta de causa que justifique la atribución patrimonial y si ésta se ha hecho a plena voluntad y a sabiendas por el autor, no puede luego

76 SAP Santander 27 febrero 2018 (*Tol 6570665*).

ampararse en una falta de causa". Por todo ello, las consideraciones anteriores explican la conclusión y así señala el tribunal que "la acción de enriquecimiento choca con dos obstáculo definitivos: de un lado, no habría de acudir a su fundamento cuando podrían haberse ejercitado otras acciones singulares y preferentes, pues cuando un cónyuge compra con los bienes del otro con su inicial consentimiento podrán desencadenarse eventuales acciones por responsabilidad del mandatario (art. 1718 y ss. CC) si hubiera existido un contrato de mandato, del prestatario (art. 1753 y ss. CC) si hubiera existido un préstamo o de reconocimiento de la titularidad del demandante -por simulación- si el cónyuge adquirente fuera un mero testaferro; del otro, solo si la inversión se hizo por un cónyuge con los bienes del otro y sin su conocimiento y consentimiento podrá acudirse a la acción de resarcimiento, en cuanto no puede aceptarse la existencia de una causa legal o contractual oponible, circunstancia, por lo dicho, que no concurre en el caso presente, en el que el actor no solo ha conocido, sino autorizado y por tanto consentido todos los actos dispositivos realizados con sus bienes por quien fuera su esposa en un tiempo ciertamente alejado de la crisis matrimonial y desde luego de la fecha de presentación de la demanda".

Por su parte, la STS 12 noviembre 2020[77] estima que en el caso enjuiciado hay "una atribución procedente por mitades del patrimonio de la actora y del demandado (fondos procedentes del crédito de los que eran cotitulares), que ingresan en el patrimonio de un tercero (vendedor del local), a cambio de la transmisión por parte de éste de un inmueble que ingresa exclusivamente en el patrimonio del demandado. En consecuencia, se produce en el patrimonio de éste un incremento (enriquecimiento) que puede cifrarse en el importe que exceda de la mitad de los fondos procedentes del crédito bancario empleados en pagar el precio de la compra del local. En ese mismo importe se produce una disminución (empobrecimiento) en el patrimonio de la actora. Ese trasvase económico-patrimonial no responde a ningún negocio jurídico o relación jurídico-obligatoria que pueda causalizarlo funcionalmente, y que haya aflorado en el proceso, ni a ningún imperativo legal. Se trata, por tanto, de un desplazamiento patrimonial carente de justificación o razón jurídica, que genera el derecho a exigir la restitución correspondiente, para restablecer el equilibrio patrimonial quebrado por la infracción de la regla que proscribe en nuestro Derecho el enriquecimiento sin causa".

Por otro lado, la SAP Santander 24 junio 2015[78] obligó a la exmujer a devolver las cantidades que reintegró de una cuenta común para ingresarlas en una cuenta de su exclusiva titularidad pese a que la cuenta de titularidad conjunta se nutría en su práctica totalidad de las nóminas privativas del actor sin que quedara probado

77 STS 12 noviembre 2020 (*Tol 8000087*).

78 SAP Santander 24 junio 2015 (*Tol 5554354*).

que "las importantes disposiciones realizadas por la recurrente con cargo a los ingresos privativos del esposo y en beneficio propio hayan sido conocidas por el actor, ni se han aportado por la recurrente elementos de juicio que permitan concluir que tales disposiciones se han desde la cuenta de su exclusiva titularidad, al levantamiento de las cargas del matrimonio".

En el mismo sentido, la SAP Asturias 20 diciembre 2018[79], que declaró el derecho de reintegro a favor del esposo de la cantidad que la esposa extrajo de cuenta común y transfirió a una cuenta privativa.

La SAP Les Illes Balears 10 diciembre 2007[80] apreció el enriquecimiento injusto estimando la reclamación de cantidad dado que la demandada vino a enriquecerse con aquello que no le pertenecía, con el correlativo empobrecimiento de la otra parte y sin causa alguna que justifique dicho desplazamiento patrimonial a favor de uno y en perjuicio de otro señalando la sentencia que "aun siendo cierto que dentro del régimen de separación de bienes pueden existir, ciertamente, bienes o derechos que pertenezcan conjuntamente a ambos cónyuges (artículo 1441 del Código Civil), no existe propiamente una masa común afecta al levantamiento de las cargas matrimoniales, aún más, la cuestión litigiosa no lo es tanto la determinación de la titularidad inicial del dinero cuyo origen expresamente se reconoce que pertenece en exclusividad al actor, sino si su disposición unilateral por la demandada constituye un supuesto de *enriquecimiento injusto,* por lo que como se anticipó tal motivo de apelación debe ser desestimado… Por lo que respecta al segundo motivo de apelación, igualmente se aprecia que carece de toda razón el recurso de la demandada, y ello porque como bien afirma la Sentencia recurrida el hecho de la apertura de una cuenta bancaria indistintamente a nombre de dos o más personas solo supone que cualquiera de dichos titulares pueda frente al banco depositario disponer del saldo, pero sin que ello conlleve entre dichos respectivos titulares un efectivo condominio, pues la titularidad del referido saldo, ya sea en exclusiva ya en la correspondiente proporción, vendrá determinada por las relaciones internas entre dichos cotitulares, siendo la prueba que al efecto pueda practicarse la que determinará dicha titularidad exclusiva o proporcional (…) Sucede, en este caso, que no ha sido puesto en duda que el saldo de ambas cuentas pertenecían en exclusiva al actor, en cuanto originado por sus únicos ingresos, sin que por parte de la demandada se efectuara desembolso alguno en dichas cuentas, lo que por sí solo evidencia que la referida demandada no podía disponer del mismo en ningún caso, y con ello, que su obligación de restituir es patente, pues vino a enriquecerse con aquel que no le pertenecía, con el correlativo empobrecimiento de la otra parte, y sin causa alguna que justifique dicho desplazamiento patrimonial a favor de uno y en perjuicio de otro, siendo

79 SAP Asturias 20 diciembre 2018 (*Tol 7029698*).

80 SAP Les Illes Balears 10 diciembre 2007 (*Tol 7547429*).

incierto que la causa pueda situase en el desequilibrio económico provocado por la separación de los cónyuges".

Debemos resaltar, asimismo, que en la STS 24 junio 2020[81] el Tribunal Supremo, en esta ocasión sí apreció la procedencia de la acción de enriquecimiento injusto destacando su procedencia cuando "la categoría del enriquecimiento injustificado tiene un punto de partida o fundamento principal acorde con el debido resarcimiento de un desplazamiento o enriquecimiento patrimonial que carece de razón jurídica o justificación que lo legitime. De esta forma, su función de cláusula general de cierre también parece clara, pues si, pese a que el Derecho de obligaciones aparece estructurado de tal modo en orden a impedir que no tenga lugar un desplazamiento o enriquecimiento injusto, no obstante, éste se produce, entonces el alcance sistemático y complementario del principio permite que la prohibición del enriquecimiento injusto se convierta en regla sancionadora de la atribución realizada determinando la correspondiente restitución (…). Es en este ámbito donde resulta incuestionable la idea de que cuando la ley conceda acciones específicas en un supuesto regulado por ella para evitar el enriquecimiento sin causa, son tales acciones las que se deben ejercitar, sin que ni su fracaso ni su falta de ejercicio legitimen para el de la acción de enriquecimiento".

D) Derechos de reintegro por diferencias en la aportación del saldo.

En este apartado se contemplan aquellas problemáticas relacionadas con la cuentas bancarias conjuntas de los casados en régimen de separación de bienes que, llegada la crisis conyugal, lleva aparejada la de las cuentas en el sentido de que uno o ambos pretenden haber aportado más fondos que el consorte a estas cuentas, pactadas en principio para atender las cargas familiares e incluso el conflicto puede llegar por acusaciones como que se han atendido gastos particulares con el dinero depositado en estas cuentas.

En estos casos la jurisprudencia está siendo muy reacia a entrar a solucionar lo difícilmente resoluble por falta de pruebas y confusión de ingresos y reintegros.

En este sentido la SAP Madrid 19 febrero 2018[82] resulta muy expresiva de esta complejidad cuando afirma que "no se puede pretender revisar cada uno de los actos de lo que fue el matrimonio pues pese a ser un matrimonio en régimen de separación de bienes, en el seno del mismo se realizan actos por amistad, cariño o afecto y por atención a la vida en común y a la obligación de mantener la familia y los hijos que no pueden computarse y desglosarse sin llegar a situaciones irreales y a ficciones que no se corresponden con la convivencia y nos llevaría a una

81 STS 24 junio 2020 (*Tol 8000087*).

82 SAP Madrid 19 febrero 2018 (*Tol 6589604*).

imposible e ilógica revisión de todos los pagos de comidas, cenas, supermercados, actividades, gasolina y un largo etcétera, para determinar quién pago más o menos en la relación. Se debe partir de que pese a existir una separación de bienes existe una comunidad de convivencia y que se basa la misma en el muto apoyo y la mutua colaboración sin que se pueda exigir ahora cuentas por aquellos actos que se realizaron por mera liberalidad y sin ánimo de rendir cuentas (…). La parte actora, Dª E., no puede reclamar cantidades de forma genérica e indeterminada sino que deberá reclamar y solo podrá accionar cuando acredite que con dinero privativo ha pagado una deuda que era del otro cónyuge o ex cónyuge o cuando acredite que ha pagado con dinero privativo una deuda que pertenecía por mitad a ambos cónyuges pagando más porcentaje del que le correspondía. No es admisible realizar la cuenta general que pretende realizar la actora sino que por quien pretende un pago deberá acreditar que pago se ha realizado y que pago se reclama. Y deberá acreditar que con ese pago se ha atendido a deuda que pertenece a ambos ex cónyuges".

No obstante, en ocasiones, en relación con la propiedad del dinero ingresado en una cuenta bancaria conjunta que genera otra problemática en relación a la propiedad de éste y al uso del mismo, la STS 28 junio 2021[83], consideró que de acuerdo con la doctrina de la sala, ingresado el dinero privativo en una cuenta conjunta, salvo que se demuestre que su titular lo aplicó en beneficio exclusivo, es decir para sí, procede el reembolso del dinero privativo que se confundió con el dinero poseído conjuntamente.

E) Reembolso de pagos realizados desde la cuenta conjunta en concepto de gastos imputables a propiedades privativas.

Siendo la cuenta de titularidad común, en el sentido de conjunta, toda vez que la mitad del importe del saldo de la cuenta con el que se han abonado esos gastos pertenecía a cada uno de los cónyuges y acreditado que se han cargado en la misma gastos que no eran comunes sino privativos de uno de ellos, la SAP Salamanca 25 marzo 2022[84] tan sólo obliga a la esposa a reembolsar la mitad del importe de tales gastos al esposo, lo que en mi opinión es contradictorio pues la totalidad de los gastos eran privativos y estima, pese a todo que "toda vez que siendo la cuenta de titularidad común según se ha expuesto y, acreditado que se han cargado en la misma gastos que no eran comunes sino privativos de Dª V., pues afectan a sus propiedades privativas según se prueba mediante una valoración conjunta de los documentos nº 13, 14, 15, 17 y 21 unidos a la contestación a la demanda y demanda reconvencional, toda vez que la mitad del importe del saldo de la cuenta con el que se han abonado esos gastos pertenecía a Dª V. y la otra

83 STS 28 junio 2021 (*Tol 8503679*).

84 SAP Salamanca 25 marzo 2022 (*Tol 8983465*).

mitad a D. L., deberá Dª V. reembolsar a D. L., la mitad del importe de tales gastos, es decir, 3.864,51 € conforme a los cálculos efectuados por la representación de D. L., de acuerdo con la documentación a que se ha hecho mención, cuya corrección no ha sido impugnada de contrario".

En esta cuestión la SAP Madrid 19 febrero 2018[85] determinó que en relación con los gastos de la comunidad de propietarios de la vivienda no se deben abonar por mitad las cuotas ordinarias de la comunidad por ambos ex cónyuges por estar unidas al uso de la vivienda en la que quedo la esposa con los hijos menores, aunque sí se considera que se deben abonar como pertenecientes a la propiedad las derramas extraordinarias pues entiende que "la parte actora, Dª E., no puede reclamar cantidades de forma genérica e indeterminada sino que deberá reclamar y solo podrá accionar cuando acredite que con dinero privativo ha pagado una deuda que era del otro cónyuge o ex cónyuge o cuando acredite que ha pagado con dinero privativo una deuda que pertenecía por mitad a ambos cónyuges pagando más porcentaje del que le correspondía. No es admisible realizar la cuenta general que pretende realizar la actora sino que por quien pretende un pago deberá acreditar que pago se ha realizado y qué pago se reclama. Y deberá acreditar que con ese pago se ha atendido la deuda que pertenece a ambos ex cónyuges. La pertenencia de la deuda a ambos ex cónyuges se puede deber a ser generada la deuda por el régimen de bienes en copropietarios o por otro título que se acredite (…). Cada copropietario deberá contribuir a los gastos de la cosa común en proporción a la cuota que tenga en la misma, por lo que se consideran correctas y acertadas las cuentas realizadas por la Sentencia de Primera Instancia partiendo de los recibos de hipoteca y no de las aportaciones a la cuenta bancaria, pues se trata de determinar y justificar deudas comunes pagadas con dinero privativo en cuantía superior a la que le corresponda por su cuota da participación (…). Se considera por la Sentencia que se deben abonar como pertenecientes a la propiedad las derramas extraordinarias por mitad pero no se deben abonar por mitad las cuotas ordinarias de la comunidad por estar unidas al uso de la vivienda en la que quedo la esposa con los hijos menores… corresponde a los copropietarios la contribución a las cargas y gastos de la propiedad y a aquellos gastos que resulten necesarios para su conservación en atención a la proporción que tengan en la comunidad. Sin embargo, los gastos derivados del uso corresponden al copropietario que tenga el uso y no al otro (…) por lo que se reconoce el crédito por las derramas extraordinarias recogidas en los recibos de comunidad de propietarios aportados por el periodo pero se debe excluir la cantidades abonadas por las cuotas ordinarias de comunidad al considerarse concepto que está ligado al uso ordinario de la propiedad y a los gastos de uso ordinario de la comunidad, que tienen que ser afrontados por la

85 SAP Madrid 19 febrero 2018 (*Tol 6589604*).

exesposa al ser la misma quien disfruta la vivienda y la tiene adjudicada y al haberse contemplado y valorado ya los referidos importes al fijar pensiones de alimentos y en su caso compensatoria (…). Obvio es que si uno solo de los cónyuges está percibiendo una utilidad económica derivada del derecho de uso que le otorga la posesión del inmueble a los fines de cubrir en el mismo sus necesidades cotidianas de alojamiento, ha de entenderse que las cuotas de comunidad forman parte de los gastos que derivan del mantenimiento y uso del inmueble que dicho consorte, con exclusión del otro, hace del mismo y sus instalaciones comunes, por lo que no parece forzado incluir aquellos gastos dentro de las obligaciones que incumben al usuario (…). Corresponden por lo tanto tales gastos a la exesposa que se quedó con sus hijos en el uso de la vivienda sin que pueda repercutirlos al exesposo más que en lo que exceda de la cuota ordinaria y supongan derramas extraordinarias como acertadamente ha liquidado e interpretado la Sentencia de Primera Instancia".

VII. REINTEGROS DERIVADOS DEL PAGO DE PRÉSTAMOS.

No es infrecuente que los cónyuges, a pesar de estar regidos por el régimen de separación de bienes se presten dinero para atender a gastos propios como la compra de un vehículo, la reforma de un bien privativo, etc. e, incluso, que ambos soliciten un préstamo conjuntamente para atender a gastos privados pero, asimismo, para atender gastos relacionados con las cargas del matrimonio y las necesidades de la familia[86].

1. Reintegros en caso de préstamos entre cónyuges.

Si no se redactó, ningún contrato de préstamo y no quedó algún rastro documental de la entrega del dinero, la oposición a la reclamación de su reintegro se va a complicar en los casos de entrega del dinero en efectivo por la dificultad de probar en estos contratos verbales si se trataba de un préstamo o de una donación (regalo de cumpleaños, etc.) y porque no se presume el *animus donandi*[87].

La STS 28 mayo de 2009[88], siguiendo reiterada jurisprudencia en este sentido, estimó que se trataba de un contrato verbal de préstamo y no de una donación que debiera reintegrarse pues "partiendo por tanto de la base de que el negocio jurídico que une a las partes es el de un contrato de préstamo sin intereses, ha de concluirse que es deber de la parte prestataria devolver las cantidades entregadas en tal concepto. Del resultado de las pruebas practicadas en la vista, resulta acreditado que el actor prestó a su entonces esposa al menos la cantidad

86 Estellés Peralta, P. Mª.: *El régimen*, cit., pp. 165 y ss.

87 En el mismo sentido, *vid*. interesante análisis de Pérez Martín, A. J.: *La liquidación*, cit., pp. 834 y ss.

88 STS 28 mayo de 2009 (*Tol 1564661*).

de 35.002.167 pts. (…) lo cual no obsta para deducir que las referidas cantidades, independientemente de su concreta calificación, fueron prestadas por el actor en beneficio de la vivienda adquirida por la demandada por lo que esta está obligada a su devolución"[89].

La SAP Cádiz 15 septiembre 2021[90] reconoce el derecho de crédito a favor de cónyuge pagador y señala que "lo que consideramos relevante es que los fondos privativos abonados por el Sr. V. en la adquisición del inmueble deben ser valorados al tiempo de disolverse el condominio como derecho de crédito a su favor, al no constar donación expresa y tácita a favor de la contraparte". Igualmente, la SAP Granada 17 marzo 2014[91] obligó al reintegro de las cantidades reclamadas pues consideró que "analizando ahora cada una de las partidas reclamadas, hemos de comenzar por la suma de 7.239,51 euros que fueron entregadas por medio de un cheque a favor de la vendedora para pago de parte del precio de la compra de una vivienda y plaza de aparcamiento adquirido por la demandada, cuya titularidad privativa no se discute. Es cierto que no consta formalizara expresamente un contrato de préstamo, pero lo que no puede sostenerse es que se hizo con la intención de que no se devolviera".

Por otra parte, la SAP Salamanca 4 febrero 2022[92] estimó que no había existido ningún préstamo de un cónyuge en favor del otro pues "no hay prueba alguna que acredite que los 14.700 euros fueran un préstamo de la esposa al esposo constante el matrimonio. Así, en la demanda ni habla de préstamo ni lo acredita mediante ningún tipo de prueba. El traspaso de los 14.700 euros entre cuentas no tiene concepto asignado ni en la cuenta privativa de origen ni en la común de destino que haga presumir que estamos ante un préstamo".

2. Reintegros en relación con los préstamos concedidos a ambos cónyuges.

En relación con los préstamos concedidos a ambos cónyuges, deben ser sufragados con arreglo al título constitutivo. Así lo manifestó la SAP Barcelona 31 mayo 2019[93] al afirmar que "los gastos en relación a la hipoteca deben ser sufragados con arreglo al título constitutivo lo cual no deja de ser un mero reflejo

89 En sentido contrario, la La SAP Barcelona 10 diciembre 2018 (*Tol 6957163*) que entendió que "en el caso de autos, existe, por tanto, respecto del traspaso de 20.000 euros de una cuenta titularidad del demandado, a otra titularidad de ambos entonces, cónyuges en régimen de separación de bienes, una presunción de donación que no puede entenderse desvirtuada por prueba en contrario, no siendo necesario acudir a las normas generales sobre la donación en las que si debe acreditarse el *animus donandi*. No en este caso, en el que rige dicha presunción. No juega en contra de esa presunción, sino todo lo contrario, los documentos 6 y 6 bis, y 7 acompañados a la contestación a la demanda, que no son sino borradores de convenios o acuerdos, finalmente no suscritos por las partes".

90 SAP Cádiz 15 septiembre 2021 (*Tol 8663884*).

91 SAP Granada 17 marzo 2014 (*Tol 4227204*).

92 SAP Salamanca 4 febrero 2022 (*Tol 8950670*).

93 SAP Barcelona 31 mayo 2019 (*Tol 73147007*).

de la cotitularidad de ambos prestatarios en el abono de las cuotas hipotecarias a tenor del título constitutivo de la escritura de préstamo hipotecario (…).Pues una cosa es el proceso matrimonial y otro el que deriva de la acción de repetición por uno de los obligados solidarios y cotitular al 50% que abona la totalidad de la cuota hipotecaria frente al otro codeudor solidario".

A) Los impagos del préstamo.

La problemática en torno a esta cuestión se genera cuando, o bien se producen impagos de las distintas cuotas o cuando uno de los cónyuges es el que hace frente al pago de la deuda, en cuyo caso, y en virtud del art. 1145 CC, el que hizo el pago solo puede reclamar de sus codeudores la parte que a cada uno corresponda, con los intereses del anticipo, e incluso, según señala la citada SAP Barcelona 31 mayo 2019[94], las comisiones por impago que tuvo abonar al banco. Y así señaló que "el pago de la hipoteca no está dentro del concepto de cargas del matrimonio y como el artículo 1145 del Código Civil posibilita, ante la existencia de una obligación solidaria, en que cada uno de los acreedores tiene derecho a pedir o que cada deudor debe prestar íntegramente las cosas objeto de la obligación a que, verificando el pago, se extinga la obligación. Es tras esta circunstancia liquidatoria de la obligación que ha de fijarse la naturaleza de la relación interna entre los deudores. En tales circunstancias con la atribución de cuotas iguales entre las partes pues son deudores solidarios, se ha de distinguir entre la obligación solidaria de las relaciones externas con el acreedor de las relaciones internas entre codeudores, por la aplicación combinada de los artículos 1145 y 1138 del Código civil, dividiéndose entonces, en consecuencia, la deuda entre los deudores por partes iguales; entre otras, sentencia del Tribunal Supremo de 4 de mayo de 2006. Otra decisión implicaría un enriquecimiento injusto a favor de la demandada que además contravendría el titulo constitutivo. Y sin que pueda ahora exonerarse cuando no pago en tiempo su cuota dentro de los plazos contractuales como obligada solidaria el préstamo hipotecario sobre la vivienda de la CALLE000 del pago de las comisiones repercutidas por la entidad financiera en su día. Ni tampoco puede señalarse como fecha de abono la de la extinción del alquiler al carecer de sustento legal y convencional".

B) Prestamos conjuntos para refinanciar deudas privativas.

Si el dinero prestado ha sido utilizado por uno solo de los cónyuges con la intención de refinanciar deudas privativas, invertirlo en mejoras de su patrimonio o para la adquisición de bienes privativos se pueden producir distintas situaciones.

94 SAP Barcelona 31 mayo 2019 (*Tol 73147007*).

a) Préstamo devuelto por el cónyuge que dispuso del dinero prestado.

La SAP Badajoz 9 julio 2019[95], desestimó la demanda de reclamación de cantidad interpuesta por el cónyuge reclamando la mitad de un préstamo que se solicitó precisamente para refinanciar las deudas del actor y negó la responsabilidad solidaria del consorte al entender que "consta que el préstamo lo fue para refinanciar deudas, deudas que no podían ser de otra persona que el actor, en cuanto que en la sentencia de divorcio se hacía constar que tiene varios negocios de hostelería y que la demandada se dedicaba exclusivamente a las tareas del hogar (…) el préstamo lo fue para financiar deudas exclusivas del actor, por lo que nada puede este reclamar".

En el caso enjuiciado por la SAP Zaragoza 25 julio 2003[96] se estimó que habiendo sido el préstamo concertado en interés únicamente de uno de los cónyuges quien dispuso de la totalidad del capital prestado para la adquisición de un vehículo de su exclusiva propiedad, se evidencia de forma indubitada, que la deuda derivada de la referida póliza o contrato de préstamo, en cuanto a las relaciones internas entre ambos prestatarios, los hoy litigantes, no alcanzaba a la esposa demandada y el marido, por tanto carece de acción para reclamar "ya que ha quedado debidamente probado que aquel fue concertado, rigiendo el régimen económico de separación absoluta de bienes, en interés sólo del hoy actor, Sr. J.C., quien dispuso de la totalidad del capital prestado para la adquisición de un vehículo de su exclusiva propiedad y (…) que el Sr. J.C. carece de acción para repetir contra su esposa en reclamación de la mitad de lo por él abonado al citado Banco para amortización del capital que le prestó, sin que esté facultado para ello en virtud de lo establecido en el artículo 1.145 del Código Civil, ya que la Sra. M. C. no es en realidad codeudora suya".

b) Préstamo devuelto por el cónyuge que no dispuso del dinero prestado.

Es habitual que en ocasiones uno de los cónyuges se haga cargo de la devolución de las cuotas de un préstamo sin haberse beneficiado del dinero prestado. En estos casos, el cónyuge que no dispuso del dinero prestado pero que, sin embargo, es el que ha tenido que devolver el préstamo, tiene derecho a reclamar al otro cónyuge, al beneficiario, la totalidad de lo pagado más los correspondientes intereses. Es el supuesto analizado por la ya citada SAP Zaragoza 25 julio 2003[97] que desestimó la demanda al acreditarse que fue el actor el que dispuso de la totalidad del dinero obtenido con el préstamo.

95 SAP Badajoz 9 julio 2019 (*Tol 7439819*).

96 SAP Zaragoza 25 julio 2003 (*Tol 429826*).

97 SAP Zaragoza 25 julio 2003 (*Tol 429826*).

Es imprescindible, no obstante, acreditar que el préstamo se destina a inversiones privativas del consorte según señaló la SAP Alicante 13 septiembre 2006[98] que desestimó la demanda de la esposa reclamando al esposo los pagos que realizó de un préstamo que solicitaron conjuntamente al no haber acreditado que el préstamo se destinó a la compra de un vehículo para el esposo porque "lo cierto es que consta que la parte más importante se destinó a la adquisición de un vehículo del que era titular el esposo, pero también consta que con otra parte se amortizó un préstamo que al parecer era de responsabilidad exclusiva de la esposa y del resto no puede decirse que tuviera un destino claro, ya que aunque los cargos en la cuenta donde el dinero permaneció fueran realzados o autorizados por el esposo al menos alguno de ellos parece vinculado al levantamiento de las cargas del matrimonio".

Por el contrario, la SAP Barcelona 14 octubre 2010[99] no toma en consideración el destino del dinero prestado pero sí reconoce un derecho de crédito al cónyuge que abonó la totalidad del saldo pendiente ante la reclamación de la entidad bancaria por una póliza de crédito en que intervinieron ambos cónyuges pues estima que "aquí de lo que se trata es de resolver la inclusión o no de la partida correspondiente a la póliza de crédito suscrita, y por ende la determinación del lado pasivo del inventario (…). Qué uso se le haya querido dar a ese dinero es algo que aquí resulta del todo punto irrelevante. Lo importante es que ambos ex cónyuges se comprometieron a devolver una cantidad de dinero, que en efecto se dispuso de un cierto montante, que se canceló anticipadamente por la entidad, que el señor F. pagó su mitad y que tres días después se le reclamó la otra mitad, por lo que hubo de anticipar lo que la cotitular se había comprometido a pagar: En consecuencia, ésta debe reintegrarlo". Por su parte, la SAP Barcelona 10 diciembre 2018[100]en el caso enjuiciado en que ambos cónyuges figuraban como prestatarios de un préstamo solicitado para realizar obras en la vivienda familiar y tras la reclamación de las cuotas, no consideró el tribunal que el ingreso por el demandado en la cuenta del préstamo de 20.000 euros que recibió de una indemnización, se hiciese para amortizar la parte que le correspondía abonar del préstamo solicitado pues entendió que "esos documentos no avalan la tesis del demandado en el sentido de que se trató de una amortización únicamente imputable al mismo. Al contrario, pese a que el traspaso se produjo el 26/5/11, el demandado siguió haciendo frente al pago de las cuotas hipotecarias hasta el mes de enero y febrero de 2105 lo que no es sino prueba de que el ingreso no se realizó en concepto de amortización por su exclusiva cuenta".

c) Préstamo en interés de uno de los cónyuges con fianza del consorte.

98 SAP Alicante 13 septiembre 2006 (*Tol 6107898*).

99 SAP Barcelona 14 octubre 2010 (*Tol 2061907*).

100 SAP Barcelona 10 diciembre 2018 (*Tol 6957163*).

Otro supuesto habitual es la solicitud de un préstamo a nombre de uno sólo de los cónyuges con la intervención del otro consorte como fiador con la finalidad de destinar el dinero prestado a refinanciar deudas privativas o a la adquisición de bienes propios[101]. En el caso enjuiciado por la SAP Madrid 23 noviembre 2015[102] se había solicitado un préstamo para la adquisición de un vehículo privativo por uno solo de los cónyuges, aunque el otro intervenía como fiador. Aquí la Audiencia distingue entre las dos posiciones jurídicas pues entiende que una cosa es ser el fiador de la operación concreta de crédito y otra cosa es ser titular al 50% del préstamo suscrito.

d) Cuotas del préstamo por adquisición de bienes en proindiviso atendidas por uno de los cónyuges.

En relación con un préstamo constituido para la adquisición de un bien en proindiviso, ambos cónyuges se constituyeron en deudores solidarios conforme la escritura pública en la que se formalizó luego en el devenir normal del cumplimiento de las obligaciones de devolución del capital prestado y pago de sus intereses es obvio que ambos no eran deudores mancomunados respecto del prestamista, en consecuencia, del pago realizado por uno de los deudores solidarios permite reclamar de su codeudor, que lo es el demandado, la parte que a aquél le correspondía, que, en concreto, es el cincuenta por ciento de la cuota correspondiente cual ha sido reclamado por la demandante, como así ha señalado la SAP Ceuta 30 mayo 2013[103]. Por otro lado, la SAP Madrid 19 febrero 2018[104] resulta muy expresiva de esta complejidad cuando señala que "la parte actora, Dª E., no puede reclamar cantidades de forma genérica e indeterminada sino que deberá reclamar y solo podrá accionar cuando acredite que con dinero privativo ha pagado una deuda que era del otro cónyuge o ex cónyuge o cuando acredite que ha pagado con dinero privativo una deuda que pertenecía por mitad a ambos cónyuges pagando más porcentaje del que le correspondía. No es admisible realizar la cuenta general que pretende realizar la actora sino que por quien pretende un pago deberá acreditar que pago se ha realizado y qué pago se reclama. Y deberá acreditar que con ese pago se ha atendido la deuda que pertenece a ambos ex cónyuges. La pertenencia de la deuda a ambos ex cónyuges se puede deber a ser generada la deuda por el régimen de bienes en copropietarios o por otro título que se acredite. La parte a la que se reclame podrá probar como hecho extintivo o impeditivo que esa deuda ya se ha pagado o bien que se realizó el pago por liberalidad u otra justa causa y sin ánimo de reclamarla o bien que no le corresponde abonarla por algún otro motivo. La

101 Estellés Peralta, P. Mª.: *El régimen*, cit., pp. 174.

102 SAP Madrid 23 noviembre 2015 (*Tol 5618420*).

103 SAP Ceuta 30 mayo 2013 (*Tol 3850829*).

104 SAP Madrid 19 febrero 2018 (*Tol 6589604*).

causa de liberalidad o causa 'donandi' no se presume y deberá ser acreditada por quien la alega, sin perjuicio de que en los supuestos de matrimonio la carga de la prueba debe ser atenuada o relajada en atención a la comunidad de vida que se crea (…). Cada copropietario deberá contribuir a los gastos de la cosa común en proporción a la cuota que tenga en la misma, por lo que se consideran correctas y acertadas las cuentas realizadas por la Sentencia de Primera Instancia partiendo de los recibos de hipoteca y no de las aportaciones a la cuenta bancaria, pues se trata de determinar y justificar deudas comunes pagadas con dinero privativo en cuantía superior a la que le corresponda por su cuota da participación.

La STS 17 octubre 2023[105] entendió que en los casos de adquisición de un inmueble por los cónyuges con financiación de un préstamo solidario destinado al pago íntegro del precio, la atribución de cuotas desiguales en la cotitularidad del dominio a los diferentes esposos adquirentes/deudores, lejos de determinar una situación de enriquecimiento injusto que no aprecia el tribunal en este caso, sí determina que el precio de la adquisición se abone por cada uno de los dos compradores, ahora litigantes, en proporción a su titularidad y si con el préstamo hipotecario no se financió la totalidad del precio de la compraventa, sino solo una parte deba el demandado complementar lo que falte.

e) Controversia sobre préstamos devueltos por ambos cónyuges.

Una de estas controversias atiende a los porcentajes que se han abonado por cada uno de los cónyuges y si es posible reclamar del consorte en base a un derecho de reintegro teniendo en cuenta que las cuotas del préstamo se abonaron desde una cuenta de titularidad conjunta. El caso es que la titularidad conjunta de la cuenta no implica el condominio de la misma, ni la participación en cuotas iguales por lo que el abono de las cuotas del préstamo no se presume realizado en igual proporción por ambos cónyuges; esta postura se califica de "simplista" por nuestros tribunales. Así la SAP Asturias 20 abril 2022[106] estimó que "partiendo de una posición simplista, como lo era la cotitularidad de las cuentas, concluir que ambos cónyuges habrían contribuido por mitad al pago de los préstamos para la financiación de la adquisición del inmueble, obviando así la conocida doctrina jurisprudencial con arreglo a la cual la cotitularidad de cuentas bancarias no supone la de los fondos de los que dichas cuentas se nutren" no era procedente. Asimismo, la SAP Huelva 22 marzo 2013[107].

En conclusión, como consecuencia del ejercicio de la potestad doméstica, de los préstamos entre cónyuges, de la aplicación de fondos comunes a fines privados

105 STS 17 octubre 2023 (*Tol 9741696*).

106 SAP Asturias 20 abril 2022 (*Tol 9102288*).

107 SAP Huelva 22 marzo 2013 (*Tol 3834373*).

o de las deudas derivadas del ejercicio del comercio si el consorte del comerciante afianzó vinculando sus propios bienes, se producen una serie de desplazamientos patrimoniales que van a generar unos derechos de reintegro que van a dar lugar a una serie de reclamaciones de cantidad con el fin de obtener el reembolso de tales fondos, a menos que la causa de la aportación del cónyuge acreedor se acredite que es gratuita y no onerosa.

VIII. REINTEGRO DE CANTIDADES POR ENAJENACIÓN DE BIENES COMUNES.

cuando se produzca la venta del bien en proindiviso a tercero y la totalidad o una parte del precio no se ha entregado al otro cónyuge, quedándosela uno de ellos para sí, tendrá lugar este reintegro. En este sentido, valga como ejemplo la SAP Málaga 30 octubre 2015[108] que estimó, en el caso enjuiciado en que el marido había vendido los inmuebles en proindiviso valiéndose de un poder al efecto, que el exmarido debía abonar a su cónyuge el 50% del precio obtenido, pues si bien la norma del artículo 1439 del Código Civil "establece una excepción de la obligación ordinaria de rendición de cuentas de los mandatarios, justificada por el hecho de existir convivencia matrimonial entre mandante y mandatario y la presunción de la 'bona fides', la actuación del demandado no consistió en practicar un mero acto de 'administración' sobre bienes del otro cónyuge, sino que fue de 'disposición', transmitiendo la propiedad de cuatro inmuebles en copropiedad a terceras personas".

IX. CONCLUSIONES.

I.- Pese a la pretendida -que no efectiva- titularidad (individual) de los bienes adquiridos antes y después de la celebración del matrimonio así como por la preeminencia de la titularidad formal del bien en conflicto con independencia de la procedencia de la contraprestación empleada para su adquisición, en el régimen de separación de bienes se tiende a suponer que no se van a producir reintegros por esta característica mencionada, o de darse, en raras ocasiones (a diferencia de lo que sucede en la sociedad de gananciales en que los reembolsos son frecuentes entre cónyuges y entre éstos y la sociedad de gananciales pues se prioriza la procedencia del caudal con el que se realiza la adquisición del bien o derecho sobre la titularidad formal del mismo). Nada más lejos de la realidad. La casuística de nuestros tribunales evidencia un abanico de reintegros o reembolsos muy numeroso y alejado de los planteamientos simplistas en relación con este régimen matrimonial. Téngase en cuenta que el reintegro o reembolso se arbitra con el fin de equilibrar los desplazamientos entre las masas patrimoniales.

108 SAP Málaga 30 octubre 2015 (*Tol 5630145*).

II.- En relación con los reintegros que proceden por la contribución de los cónyuges al sostenimiento de las cargas del matrimonio, se suscitan importantes problemáticas y "sorpresas" al tiempo de liquidar el régimen de separación de bienes, como los derechos de reintegro derivados de la justa reclamación del cónyuge que ha contribuido a las cargas familiares por encima de sus recursos económicos, al menos, del exceso de los que aportó, tanto si lo hizo directamente, contribuyendo al pago de los gastos como si en virtud de la potestad doméstica de su consorte que permite, a pesar de la separación patrimonial, que el tercero pueda exigir responsabilidad al cónyuge que no contrató ni generó la deuda contraída para satisfacer las necesidades ordinarias de la familia, hubo de hacer frente a esa responsabilidad en mayor medida de los que le correspondía.

III.- El sostenimiento de las cargas matrimoniales y el ejercicio de la potestad doméstica no solo generan un derecho de reintegro entre cónyuges por la mera contribución de éstos, sino también generan responsabilidades directa y subsidiarias debido a las deudas contraídas por uno de ellos con terceros acreedores con el fin de satisfacer las necesidades en que éstas se traducen. Obviamente, esta excepción a la regla de separación de responsabilidades se justifica por la comunidad de vida propia del matrimonio y beneficia a los acreedores al mismo tiempo que favorece el mayor crédito de los cónyuges para atender a las necesidades familiares.

IV.- Quedan fuera del concepto de cargas del matrimonio los gastos generados por ciertos bienes que, aun siendo de carácter común, no son bienes del matrimonio; e igualmente si siendo privativos de un cónyuge su destino fue el uso en beneficio de la familia a tenor de la doctrina jurisprudencial sobre esta cuestión tratándose de un matrimonio sometido al régimen de separación de bienes. En consecuencia, nuestros tribunales no consideran como contribución en especie a las cargas del matrimonio, la adquisición de una vivienda, ya sea en condominio o privativa, pues deniegan el reintegro de las cuotas del préstamo solicitado para adquirir un bien que sirvió a las necesidades habitacionales de la familia.

V.- En el régimen de separación de bienes las deudas de cada cónyuge son de su exclusiva responsabilidad, por lo que si alguno de los consortes ha tenido que hacer frente a las deudas de su cónyuge, surge un derecho a poder exigir el reintegro de esas cantidades, bien porque uno de ellos aplicó los fondos comunes a atender fines privativos en vez de atender al levantamiento de las cargas del matrimonio o porque se abonaron deudas personales o comerciales del consorte o porque no se recibió/entregó todo o parte del precio de la venta de un bien en proindiviso, etc.

VI.- Si quedase acreditado que el saldo que se reintegró de la cuenta conjunta se destinó a atender las cargas del matrimonio, no prosperará la acción de reintegro.

VII.- Es una errónea creencia esperar que, en un régimen de separación de bienes constante la convivencia y en situaciones de armonía conyugal, los cónyuges mantengan cuentas corrientes separadas y que cada uno ingrese en ellas los rendimientos de sus bienes privativos y de sus respectivas profesiones u oficios. Por el contrario, lo más frecuente es que los cónyuges dispongan de una cuenta conjunta para atender a los gastos derivados de la atención a la familia. En estas cuentas conjuntas se van a efectuar traspasos e ingresos que andando el tiempo no es infrecuente que puedan presentar situaciones conflictivas tras el divorcio en relación con la titularidad del dinero ingresado en estas cuentas bancarias.

VIII.- En muchas ocasiones se autoriza al cónyuge en las cuentas propias para facilitar la gestión de la economía conyugal, sin embargo, estar autorizado para poder hacer reintegros de la cuenta, no conlleva ser copropietario del saldo existente en la cuenta. Una vez efectuados tales reintegros habrá que ver el destino que se dio a dichas disposiciones de dinero y si se aplicaron al fin pactado o al levantamiento de las cargas del matrimonio. De lo contrario, el cónyuge titular de la cuenta tendrá derecho a reclamar de su consorte autorizado, la devolución de todas las cantidades que ha ido extrayendo de su cuenta bancaria privada y no han sido aplicadas al destino convenido.

IX.- En relación con las cuentas corrientes de titularidad indistinta, la jurisprudencia estima que la apertura de una cuenta corriente bancaria, en forma indistinta, a nombre de dos o más personas, los cónyuges, lo único que significa *prima facie*, es que cualquiera de los titulares tendrá frente al Banco depositario, facultades dispositivas del saldo que arroje la cuenta, pero no determina por sí sólo la existencia de un condominio que vendrá determinado únicamente por las relaciones internas y, más concretamente, por la propiedad originaria de los fondos o numerario de qué se nutre dicha cuenta, por lo que estos fondos no deben invertirse en atenciones distintas al levantamiento de las cargas del matrimonio o ello generará un derecho al reintegro en favor del cónyuge perjudicado.

X.- En ocasiones se trata de dirimir si uno de los cónyuges tiene o no un derecho de crédito frente al otro que le permita recuperar el dinero privativo que aportó y se confundió con el dinero poseído conjuntamente en la cuenta común y que parece haberse destinado a cubrir las necesidades de la familia, estimando nuestros tribunales que no se constituye ningún crédito a favor del que aportó la suma privativa precisamente por la obligación inherente a los esposos de contribuir al levantamiento de cargas familiares en proporción a sus ingresos.

XI.- La determinación de a qué cónyuge o cónyuges y en qué proporción corresponden los saldos existentes tras la ruptura conyugal es otra de las problemáticas que se generan en el tema que nos ocupa y que trae causa, por un lado, de estas cuentas de titularidad conjunta en un régimen disociativo; asimismo,

de la dificultad de la determinación y prueba de quién realiza los ingresos y en qué proporción, pero también, de la proporción en que se debe contribuir a las cargas del matrimonio. Si la contribución del cónyuge es acorde con los ingresos en la cuenta conjunta, nada podrá reclamar; si es deficitaria, será el otro cónyuge quien ostente el derecho de reintegro y sólo si aportó más de lo que le correspondía podrá instar el reintegro de lo que ingresó, pero únicamente del exceso.

XII.- Si los cónyuges solicitan un préstamo conjunto para refinanciar deudas privativas y el dinero prestado ha sido utilizado por uno solo de los cónyuges con la intención de refinanciar sus propias deudas, invertirlo en mejoras de su patrimonio o para la adquisición de bienes privativos nada puede reclamar al otro cónyuge si el beneficiado aportó para el pago de las cuotas del préstamo caudales propios.

XII.- Si, por el contrario, uno de los cónyuges se hace cargo de la devolución de las cuotas de un préstamo sin haberse beneficiado del dinero prestado, el cónyuge que no dispuso del dinero prestado pero que, sin embargo, es el que ha tenido que devolver el préstamo, tiene derecho a reclamar al otro cónyuge, al beneficiario, la totalidad de lo pagado más los correspondientes intereses.

XIV.- Como consecuencia del ejercicio de la potestad doméstica, de los préstamos entre cónyuges, de la aplicación de fondos comunes a fines privados o de las deudas derivadas del ejercicio del comercio si el consorte del comerciante afianzó vinculando sus propios bienes, se producen una serie de desplazamientos patrimoniales que van a generar unos derechos de reintegro que van a dar lugar a una serie de reclamaciones de cantidad con el fin de obtener el reembolso de tales fondos, a menos que la causa de la aportación del cónyuge acreedor se acredite que es gratuita y no onerosa.

BIBLIOGRAFÍA.

ARRÉBOLA BLANCO, A.: "La liquidación del régimen de separación de bienes", en AA.VV.: *Las crisis familiares, Tratado práctico interdisciplinar*, (coord. por P. CHAPARRO y A. BUENO), Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, pp. 463 a 484.

CLAR GARAU, R.: "De nuevo sobre el régimen de separación de bienes", separata del *Boletín Informativo del Ilustre Colegio de Abogados de Baleares*, Palma, 1974.

ESTELLÉS PERALTA, P. Mª.: *El régimen de separación de bienes y su liquidación. Problemáticas y soluciones en la paxis de los tribunales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2023.

- "La compensación del art. 1438 CC", en AA.VV.: *Compensación por desequilibrio en la separación y divorcio. Tratado práctico interdisciplinar*, (dir. por J. R. DE VERDA), Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, pp. 249-282.

- *La gestión de los bienes conyugales*, Fundación Estema, Valencia, 2003.

HERRERO GARCÍA, Mª. J.: "Comentario al artículo 1319 CC", en AA.VV.: *Comentarios del Código Civil*, (dir. por C. PAZ ARES, L. DIEZ PICAZO *et al.*). Ministerio de Justicia. Secretaría General Técnica, Madrid, 2011, t. II, pp. 583 a 586, concretamente, p. 585.

MONTERO AROCA, J.: *Disolución y liquidación de la sociedad de gananciales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014.

MONTÉS PENADÉS, V. L.: "Comentario al art. 1438 CC", en AA.VV.: *Comentarios del Código Civil*, (dir. por C. PAZ ARES, L. DIEZ PICAZO *et al.*). Ministerio de Justicia. Secretaría General Técnica, Madrid, 2011, t. II, pp. 865 y 866.

MORENO VELASCO, V.: "Aspectos prácticos de la contribución a las cargas del matrimonio en el régimen de separación de bienes en el Código Civil", *Diario La Ley*, núm. 7425, Sección Tribuna, 16 junio 2016, *La Ley* 3441/2010.

PÉREZ MARTÍN, A. J.: *La liquidación del régimen de separación de bienes*, Lexfamily, Córdoba, 2020.

REBOLLEDO VARELA, A. L.: *Separación de bienes en el matrimonio (Régimen de Separación de Bienes en el Código civil)*, Montecorvo, Madrid, 1983.

REYES LÓPEZ, Mª. J.: "El régimen de separación de bienes", en AA.VV.: *Derecho Civil IV (Derecho de Familia)*, (coord. por J. DE VERDA), 4ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, pp. 236 y ss.

SALLES COSTA, M. R. y VEGA SALA, F.: *Algunas cuestiones prácticas sobre el régimen económico matrimonial de separación de bienes. Actuación del abogado de familia en temas patrimoniales de actualidad*, Dykinson, Madrid, 1998.

EL DIVORCIO EN EL SISTEMA JURÍDICO MEXICANO. TRANSFORMACIONES Y NUEVOS RETOS

DIVORCE IN THE MEXICAN LEGAL SYSTEM. TRANSFORMATIONS AND NEW CHALLENGES

Rev. Boliv. de Derecho Nº 37, enero 2024, ISSN: 2070-8157, pp. 88-111

Eduardo OLIVA
y Víctor Manuel
CASTRILLÓN

ARTÍCULO RECIBIDO: 5 de septiembre de 2023
ARTÍCULO APROBADO: 4 de diciembre de 2023

RESUMEN: La figura jurídica del divorcio constituye, tal vez, una de las más importantes en el contenido del Derecho de Familias, su concepto, su implementación, sus características e inclusive su aceptación en el grupo social, han sido motivo de discusión y análisis en una gran diversidad de foros, desde los legislativos y judiciales, hasta los doctrinales, los académicos y los de la investigación. El divorcio indudablemente es una figura jurídica controversial y de los temas de mayor importancia en el Derecho de Familias dada su constante presencia, es actual, es vigente, se presenta en lo cotidiano y se recurre al mismo sin distinción alguna en todos los niveles sociales puesto que, ha quedado superada la idea de que la unión matrimonial solamente es una y es para siempre; la pareja no siempre logra alcanzar los fines para los que contrajo matrimonio y en dicho momento aparece de manera ineludible el divorcio, de tal forma que su tramitación legal, debe procurar la mayor eficacia y el lograr que el procedimiento se pueda dar en orden, en armonía y siempre en un entorno de respeto a los derechos humanos. En el presente trabajo nos proponemos llevar a cabo el estudio del divorcio en el sistema jurídico mexicano, desde una breve reseña histórica que data del año 1914 en que aparece por primera vez regulado en el sistema jurídico mexicano y en sus pasos evolutivos y de transformación que ha venido teniendo, hasta llegar a la necesaria revisión de las nuevas construcciones y los nuevos retos que presentará a partir de la aplicación del Código Nacional de Procedimientos Civiles y Familiares publicado el pasado 7 de junio del 2023 y que tendrá aplicación a nivel nacional a más tardar el próximo primero de abril del año 2027 y en el que, se implementa en su tramitación el divorcio ante sede notarial, así como el denominado divorcio bilateral.

PALABRAS CLAVE: Divorcio; divorcio incausado; divorcio ante sede notarial; divorcio bilateral.

ABSTRACT: *The legal figure of divorce constitutes, perhaps, one of the most important within Family Law; its concept, its implementation, its characteristics, and even its acceptance have been the subject of discussion and analysis in a great diversity of forums, from the legislative and judicial to the doctrinal, academic and research ones. Divorce is undoubtedly a controversial legal figure and one of the most important topics in Family Law given its constant presence, that it is current, in force, present in everyday life, and that has been resorted to without any distinction at all social levels since the idea of marriage as everlasting was overcome. When a couple does not achieve the purposes for which they contracted marriage, divorce appears as an unavoidable path; its legal processing should thus seek the greatest efficiency and ensure that the procedure can be given in order, harmony, and always in an environment of respect for human rights. Throughout the following paper, we seek to study the figure of divorce in the Mexican legal system, making a historical review that dates back to 1914, when divorce was first regulated by the Mexican legal system, following its evolution, transformations, and reaching the new constructions and challenges that will imply the application of the National Code of Civil and Family Procedures published last June 7, 2023, which will be applied at a national level no later than April 1, 2027, and which implements in its processing the divorce before a Public Notary, as well as the so-called bilateral divorce.*

KEY WORDS: *Divorce; uncontested divorce; divorce before a public notary; bilateral divorce.*

SUMARIO.- I. INTRODUCCIÓN.- II. EL DIVORCIO: CONCEPTO Y GENERALIDADES.- 1. DIVORCIO VOLUNTARIO VÍA ADMINISTRATIVA.- 2. DIVORCIO VOLUNTARIO VÍA JUDICIAL.- 3. DIVORCIO NECESARIO.- III. DIVORCIO INCAUSADO.- IV. LAS NUEVAS CONSTRUCCIONES DEL DIVORCIO EN MÉXICO.- 1. DIVORCIO BILATERAL.- 2. DIVORCIO ANTE SEDE NOTARIAL.- V. REFLEXIONES FINALES.

I. INTRODUCCIÓN.

En el sistema jurídico mexicano, la figura jurídica del divorcio aparece reglamentado de manera formal por primera vez, en la Ley sobre el Divorcio Vincular, que fue expedida durante el gobierno de Venustiano Carranza el 29 de diciembre de 1914, antes de tal momento, solamente se contemplaba la figura de la separación de cuerpos, pero no el divorcio; la Ley sobre el Divorcio Vincular disponía en tal momento histórico que "el matrimonio podrá disolverse en cuanto al vínculo, ya sea por mutuo y libre consentimiento de los cónyuges, cuando el matrimonio tenga más de tres años de celebrado, o en cualquier tiempo por causas que haga imposible o indebida la realización de los fines del matrimonio, o por faltas graves de alguno de los cónyuges, que hagan irreparable la desavenencia conyugal. Disuelto el matrimonio, los cónyuges pueden contraer una nueva unión legítima".

A partir de tal momento el divorcio se ha venido incorporando en la reglamentación de todos los códigos civiles y/o familiares tanto de las Entidades Federativas como el respectivo del Distrito Federal (hoy Ciudad de México), estableciéndose de manera uniforme para tramitación, aunque tal vez con requisitos diversos, tres formas clásicas, a saber; a) el divorcio voluntario o por mutuo consentimiento tramitado ante el Juez de lo Familiar, tomando el nombre de divorcio voluntario judicial; b) el divorcio voluntario tramitado ante el Oficial del Registro Civil, tomando en este supuesto la denominación de divorcio administrativo; y, c) el divoricio contencioso o necesario, tramitado ante el Juez de lo Familiar en una controversia judicial.

En el primero de los supuestos, el divorcio voluntario tramitado ante el Juez de lo Familiar, mismo que en el caso del Distrito Federal (hoy Ciudad de México) se encuentra derogado pero no así en diversos Códigos Civiles y/o Familiares y

• Eduardo Oliva Gómez
Profesor Investigador de Tiempo Completo. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales. Universidad Autónoma del Estado de Morelos. Miembro del Cuerpo Académico: Sistemas Jurídicos Contemporáneos de la propia institución, acreditado ante PRODEP. macalae2000@yahoo.com.mx

• Víctor Manuel Castrillón y Luna
Profesor Investigador de Tiempo Completo. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales. Universidad Autónoma del Estado de Morelos. Responsable del Cuerpo Académico: Sistemas Jurídicos Contemporáneos de la propia institución, acreditado ante PRODEP. atila2010@live.com.mx

Procesales Civiles y/o Familiares de algunas Entidades Federativas, estableciéndose que se puede tramitar en el supuesto en el que ambos consortes lo soliciten de común acuerdo y por tanto, sin existir controversia alguna para la disolución, para lo cual se requiere solamente que así se manifieste ante la autoridad judicial, que se exhiba un convenio en el que se incluyan todos los aspectos relativos con los efectos del divorcio, tales como; los acuerdos respectivos sobre el ejercicio de la patria potestad de las y los hijos, el régimen de custodia de las hijos y los hijos, el régimen de visitas y convivencia, el monto de la pensión alimentaria acordada y su forma de garantizarla, lo relativo a la disolución de la sociedad conyugal, en el caso de haber contraido matrimonio bajo ese régimen patrimonial.

El segundo de los supuestos se presenta de igual manera, cuando ambos cónyuges se encuentran de acuerdo en dar por concluido su vínculo matrimonial pero, en ausencia de hijos, o bien teniéndolos pero siendo ya mayores de edad y no teniendo ya la calidad de acreedores alimentarios, además habiéndose contraído el matrimonio bajo el régimen de separación de bienes o en su caso, habiendo previamente liquidado la sociedad conyugal, que se demueste que la mujer no se encuentre embarazada y que no exista dependencia económica de uno para con el otro, reunidos dichos supuestos, se puede tramitar de manera simple ante el Juez u Oficial del Registro Civil, con una sola comparecencia, y, ratificando el deseo de la disolución, la autoridad del Registro Civil procede a decretar el divorcio.

Por último, el divorcio necesario es el que deberá tramitarse ante el Juez de lo Familiar, mediante una demanda judicial en la que se demanda precisamente el divorcio y que se hace de tal forma ante la negativa de uno de los cónyuges al divorcio y ante la existencia de una casual de divorcio de las contempladas en la ley en la que incurrío el cónyuge demandado, este supuesto también toma la denominación de divorcio contencioso por la existencia de la contienda judicial, o también divorcio causalista por la existencia de una causal de divorcio.

El divorcio necesario apareció reglamentado en México, como lo hemos referido en líneas anteriores, en la Ley del Divorcio Vincular del 29 de diciembre de 1914, estableciendo para ello que procedería al presentarse alguna casua que hiciera imposible o indebida la realización de los fines del matrimonio, así como por faltas graves de un cónyuge para con el otro que haga irreparable la desavenencia conyugal, esto significa, ante la existencia de una causal que en dicho momento, no se establecía de manera expresa cual o cuales erán dichas causales.

La postura legal contemplada en la Ley del Divorcio Vincular fue adoptada en la Ley sobre Relaciones Familiares de 1917, en la que en su artículo 75 se dispuso de manera textual: "Artículo 75. El divorcio disuelve el vínculo del matrimonio y deja a los cónyuges en la aptitud de contraer otro", debiendo precisar que ahora en tal ordenamiento jurídico, si aparecen reglamentadas de manera precisa, que

conductuas erán consideradas causales de divorcio, esto así se disponía en el artículo 76 compuesto por doce fracciones, siendo causales de divorcio, entre otras: el adulterio de alguno de los cónyuges; el hecho de que la mujer diera a luz durante el matrimonio un hijo concebido antes de celebrarse el matrimonio; la perversión moral de alguno de los cónyuges, demostrada por actos del marido para prostituir a la mujer o bien, por la incitación a la violencia de uno de los cónyuges al otro para cometer algún delito; la incapacidad de alguno de los cónyuges para los fines del matrimonio; el abandono injustificado del domicilio conyugal; la sevicia, las amenazas o las injurias graves; el vicio incorregible de la embriaguez; y, el mutuo consentimiento.

La tramitación del divorcio bajo alguna de las vías descritas ha tenido nuevas propuestas reglamentarias y experiencias que se han implementado en los códigos civiles y/o familiares, bajo la base de lograr un procedimiento eficiente, que no ocasione daños de tipo psicoemocionales y sociales y, sobre todo, regulado en un entorno de derechos humanos.

En el presente trabajo nos proponemos llevar a cabo la revisión, estudio y análisis de las nuevas formas que se han venido implementando en la legislación mexicana para llevar a cabo la tramitación del divorcio, para tales fines nos resulta de gran utilidad por cuestiones metodológicas, el uso de los métodos dogmático y analítico, centrando la investigación en las figuras del divorcio incausado, así como el divorcio ante sede notarial con una aplicación a nivel Nacional y el divorcio bilateral, producto éstos dos últimos, por efectos de la reciente creación del Código Nacional de Procedimientos Civiles y Familiares publicado en el Diario Oficial de la Federación el día 7 de junio del año 2023, siendo importante aclarar, por cuestiones de delimitación de la investigación, que la revisión y estudio que hacemos en la parte dogmática-normativa, se recurre por una parte a lo dispuesto en el Código Civil de la Ciudad de México por constituir, seguramente, la legislación en materia familiar más influyente en todo el país, y por otra parte, es materia de revisión las nuevas propuestas contempladas en el Código Nacional de Procedimientos Civiles y Familiares de junio del 2023, que será a partir del mes de abril del año 2027 la norma aplicable en el territorio mexicano.

II. EL DIVORCIO: CONCEPTO Y GENERALIDADES.

Sin lugar a dudas existe en la literatura jurídica un extenso y profundo trabajo en el tema del divorcio, en la doctrina se encuentra vasta investigación conceptual y desde luego, en los códigos civiles y/o familiares se establecen algunos conceptos producto de su reglamentación jurídica, en el presente apartado procedemos a dicha revisión, así tenemos de inicio que el divorcio, etimológicamente, como lo

refiere en sus investigaciones Rojina Villegas[1], proviene del latín divortium, que significa "dos sendas que se apartan del camino". Forma sustantiva del antiguo divortere que significa separarse; voltere, dar vueltas.

Rico Álvarez señala que "doctrinalmente el divorcio es la disolución del vínculo matrimonial válidamente contraído durante la vida de los consortes" agregando además que, "actualmente el divorcio es una auténtica ineficacia funcional del matrimonio, ya que efectivamente disuelve el vínculo conyugal, permitiendo a la pareja contraer nuevas nupcias"[2].

Lasarte refiere que "Es innecesario extenderse en la definición o concepto del divorcio, pues es sobradamente sabido que semejante término identifica la posibilidad de provocar la ineficacia del matrimonio válido y eficaz a instancia de los cónyuges"[3].

Ponce Alburquerque por su parte señala que "El divorcio es una salida que las partes encuentran a varios conflictos que como pareja no supieron resolver. En cierto modo, es una etapa en la que se agravan y se acumulan todos los conflictos a los que no encontraron soluciones como pareja"[4].

Tambien se puede definir como "la figura jurídica perteneciente al derecho de familias, o derechos de las familias, por medio del cual se disuelve el vínculo del matrimonio en que se encuentran unidas dos personas, que se obtiene una vez satisfechos los requisitos legales para ello y que sólo existe por la declaración expresa de la autoridad competente o facultada para dichos fines, recuperando por tanto ambas personas, su entera capacidad legal, aptitud y libertad para contraer un nuevo matrimonio u otro tipo de relación convivencial, bajo el entendido de que, a pesar de la disolución del vínculo, quedan vigentes y permanentes determinados efectos jurídicos que son producto de las relaciones jurídicas familiares"[5], en dichas condiciones, podemos aseverar que mediante la tramitación de los distintos supuestos de procedencia, por medio del divorcio se rompe el vínculo conyugal que une a los consortes, dejándolos en aptitud de contraer nuevas nupcias.

Para concluir con la revisión conceptual, en el artículo 266 de Código Civil para la Ciudad de México vigente, se establece que "El divorcio disuelve el vínculo

1 Rojina Villegas, R.: *Derecho Civil Mexicano*, Tomo segundo, Derecho de Familia, Porrúa, México, 12ª edición, 2014, p. 403.

2 Rico Álvarez, F.: *Relaciones Jurídicas Familiares. Familia al amparo del Código Civil para la Ciudad de México*, Porrúa, México, 1ª edición 2016, segunda reimpresión 2019, p. 176.

3 Lasarte, C.: *Derecho de Familia. Principios de Derecho Civil*, Tomo Sexto, Marcial Pons, Madrid, 14ª edición, 2015, p. 104.

4 Ponce Alburquerque, J.: *Familia, Conflictos Familiares y Mediación*, Editan UBIJUS, México, REUS, Madrid, 2017, p. 93.

5 Oliva Gómez, E.: *Derecho de Familias*, Tirant lo blanch, México, 2022, p. 352.

del matrimonio y deja a los cónyuges en aptitud de contraer otro". La misma disposición agrega sobre los supuestos para su tramitación, que el divorcio "Podrá solicitarse por uno o ambos cónyuges cuando cualquiera de ellos lo reclame ante la autoridad judicial manifestando su voluntad de no querer continuar con el matrimonio, sin que se requiera señalar la causa por la cual se solicita. Sólo se decretará cuando se cumpla con los requisitos exigidos por el siguiente artículo".

Ahora bien, como lo hemos referido en las párrafos iniciales, el divorcio en el sistema jurídico mexicano por varias décadas contempló su tramitación en la vía voluntaria y en la vía contenciosa, en la primera de ellas, es decir, el divorcio voluntaria, el trámite permitía llevarse a cabo, bien ante la autoridad judicial, tomando en tal supuesto el nombre de divorcio voluntario o por mutuo consentimiento, o bien, el denominado divorcio administrativo que era el tramitado ante el Oficial o Juez del Registro Civil. Por otra parte, el divorcio ante la falta de voluntad y negativa de uno de los cónyuges, imponía la necesidad de demandarlo en la vía judicial, tomando el nombre de divorcio necesario, contencioso o causalista. Veamos a continuación las generalidades de cada uno de ellos.

1. Divorcio voluntario vía administrativa.

El denominado divorcio administrativo "fue introducido por el legislador de 1928 como un medio para lograr una disolución más expedita del vínculo conyugal"[6], en dichas condiciones, se trata de un procediento que se encuentra próximo a cumplir 100 años en la legislación vigente.

Se trata de un trámite que se lleva a cabo ante una autoridad de tipo administrativa, esta es, el Oficial o Juez del Registro Civil e impone como requisito fundamental, la plena voluntad de ambos cónyuges para lograr la disolución del vínculo matrimonial.

Se establece en Código Civil de la Ciudad de México vigente, en su artículo 272, que el divorcio administrativo será procedente siempre que se cumplan los siguientes requisitos: 1. Que ambos cónyuges manifiesten su expresa voluntad de disolver el vínculo matrimonial; 2. Que en caso de estar casados bajo el régimen de sociedad conyugal, previamente la hayan liquidado de común acuerdo; 3. Que no tengan hijos o en caso de tenerlos éstos sean mayores de edad y no tengan la calidad de acreedores alimentarios; 4. Que no requieran alimentos de un cónyuge para con el otro; 5. Que la cónyuge mujer no se encuentra embarazada y, por último, 6. Acudir en forma personal ambos cónyuges ante el juez del Registro Civil a solicitarle decrete el divorcio. Cumplidos los requisitos, el Juez u Oficial del Registro Civil previa identificación de los solicitantes y ratificada su solicitud de

6 Rico Álvarez, F.: *Relaciones Jurídicas*, cit., p. 176.

divorcio, procederá a declararlos divorciados, levantando en dichas condiciones el acta correspondiente y haciendo las anotaciones respectivas en el acta de matrimonio disuelto.

La reglamentación del divorcio vía adminstrativa ha experimentado transformaciones cualitativas, de inicio solamente podía solicitarse en el caso de matrimonios que no habían procreado hijos y que el régimen económico patrimonial elegido era la separación de bienes; dichos supuestos fueron superados para pemitir su acceso aún habiéndose procreado hijos pero ya sin dependencia económica, de la misma forma se amplio para los matrimonios contraidos bajo sociedad conyugal en la que no hubiesen bienes o habiéndolos, se hubiesen liquidado con anterioridad. Anteriormente se disponía además que para poderse solicitar el divorcio bajo esta vía, era necesario que hubiese transcurrido por lo menos un año de la celebración del matrimonio, requisito que quedó sin efecto mediante reforma al citado artículo publicada en la Gaceta Oficial de la Ciudad de México con fecha 18 de julio del año 2018.

La implementación del divorcio administrativo en su momento fue motivo de análisis y discusión por parte de la doctrina, en un primer momento se presentaron críticas severas por considerar que se trataba de un procedimiento muy simple que permitía la disolución del vínculo matrimonial sin reflexión alguna y llegó a señalarse que con tal facilidad se terminaba con la familia, no obstante tales posturas en contra, el divorcio administrativo sigue vigente y hoy se entiende que el divorcio disuelve el vínculo matrimonial pero no el de la familia, de tal forma que esta vía dada la armonía que presenta en su tramitación, ha sido integrado gradualmente en los diversos códigos civiles y/o familiares de las Entidades Federativas del país, al grado de que, en el reciente Código Nacional de Procedimientos Civiles y Familiares publicado en el Diario Oficial de la Federación el 7 de junio del año 2023, en su reglamentación se vuelve a reconocer e incluso ha existido un paso evolutivo importante mediante la implementación del divorcio administrativo en sede notarial, tema que revisaremos en inciso posterior.

2. Divorcio voluntario vía judicial.

Cuando ambos cónyuges tengan la plena voluntad de disolver el vínculo matrimonial, pero que no puedan solicitar el trámite mediante la via del divorcio administrativo, por incurrir en la falta de alguno de los requisitos establecidos en la ley, los cónyuges deberán solicitar el divorcio voluntario o por mutuo consentimiento ante la autoridad judicial, a saber, juez de lo familiar.

Este procedimiento se regula en la mayoría de los Códigos Civiles y/o familiares de las entidades fereativas, en el caso particular de la legislación de la Ciudad de México, estuvo en vigor pero fue derogado mediante las reformas realizadas a

dicho instrumento que fueron publicadas en la Gaceta Oficial del Distrito Federal el 3 de octubre de 2008.

El divorcio voluntario vía judicial de acuerdo a la reglamentación que en su momento estuvo vigente en el Código Civil del Distrito Federal, se tramitaba mediante un procedimiento especial que imponía de manera forzosa, como lo hemos referido, del mutuo deseo de ambos cónyuges para obtener sin controversia alguna la disolución del vínculo matrimonial que les unía.

Tal disolución se otorgaba por el Juez de lo Familiar, una vez que los divorciantes hubiesen acordado así solicitarlo, siendo además requisito fundamental el plasmar los efectos del divorcio en un convenio aceptado por ambas partes y aprobado por la autoridad judicial.

El convenio de divorcio debería contener entre otros puntos los siguientes:

1. Establecer lo relativo al ejercicio de la patria potestad respecto a las hijas e hijos procreados durante el matrimonio y que desde luego aún se encuentren sujetos a ella, debiéndose acordar de la misma forma, quien será el cónyuge bajo el cuál quedara el ejercicio de la guarda y custodia de los hijos y el régimen de visitas y convivencia respecto del conyuge no custodio, determinado para tales fines de manera precisa, los horarios, días, vacaciones y demás; 2. Establecer la forma en que serán atendidas y cubiertas las necesidades alimenticias de las hijas e hijos que tienen la calidad de acreedores alimentarios, señalándose de manera precisa la cantidad y la forma en que se realizará el pago de la pensión alimenticia y el mecanismo de garantía de su cumplimiento; 3. El convenio deberá precisar el domicilio que servirá de habitación a cada cónyuge así como, el domicilio donde quedarán los hijos bajo la custodia del cónyuge que tenga la custodia a su cargo, siendo necesario establecer la obligación de comunicarse respectivamente los cambios de domicilio una vez decretado el divorcio cuando haya hijos menores de edad o mayores incapaces; 4. Se deberá establecer en su caso, la cantidad o porcentaje que se fije por concepto de pensión alimenticia a favor del cónyuge que tenga la calidad de acreedor alimentario, así como la forma de pago; 5. Se deberá determinar de manera precisa las reglas para la disolución y liquidación del patrimonio que integre la sociedad conyugal para el caso de haberse contraído matrimonio bajo tal régimen económico.

El referido convenio será presentado ante el juez del conocimiento para que una vez hecha su revisión y de ajustarse a derecho, sea aprobado y con ello, se proceda a decretar el divorcio y la aprobación del convenio. El procedimiento contemplaba dos juntas de avenencia y confirmada la voluntad de los cónyuges en divorciarse y desde luego cumplidos los requisitos descritos, se dictaba la sentencia correspondiente.

Al respecto, el artículo 273 del Código Civil para el Distrito Federal establecía: procede el divorcio voluntario por vía judicial cuando los cónyuges que no se encuentren en el caso previsto en el artículo anterior, (supuesto en el que procede el divorcio voluntario vía administrativa), y por mutuo consentimiento lo soliciten al Juez de lo Familiar, en los términos que ordena el Código de procedimientos civiles siempre que haya transcurrido un año o más de celebrado el matrimonio y acompañen un convenio que deberá contener las siguientes cláusulas: I. Designación de la persona que tendrá la guarda y custodia de los hijos menores o incapaces, durante el procedimiento y después de ejecutoriado el divorcio; II. El modo de atender las necesidades de los hijos a quien deba darse alimentos, tanto durante el procedimiento, como después de ejecutoriado el divorcio, especificando la forma de pago de la obligación alimentaria, así como la garantía para asegurar su debido cumplimiento; III. Designación del cónyuge al que corresponderá el uso de la morada conyugal, en su caso, y de los enseres familiares, durante el procedimiento de divorcio; IV. La casa que servirá de habitación a cada cónyuge y a los hijos durante el procedimiento y después de ejecutoriado el divorcio, obligándose ambos a comunicar los cambios de domicilio aun después de decretado el divorcio, si hay menores o incapaces u obligaciones alimenticias; V. La cantidad o porcentaje de pensión alimenticia en favor del cónyuge acreedor, en los términos de la fracción II; VI. La manera de administrar los bienes de la sociedad conyugal durante el procedimiento y hasta que se liquide, así como la forma de liquidarla, exhibiendo para ese efecto, en su caso, las capitulaciones matrimoniales, el inventario, avalúo y el proyecto de partición; y VII. Las modalidades bajo las cuales, el progenitor que no tenga la guarda y custodia ejercerá el derecho de visitas, respetando los horarios de comidas, descanso y estudio de los hijos. Eta disposición, como lo hemos referido, se derogó con la reforma del 3 octubre del 2008 y con ello, en el caso particular de la legislación de la Ciudad de México, desaparecío el procedimiento de divorcio voluntaria vía judicial, sin embargo, en la mayoría de las legislaciones de las Entidades Federativas permanece vigente.

3. Divorcio necesario.

El denominado divorcio necesario, también identificado como divorcio contencioso o causal, se encontraba implementado en el Código Civil del Distrito Federal (hoy Ciudad de México) así como en los respectivos códigos civiles y/o familiares de cada Entidad Federativa y desde luego se trata de la figura más controversial para llevar a cabo la disolución del vínculo matrimonial, en principio, por el conflicto de intereses que se presenta entre los cónyuges en el sentido de la oposición por parte de uno de ellos a la disolución del vínculo matrimonial, aunado a esta situación conflictiva, la complejidad aumenta tanto por la forzosa necesidad de la existencia de una causal de divorcio de las contempladas en las respectivas leyes para poder demandarlo, así como por la necesidad de acreditarla

plenamente en el procedimiento judicial, lo que provocaba en la mayoría de los casos, procedimientos judiciales muy dilatados, con un severo desgaste económico, pero más aún, por las graves afectaciones y desgastes de tipo psicoemocional, familiar y social que se ocasionaba tanto a los cónyuges divorciantes, así como a todos los integrantes de sus familias, siendo sobre todo, los más afectados, las hijas e hijos procreados durante el matrimonio.

El divorcio necesario se presenta cuando sólo uno de los cónyuges es el que desea la disolución del vínculo matrimonial y el otro se niega a ello, en tales circunstancias, al no existir el acuerdo de voluntades mutuo en disolver el matrimonio, quien lo pretende deberá comparecer ante la autoridad jurisdiccional mediante una demanda en la que precisamente reclama el divorcio. "El divorcio necesario o contencioso, origina un proceso con todas sus partes, (demanda, contestación, período probatorio con su ofrecimiento y desahogo, sentencia, apelación, etc.)"[7].

En dichas condiciones, el sustento fundamental del divorcio necesario es, por una parte, la voluntad plena de uno de los cónyuges a la disolución del vínculo matrimonial, acompañada de la oposición del otro cónyuge a ello y, por otra parte, la existencia de una causal de divorcio que se encuentre contemplada en la ley para dichos fines; en efecto, el divorcio bajo este mecanismo de tramitación se fundaba en un sistema causalista por efecto del cual, para lograr la procedencia del divorcio era necesaria de manera forzosa la existencia de una causal de divorcio contemplada en la ley que, al ser cometida por alguno de los cónyuges, provocaba la decisión del otro cónyuge, ante tal conducta, en inconformarse a continuar la vida matrimonial y demandar entonces el divorcio, requiriendo, como lo hemos referido, de invocar la causal de divorcio por la que se demanda y acreditarla plenamente, "al hacer alusión al divorcio necesario, que se tramitaba en la vía ordinaria civil y que procedía, cuando en presencia de cuando menos una causal de las previstas por la ley sustantiva, se enfrentan en posiciones contrapuestas los cónyuges, y para su procedencia debería acreditarse la causal respectiva"[8].

En el Código Civil del Distrito Federal (hoy ciudad de México) el divorcio necesario sustentado en el sistema causal se encontraba reglamentado en el artículo 267 en el que se describían en veinte fracciones más de 42 causales de divorcio, sistema que al paso del tiempo presentó inconsistencias profundas, ser poco funcional en un contexto actual, atentar contra la intimidad y la dignidad de los miembros de la familia y ocasionar graves daños de tipo psicológicos, emocionales y sociales.

7 Chávez Asencio, M. F.: *La Familia en el Derecho. Relaciones Jurídicas Conyugales*, Porrúa, México, 6ª edición, 2003, p. 444.

8 Castrillón y Luna, V. M.: *Derecho Procesal Civil*, Porrúa, México, 4ª edición corregida y aumentada, 2017, p. 527.

El divorcio necesario por lo referido, indiscutiblemente se trata de un sistema en decadencia que ya no responde a las necesidades sociales y familiares, "las causales de divorcio contempladas en la ley se han constituido en realidad como contundentes requerimientos que deben de satisfacerse para lograr obtener legalmente la disolución de un vínculo que en el sentido material, psicológico, emocional y social es ya un hecho y que de matrimonio sólo conserva el nombre, dichas causales se constituyen como elemento determinante para declarar el divorcio en una relación matrimonial que ya no tiene ningún lazo de unión, resultando tan incongruente este sistema causal que, si no se acredita en el proceso judicial los extremos de la causal, la libre decisión del cónyuge no tiene trascendencia legal alguna y la unión matrimonial perdura de manera sorprendente y bajo las más grandes e insospechadas de las incertidumbres que le depare a la familia, lo que ocasiona desde luego graves daños, muchos de ellos de tipo irreparables"[9].

Bajo tales consideraciones el sistema causalista fue superado en México, siendo derogado por efecto de la reforma hecha al Código Civil para el Distrito Federal publicada en la Gaceta Oficial el día 3 de octubre del año 2008 y en su lugar se adoptó, por primera vez en el sistema jurídico mexicano, el denominado Divorcio Incausado, sistema que procedemos a su estudio y revisión en el siguiente apartado.

III. DIVORCIO INCAUSADO.

Como hemos referido, el divorcio incausado fue regulado por primera vez en el sistema jurídico mexicano, en lo específico en el aún denomindo en aquél momento, Distrito Federal (hoy Ciudad de México), implementación que se logró por efectos del Decreto de reformas que fue publicado en la Gaceta Oficial del Distrito Federal con fecha 3 de octubre del año 2008, mismo que entró en vigor al día siguiente de su publicación y mediante el cual, por una parte se deroga el artículo 267 del Código Civil en el que se contienen descritas todas las causales de divorcio, dando fin con ello al sistema causalista y, por otra parte se reforma el artículo 266 para quedar de la siguiente forma: "Artículo 266.- El divorcio disuelve el vínculo del matrimonio y deja a los cónyuges en aptitud de contraer otro. Podrá solicitarse por uno o ambos cónyuges cuando cualquiera de ellos lo reclame ante la autoridad judicial manifestando su voluntad de no querer continuar con el matrimonio, sin que se requiera señalar la causa por la cual se solicita, siempre que haya transcurrido cuando menos un año desde la celebración del mismo. Solo se decretará cuando se cumplan los requisitos exigidos por el siguiente artículo".

9 Oliva Gómez, E.: *Derecho de,* cit., p. 371.

"De acuerdo al Diccionario de la Lengua Española, se entiende por causa "lo que se considera como fundamento u origen de algo. Motivo o razón", de tal manera que al referirnos a esta forma de divorcio, de acuerdo a su estructura gramatical, la expresión incausado contiene el prefijo "in" cuyo significado es negación, privación, por tanto, el divorcio incausado es precisamente aquel en que no existe causa, motivo o razón que deba ponerse de manifiesto para la obtención de la disolución del vínculo matrimonial"[10].

Con la adopción del sistema del divorcio incausado, se pone fin en el sistema jurídico mexicano al divorcio causal, marcando una evolución histórica en materia de divorcio al dejar atrás un sistema causal que ya no tenía justificación alguna.

En tales condiciones, implementado que fue el sistema del divorcio incausado, se estableció que para su tramitación deberá observarse lo que se dispone en el artículo 267 (reformado) que dice lo siguiente: "Artículo 267.- El cónyuge que unilateralmente desee promover el juicio de divorcio deberá acompañar a su solicitud la propuesta de convenio para regular las consecuencias inherentes a la disolución del vínculo matrimonial, debiendo contener los siguientes requisitos: I.- La designación de la persona que tendrá la guarda y custodia de los hijos menores o incapaces; II.- Las modalidades bajo las cuales el progenitor, que no tenga la guarda y custodia, ejercerá el derecho de visitas, respetando los horarios de comidas, descanso y estudio de los hijos; III.- El modo de atender las necesidades de los hijos y, en su caso, del cónyuge a quien deba darse alimentos, especificando la forma, lugar y fecha de pago de la obligación alimentaria, así como la garantía para asegurar su debido cumplimiento; IV.- Designación del cónyuge al que corresponderá el uso del domicilio conyugal, en su caso, y del menaje; V.- La manera de administrar los bienes de la sociedad conyugal durante el procedimiento y hasta que se liquide, así como la forma de liquidarla, exhibiendo para ese efecto, en su caso, las capitulaciones matrimoniales, el inventario, avalúo y el proyecto de partición; VI.- En el caso de que los cónyuges hayan celebrado el matrimonio bajo el régimen de separación de bienes deberá señalarse la compensación, que no podrá ser superior al 50% del valor de los bienes que hubieren adquirido, a que tendrá derecho el cónyuge que, durante el matrimonio, se haya dedicado preponderantemente al desempeño del trabajo del hogar y, en su caso, al cuidado de los hijos. El Juez de lo Familiar resolverá atendiendo a las circunstancias especiales de cada caso".

El convenio regulatorio descrito en el artículo 267 del Código Civil, debe contemplar en su totalidad los diferentes supuestos que pueda provocar el divorcio, dicho convenio, como lo dispone el artículo 287 será puesto a la consideración al otro cónyuge, al efecto se establece:

10 Oliva Gómez, E.: *Derecho de*, cit., p. 378.

"Artículo 287.- En caso de que los cónyuges lleguen a un acuerdo respecto del convenio señalado en el artículo 267 y éste no contravenga ninguna disposición legal, o presentaren un convenio emanado del procedimiento de mediación a que se refiere la Ley de Justicia Alternativa del Tribunal Superior de Justicia para el Distrito Federal, en uno u otro caso el juez lo aprobará de plano, decretando el divorcio mediante sentencia. En caso contrario, el juez decretará el divorcio dejando expedito el derecho de los cónyuges para que lo hagan valer por la vía incidental, exclusivamente por lo que concierne al convenio. El juez exhortará en la referida sentencia que, previo al inicio de la vía incidental, las partes acudan al procedimiento de mediación a que se refiere la Ley de Justicia Alternativa del Tribunal Superior de Justicia para el Distrito Federal, e intenten, a través de dicho procedimiento, llegar a un acuerdo respecto del convenio señalado. En caso de que las partes, una vez recibida la pre-mediación, no hubieren aceptado el procedimiento, o habiéndolo iniciado no fuera posible llegar a un acuerdo, podrán hacer valer sus derechos por la vía incidental. En el caso de que las partes logren la construcción de un acuerdo por medio del procedimiento de mediación, lo harán del conocimiento del juez".

Consideramos importante precisar que el convenio regulatorio en la forma que se encuentra reglamentado, se constituye como un instrumento legal en protección de los derechos de los miembros integrantes de la familia y no es, una imposición arbitraria de quien lo propone, al efecto el artículo 271 dispone que los jueces de lo familiar están obligados a suplir la deficiencia de las partes en el convenio propuesto.

Es también importante destacar que el divorcio incausado en ningún momento provoca algún tipo de estado de indefensión a las partes, mucho menos se provoca afectación en los derechos de las hijas e hijos del matrimonio, esto es así puesto que, en primer instancia, el convenio regulatorio como lo hemos comentado, debe ajustarse a las reglas de derecho dispuestas en la norma jurídica, además, el juez familiar lo estudiará y revisará para aprobarlo siempre que resulte ajustado a derecho y cumpla con los requisitos legales dispuestos, no siendo el caso, los derechos de las partes quedan a salvo para controvertirse en la vía incidental, aunado a todas estas condiciones, el juez al momento de dictar la sentencia, tiene el deber de atender la situación legal en que quedan las hijas y los hijos, tanto en lo relativo a los alimentos, guarda y custodia y demás efectos, esto así se dispone de manera expresa en el artículo 283 que dice:

"La sentencia de divorcio fijará la situación de los hijos menores de edad para lo cual deberá contener las siguientes disposiciones: I.- Todo lo relativo a los derechos y deberes inherentes a la patria potestad, su pérdida, suspensión o limitación; a la guarda y custodia, así como a las obligaciones de crianza y el

derecho de los hijos a convivir con ambos progenitores; II.- Todas las medidas necesarias para proteger a los hijos de actos de violencia familiar o cualquier otra circunstancia que lastime u obstaculice su desarrollo armónico y pleno; III.- Las medidas necesarias para garantizar la convivencia de los hijos con sus padres, misma que sólo deberá ser limitada o suspendida cuando exista riesgo para los menores; IV.- Tomando en consideración, en su caso, los datos recabados en términos del artículo 282 de este Código, el Juez de lo Familiar fijará lo relativo a la división de los bienes y tomará las precauciones necesarias para asegurar las obligaciones que queden pendientes entre los cónyuges o con relación a los hijos. Los excónyuges tendrán obligación de contribuir, en proporción a sus bienes e ingresos, al pago de alimentos a favor de los hijos; V.- Las medidas de seguridad, seguimiento y las psicoterapias necesarias para corregir los actos de violencia familiar en términos de la Ley de Asistencia y Prevención a la Violencia Familiar y Ley de Acceso de las Mujeres a una vida libre de Violencia para el Distrito Federal. Medidas que podrán ser suspendidas o modificadas en los términos previstos por el artículo 94 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal; VI.- Para el caso de los mayores incapaces, sujetos a la tutela de alguno de los excónyuges, en la sentencia de divorcio deberán establecerse las medidas a que se refiere este artículo para su protección; VII.- En caso de desacuerdo, el Juez de lo Familiar, en la sentencia de divorcio, habrá de resolver sobre la procedencia de la compensación que prevé el artículo 267 fracción VI, atendiendo a las circunstancias especiales de cada caso; VIII.- Las demás que sean necesarias para garantizar el bienestar, el desarrollo, la protección y el interés de los hijos menores de edad. Para lo dispuesto en el presente artículo, de oficio o a petición de parte interesada, durante el procedimiento el Juez se allegará de los elementos necesarios, debiendo escuchar al Ministerio Público, a ambos padres y a los menores".

Sin duda alguna el divorcio incausado construye un nuevo paradigma en el derecho de familias sustentado en el respeto, en la protección a la intimidad y en la dignidad, Méndez Corcuera comenta al respecto que "un procedimiento que mejor refleja las virtudes del nuevo derecho familiar es el divorcio sin causales, cuya principal bondad radica en eliminar el acreditamiento de las causales, que implicaban obstáculos para acceder a la justicia, dada la dificultad de comprobación, que en algunas de las veces era casi imposible, lo que obligaba a los consortes a seguir unidos en matrimonio, con la problemática interna que trascendía a los hijos, cuando en la realidad los fines de esta institución no existían"[11].

Herrera por su parte, con gran acierto cuestiona con relación al sistema causal: "¿Es beneficioso tener que alegar y acreditar causas subjetivas y/u objetivas para lograr la ruptura jurídica de un matrimonio, ya sea de manera unilateral o bilateral? […] En este contexto, resultaba incoherente mantener un sistema legal en el que

11 Méndez Corcuera, L. A.: *Temas Actuales del Derecho Familiar*, Flores, México, 2018, p. 45.

los cónyuges debían expresar en una entrevista las "razones que hacen moralmente imposible la vida en común", y facultar al juez a que intente "reconciliarlos" como lo hacía el código derogado. […] El régimen legal derogado era considerado –con acierto- una intervención estatal ilegítima en la vida íntima y familiar"[12].

El sistema del divorcio incausado superó por mucho las dificultades y afectaciones que provocaba el sistema causal de divorcio, poniendo fin a un procedimiento tardado en exceso y que provocaba daños psicoemocionales y sociales que en algunos casos podían llegar a ser de tipo irreparables, dichas cualidades se fueron demostrando en la práctica forense al momento de su aplicación, logrando con el sistema incausado el divorcio de la pareja sin exponer a los daños que hemos referido ocasionaba el sistema causal, en tales condiciones, el sistama incausado adoptado, por primera vez en la legislación del entonces Distrito Federal, fue tomando presencia determinante y se fue implementado gradualmente en la reglamentación de varios de los códigos civiles y/o familiares de diversas Entidades Federativas.

El fortalecimiento del divorcio incausado tomó mayor presencia en razón del criterio adoptado por la Suprema Corte de Justicia de la Nación mediante la Jurisprudencia 1a./J.28/2015 (10a.)[13] dictada por la Primera Sala y publicada en la Gaceta del Semanario Judicial de la Federación en julio de 2015, cuyo rubro y contenido es el siguiente:

"Divorcio Necesario. El Régimen de Disolución del Matrimonio que exige la acreditación de causales, vulnera el Derecho al libre desarrollo de la personalidad (Códigos De Morelos, Veracruz Y Legislaciones Análogas).

El libre desarrollo de la personalidad constituye la expresión jurídica del principio liberal de "autonomía de la persona", de acuerdo con el cual al ser valiosa en sí misma la libre elección individual de planes de vida, el Estado tiene prohibido interferir en la elección de éstos, debiéndose limitar a diseñar instituciones que faciliten la persecución individual de esos planes de vida y la satisfacción de los ideales de virtud que cada uno elija, así como impedir la interferencia de otras personas en su persecución. En el ordenamiento mexicano, el libre desarrollo de la personalidad es un derecho fundamental que permite a los individuos elegir y materializar los planes de vida que estimen convenientes, cuyos límites externos

12 Herrera, M.: "Desafíos del derecho contemporáneo de las relaciones de familia: una perspectiva innovadora desde el derecho argentino", en AA. VV.: *Derecho de Familia. Nuevos Retos y Realidades*, Editorial Investigaciones Jurídicas IJSA, Costa Rica, 2021, p. 51.

13 Jurisprudencia 1a./J. 28/2015 (10a.) dictada por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Publicada en la Gaceta del Semanario Judicial de la Federación. Décima Época, julio de 2015, Tomo I, p. 570. Referencia 2009591. Esta Jurisprudencia se dicta al resolver la contradicción de tesis 73/2014. La Jurisprudencia 28/2015 fue aprobada por la Primera Sala en sesión de fecha 15 de abril de 2015 y publicada el 10 de julio de 2015, con aplicación obligatoria a partir del 13 de julio de 2015.

son exclusivamente el orden público y los derechos de terceros. De acuerdo con lo anterior, el régimen de disolución del matrimonio contemplado en las legislaciones de Morelos y Veracruz (y ordenamientos análogos), que exige la acreditación de causales cuando no existe mutuo consentimiento de los contrayentes, inside en el contenido prima facie del derecho al libre desarrollo de la personalidad. En este sentido, se trata de una medida legislativa que restringe injustificadamente ese derecho fundamental, toda vez que no resulta idónea para perseguir ninguno de los límites que imponen los derechos de terceros y de orden público. En consecuencia, los artículos 175 del Código Familiar para el Estado de Morelos y 141 del Código Civil para el Estado de Veracruz, en los cuales se establecen las causales que hay que acreditar para que pueda decretarse la disolución del matrimonio cuando no existe mutuo consentimiento de los cónyuges, son inconstitucionales. De acuerdo con lo anterior, los Jueces de esas entidades federativas no pueden condicionar el otorgamiento del divorcio a la prueba de alguna causal, de tal manera que para decretar la disolución del vínculo matrimonial basta con que uno de los cónyuges lo solicite sin necesidad de expresar motivo alguno. No obstante, el hecho de que en esos casos se decrete el divorcio sin la existencia de cónyuge culpable no implica desconocer la necesidad de resolver las cuestiones familiares relacionadas con la disolución del matrimonio, como pudieran ser la guarda y custodia de los hijos, el régimen de convivencias con el padre no custodio, los alimentos o alguna otra cuestión semejante".

IV. LAS NUEVAS CONSTRUCCIONES DEL DIVORCIO EN MÉXICO.

En fechas muy recientes, el día 7 de junio del 2023, se ha publicado en el Diario Oficial de la Federación, el Código Nacional de Procedimientos Civiles y Familiares, legislación que tiene por objeto la regulación en materia de derecho procesal civil y de familias, con aplicación y observancia general en todo el territorio nacional, Código Nacional que entró en vigor, de acuerdo a lo dispuesto en su artículo primero transitorio, al día siguiente de su publicación, pero que su aplicación entrará en vigor, en observancia a lo dispuesto en el artículo segundo transitorio, de manera gradual tanto en el ámbito Federal como en el de cada una de las Entidades Federativas y la Ciudad de México, lo que sucederá a partir del momento en que se emita la Declaratoria respectiva que realice el Congreso de la Unión, así como los Congresos Locales, lo que deberá ser, a más tardar, el día primero de abril del año 2027.

Se dispone además en el artículo tercero transitorio que a partir del momento en que entre en vigor la aplicación del Código Nacional en cada una de las Entidades Federativas, quedarán abrogados los respectivos códigos de procedimientos civiles y/o familiares vigentes en cada una de las respectivas Entidades Federativas del país.

En materia de divorcio, el Código Nacional presenta nuevas construcciones y con ello nuevos retos por atender y superar que, desde luego, al márgen de tratarse ahora de una legislación procesal única para todo el país en materia de familias que en sí ya es un reto su aplicación nacional, cuando la normativa era propia de cada Estado, en lo particular, respecto al divorcio se transforma, presentando dos nuevas propuestas, estas son: El divorcio bilateral y el divorcio ante sede notarial, que consideramos constituyen un reto importante que atender.

1. Divorcio bilateral.

Aparece reglamentado en el Código Nacional de Procedimientos Civiles y Familiares en el Libro Cuarto, Título Segundo, Capítulo Segundo, el denominado Divorcio Bilateral, disponiéndose al respecto en el artículo 655 que "El Divorcio Bilateral podrá tramitarse a solicitud de ambos cónyuges ante la autoridad jurisdiccional, Notaria o Notario Público o la autoridad del Registro Civil correspondiente".

El Divorcio Bilateral, identificado con tal denominación, no se encontraba contemplado en ninguna de las legislaciones vigentes en el sistema jurídico mexicano, las modalidades y las vías han quedado ya descritas y revisadas en los incisos que anteceden y en ninguna de ellas se encontraba la denominación de Divorcio Bilateral, las modalidades vigentes son: Divorcio Voluntario (vía administrativa, vía judicial o inclusive ante sede notarial) y divorcio incausado en sustitución del anterior divorcio causal, por ello ahora es de llamar la atención que el Código Nacional haga la anotación de un Divorcio Bilateral, en el que se describe la presencia de un procedimiento de divorcio ante vía jurisdiccional, o bien, ante Notaría Pública o ante el Registro Civil, en cualquiera de los casos, de acuerdo a la literalidad de lo dispuesto en el artículo 655, se requerirá que la disolución sea por solicitud de ambos cónyuges.

En los artículos 656 al 662 se establecen los requisitos y reglas procedimentales que deberán observarse en su tramitación, de las que consideramos debe destacarse lo siguiente:

En el artículo 656 se dispone que los solicitantes deberán acompañar: copia certificada, física o electrónica del acta de matrimonio; copia certificada física o electrónica de las actas de nacimiento de las hijas e hijos menores de edad; y, propuesta de Convenio de divorcio, que deberá contener entre otras precisiones, las siguientes: a) La determinación de quien ejercerá la guarda y custodia de las hijos y los hijos menores de 18 años de edad; b) la fijación de la pensión alimenticia; c) el establecimiento del régimen de convivencias; d) la pensión alimenticia que en su caso le corresponda recibir a la cónyuge o el cónyuge divorciante; e) la forma en que se deberán distribuir los bienes, derechos y obligaciones que se hayan

adquirido durante el matrimonio, de conformidad con el régimen patrimonial al que estuviera sujeto el matrimonio. Para el caso de que no aplique alguno de los supuestos decritos, las partes lo deberán declarar bajo protesta de decir verdad.

En el artículo 657 se precisan las etapas del procedimiento que se deben llevar, al efecto se dispone que "Presentada la solicitud y el convenio o manifestación a que alude el artículo anterior, cumplidas en su caso las prevenciones, se le dará vista a la persona Agente del Ministerio Público de la adscripción en caso de afectarse derechos de niñas, niños o adolescentes y la autoridad jurisdiccional admitirá el trámite y citará a los cónyuges, dentro de los diez días siguientes, a una única audiencia. En la audiencia se procederá a ratificación, revisión y en su caso aprobación del convenio presentado. Aprobado el convenio se declarará visto el asunto y se dictará en ese momento de manera oral la sentencia, la cual en caso de decretar la disolución del vínculo matrimonial será irrecurrible y causará ejecutoria en ese momento por ministerio de ley".

Si alguna de las partes no comparece a la audiencia a que hace referencia el artículo 657, en el artículo 658 se dispone que podrá llevarse a cabo de nueva cuenta por única ocasión, precisándose que para el caso de darse nuevamente la inasistencia se dará por concluido el trámite de divorcio.

En el artículo 661 se precisa en que supuestos será procedente tramitar el Divorcio Bilateral en sede notarial y, en el artículo 662 se dispone los supuestos en que podrá llevarse el divorcio ante el Juez u Oficial del Registro Civil, señalando al respecto que "Procede el divorcio ante la autoridad del Registro Civil cuando ambos cónyuges convengan en divorciarse; no tengan bienes o deudas pertenecientes al patrimonio conyugal; no tengan hijos en común o teniéndolos sean mayores de edad, y éstos no requieran alimentos. La autoridad del Registro Civil, previa identificación de los cónyuges, y ratificando en el mismo acto la solicitud de divorcio, levantará un acta en que los declarará divorciados y hará la anotación correspondiente en el acta de matrimonio".

2. Divorcio ante sede notarial.

Se establece en el Código Nacional de Procedimientos Civiles y Familiares, en su artículo 655, que el Divorcio Bilateral podrá tramitarse a solicitud de ambos cónyuges ante la autoridad jurisdiccional, Notaría o Notario Pública o la autoridad del Registro Civil", por su parte, en el artículo 661 se establecen las condiciones y requisitos para que pueda llevarse el procedimiento ante la sede notarial, disponiéndose al efecto que: "El Divorcio Bilateral podrá tramitarse ante Notaria o Notario Público, siempre y cuando no se hayan procreado hijas o hijos, o que aun sean menores de edad y no existan bienes o deudas atribuibles al patrimonio conyugal, o el Código Civil o leyes de cada Entidad Federativa así lo dispongan".

Es importante precisar que la modalidad o vía de la tramitación del divorcio ante sede notarial ya se encontraba reglamentada en el sistema jurídico mexicano pero no con aplicación general para todo el territorio, su regulación tiene pocos años de haberse implementado, pero como hemos referido, solamente se encontraba contemplada en algunas Entidades Federativas como son, entre ellas, en el Estado de Morelos, en el Estado de México y en el Estado de Puebla. Es una vía mediante la cual, la pareja puede optar libremente por llevar a cabo el trámite del divorcio ante el Juez u Oficial del Registro Civil o bien, ante una Notaria Pública.

Este procedimiento ante sede notarial es adoptado para evitar un doble camino en el momento de llevar a cabo el tramite del divorcio ante el Juez u Oficial del Registro Civil, puesto que busca evitar, en el supuesto de la existencia de un patrimonio propio de la sociedad conyugal, que iniciando el trámite ante el Juez u Oficial del Registro Civil lo tengan que interrumplir para acudir ante la Notaría Pública para atender lo relacionado con la disolución y liquidación de la sociedad conyugal y ya satisfecho dicho punto, regresar de nueva cuenta ante el Registro Civil para concluir el trámite y obtener el divorcio.

Así entonces, a fin de evitar una doble tramitación, aparece el divorcio ante sede notarial que permite un trámite más eficiente puesto que, habiendo bienes producto de la sociedad conyugal, los cónyuges podrán solicitar directamente ante el Notario Público el divorcio y al mismo tiempo llevarán a cabo lo relativo a la disolución y liquidación de la sociedad conyugal mediante el convenio respectivo de la disolución que celebrarán ante el citado fedatario y que se levantará en la respectiva escritura notarial, de tal forma que el procedimiento se verá simplificado al lograr el divorcio en el mismo acto y ante la misma autoridad, evitando con ello un desgaste y un posible conflicto futuro en dicha tramitción.

La implementación del divorcio ante la sede notarial dispuesto en el Código Nacional de Procedimientos Civiles y Familiares, supera desde luego las restricciones u omisión que se habían dado por las legislaturas propias de cada Entidad Federativa, postura que queda superada y ahora producto de Código Nacional, en el sistema jurídico mexicano será una realidad con aplicación a nivel nacional a más tardar, el día primero de abril del año 2027, momento máximo en que el código deberá darse su aplicación. Siendo eficiente la propuesta en el supuesto señalado, seguramente el divorcio ante sede notarial marcará un un paso evolutivo favorable.

V. REFLEXIONES FINALES.

Sin duda alguna las transformaciones y nuevas propuestas que se presentan en el Código Nacional de Procedimientos Civiles y Familiares que tendrá aplicación a nivel nacional a partir del primero de abril del año 2027, imponen grandes retos

que los especialistas en materia de derecho de familias deberán enfrentar bajo un pensamiento crítico e integral y con ello plantear las mejores soluciones ante las transformaciones y nuevas construcciones que serán norma vigente en materia de divorcio.

Como toda nueva construcción, el desafío es grande y la encomienda de importante trascendencia, desde los ámbitos del trabajo de los tribunales en su labor de la aplicación de la justica, así como de quienes se desempeñan en el ejercicio libre de la profesión y de quienes se encargan de la interpretación jurídica, hasta quienes se desempeñan en las instituciones de educación superior en los espacios dedicados al proceso de la enseñanza-aprendizaje del derecho, del trabajo sistemático y ordenado de la academia, así como en el espacio de generación, innovación y difusión de los conocimientos que produce la investigación. El estudio y la atención deberá ser profunda e integral y la labor es urgente y debe iniciar de inmediato puesto que, la fecha límite es el primero de abril del año 2027, momento en que entrará en vigor la aplicación todas estas nuevas propuestas planteadas en el Código Nacional.

El Divorcio Bilateral que se implementa en el Código Nacional, impone un estudio analítico, crítico y propositivo, consideramos de inicio que la propia denominación de Divorcio Bilateral sugiere su estudio, análisis y reflexión, puesto que, desde la perspectiva jurídica, todo divorcio es bilaterial, se divorcia la pareja y no solo uno de los cónyuges, el divorcio pone fin al matrimonio y la disolución es para ambos, independientemente de la existencia del mutuo acuerdo o de que la intención era solamente de uno de ellos.

Percibimos un gran riesgo y enorme debilidad en la propuesta del Divorcio Bilateral, dado que, en la forma en que se reglamenta, como de manera expresa se dispone en el artículo 655 que ya hemos revisado, dice que "El Divorcio Bilateral podrá tramitarse a solicitud de ambos cónyuges…", ello significa que para iniciar el trámite del Divorcio, será necesario que ambos cónyuges se encuentren de acuerdo en la disolución del vínculo, ante tal literalidad dispuesta en la norma jurídica, desde luego surgen grandes interrogantes: ¿qué pasará cuando solamente uno de los cónyuges es quien desea el divorcio? en tal supuesto, ¿cómo se podrá iniciar el divorcio sin existir la voluntad de ambos cónyuges?, ¿es posible que el Divorcio Bilateral sea solicitado por uno sólo de los cónyuges a pesar de que la ley exige que deben ser ambos?, ¿qué sucede con el divorcio incausado en el Código Nacional de Procedimientos Civiles y Familiares?, ¿por qué desaparecer un sistema fundado en el respeto al derecho al libre desarrollo de la personalidad?, ¿cuándo sólo uno de los cónyuges desea el divorcio, que trámite debe intentar?. Los cuestionamientos son muchos y desde luego es urgente buscar los mecanismos idóneos jurídicamente para dar respuesta a dichas interrogantes.

Consideramos que es grave la desaparición del sistema del divorcio incausado y que la omisión de su reglamentación no queda de ninguna forma contemplada en el implementado Divorcio Bilateral que, reiteramos, de acuerdo a lo dispuesto de manera expresa, impone necesariamente la voluntad de ambos en la solicitud.

La problemática que se presentará es aún mayor dado que, al momento en que se implementó el divorcio incausado en México y se fue incorporando en todos los códigos civiles y/o familiares de las Entidades Federativas, así como en el propio de la Ciudad de México, el sistema causal y las causales de divorcio fueron derogadas, de tal forma que no existiendo causal de divorcio, ni tampoco un sistema propuesto en el Código Nacional que permita la solicitud del divorcio existiendo solamente la voluntad de uno de los cónyuges, pareciera que a partir de su aplicación sólo será posible el divorcio cuando ambos cónyuges lo deseen.

Ante la problemática detectada, hemos intentado realizar un estudio del Código Nacional de forma integral, revisándo su normativa no solamente en el capítulo destinado para el Divorcio Bilateral, tratando de encontrar algún resquicio que pudiese dar solución al tema planteado, así se encuentra en el desarrollo del Juicio Oral Familiar lo que se dispone en el artículo 677 que a la letra dice lo siguiente:

"Artículo 677. Cuando las partes hayan demandado la disolución del vínculo matrimonial y en la junta anticipada de la audiencia preliminar manifiesten su intención de sujetarse a la vía especial de Divorcio Bilateral y elaboren el convenio respectivo, la autoridad jurisdiccional proveerá en la segunda fase el cambio de vía y celebrará inmediatamente la única audiencia prevista para el trámite especial. Si las partes no reúnen los requisitos necesarios para acceder al cambio de vía, la autoridad jurisdiccional dentro de la segunda fase de la audiencia, particularmente en la etapa de fijación para audiencia de juicio, resolverá de manera oral únicamente sobre la disolución del vínculo matrimonial".

La dispuesto en el artículo 677 no contempla algún tipo de solución e inclusive resulta un tanto confuso al establecer la posibilidad en un juicio de divorcio para cambiar a la vía especial de Divorcio Bilateral, supuesto que insistimos, es confusa e inentendible puesto que, ¿a qué tipo de juicio de divorcio se refiere el legislador que sea distinto al Divorcio Bilateral?; el Código Nacional de Procedimientos Civiles y Familiares solamente contempla para los procedimientos de divorcio, el Divorcio Bilateral, que podrá intentarse ya sea ante la autoridad jurisdiccional, ante el Registro Civil o, ante Notaría Pública, así entonces, no existe bajo los supuestos hipotéticos contenidos en el Código Nacional otro tipo de procedimiento de divorcio distinto al Divorcio Bilateral y por tanto en la realidad jurídica contenida en la normativa, no hay posibilidad de pasar de un juicio de divorcio no contemplado en la ley a la vía especial de Divorcio Bilateral.

En términos del estudio y revisión que hemos presentado, consideramos que el legislador ha expuesto al divorcio en la reglamentación contenida en el Código Nacional, a una serie de inconsistencias, falta de precisión e incertidumbre jurídica en todos los casos en que la intención y voluntad del divorcio solamente la tenga uno de los cónyuges.

Consideramos que la falta de reglamentación del divorcio incausado en el Código Nacional de Procedimientos Civiles y Familiares constituye una omisión grave, un retroceso en la normativa de la materia y, en la práctica forense ocasionará una serie de discusiones y múltiples interpretaciones que afectarán sobre todo y lamentablemente, la armonía y buen trato en la relación familiar que, si ya de por sí el divorcio la pone en riesgo y la debilita, la falta de una reglamentación clara, precisa y adecuada, la expone aún más y seguramente provocará en la pareja, al imponer dificultades en el divorcio, un riesgo en la relación humana que, al margen del divorcio, debería mantenerse en armonía por todas las construcciones que en la vida matrimonial se generaron.

El Código Nacional de Procedimientos Civiles y Familiares entrará en aplicación obligatoria en todo el país a más tardar el día primero de abril del año 2027, aún hay tiempo para reparar las graves omisiones del legislador cometidas al no incluir en su normativa el divorcio incausado, el tiempo es limitado, pero aún es posible reparar el daño y proceder a las reformas legales respectivas antes de que inicie su aplicación.

Ante las recientes transformaciones y con ello, las nuevas construcciones propuestas en el Código Nacional, se presentan los nuevos retos para los especialistas del Derecho de las Familias y el Derecho Procesal de las Familias que conforman la escuela jurídica mexicana, el trabajo será complejo, pero al final de todo, las propuestas que superen tales inconsistencias serán a favor y por el bien de la pareja que le corresponda enfrentar el procedimiento legal del divorcio, será por el bien las familias que se vean en el supuesto hipotético y será por el bien de la sociedad en general, puesto que, el divorcio es una figura de utilidad en la dinámica interior de las familias, resuelve un conflicto grave que se ha gestado al interior de la pareja que de no superarlo, ocasionará mayores daños a todas las personas integrantes de la familia, así cobra importancia vital en las relaciones familiares y se convierte en el instrumento jurídico para resolver un problema al parecer, que no tiene solución bajo otros medios.

BIBLIOGRAFÍA

Castrillón y Luna, V. M.: *Derecho Procesal Civil*, Porrúa, México, 4ª edición corregida y aumentada, 2017.

Chávez Asencio, M. F.: *La Familia en el Derecho. Relaciones Jurídicas Conyugales*, Porrúa, México, 6ª edición, 2003.

Herrera, M.: "Desafíos del derecho contemporáneo de las relaciones de familia: una perspectiva innovadora desde el derecho argentino", en AA. VV.: *Derecho de Familia. Nuevos Retos y Realidades*, Editorial Investigaciones Jurídicas IJSA, Costa Rica, 2021.

Lasarte, C.: *Derecho de Familia. Principios de Derecho Civil*, Tomo Sexto, Marcial Pons, Madrid, decimocuarta edición, 2015.

Méndez Corcuera, L. A.: *Temas Actuales del Derecho Familiar*, Flores, México, 2018.

Oliva Gómez, E.: *Derecho de Familias,* Tirant lo blanch, México, 2022.

Ponce Alburquerque, J.: *Familia, Conflictos Familiares y Mediación*, Editan UBIJUS, México, REUS, Madrid, 2017.

Rico Álvarez, F.: *Relaciones Jurídicas Familiares. Familia al amparo del Código Civil para la Ciudad de México*, Porrúa, México, 1ª edición 2016, segunda reimpresión 2019.

Rojina Villegas R.: *Derecho Civil Mexicano*, Tomo segundo, Derecho de Familia, Porrúa, México, 12ª edición, 2014.

"VOLONTARIA" TUTELA DI MINORI STRANIERI (ACCOMPAGNATI O NON)

"VOLUNTARY" GUARDIANSHIP OF (ACCOMPANIED OR NOT) FOREIGN MINORS

Rev. Boliv. de Derecho Nº 37, enero 2024, ISSN: 2070-8157, pp. 112-131

Angela
MENDOLA

ARTÍCULO RECIBIDO: 6 de octubre de 2023
ARTÍCULO APROBADO: 4 de diciembre de 2023

RESUMEN: Il contributo analizza il tema della "volontaria" tutela del minore straniero non accompagnato, di cui alla l. n. 47/2017, a mezzo della quale si è positivizzato, conformemente agli obblighi imposti dal legislatore europeo, un razionale sistema di protezione. Tale adeguamento normativo, tuttavia, non può dirsi operato da tutti gli ordinamenti appartenenti al sistema europeo. Contrariamente a quanto accaduto in Italia, la Francia, ad esempio, non si è attivata nel legiferare sullo specifico tema che, per dirsi efficacemente rispettoso dei best interest of the child, impone una disciplina appositamente dedicata. Il peculiare tema affrontato ha costituito, inoltre, occasione utile per esaminare il diverso fenomeno della tutela dei minori ucraini, giunti in Italia, a seguito dell'invasione bellica russa.

PALABRAS CLAVE: Minore straniero non accompagnato; tutela volontaria; sistemi giuridici comparati; crisi umanitaria.

ABSTRACT: *This work analyzes the topic of "voluntary" guardianship of unaccompanied foreign minors, pursuant to Law no. 47/2017, which has provided a rational protection system, in accordance with the obligations imposed by the European legislator. Such a regulatory adjustment, however, has not been carried out by all the European systems. Contrary to what happened in Italy, French, for example, has not taken steps to legislate on the specific issue, which, in order to be effectively respectful of the best interests of the child, imposes a specifically dedicated discipline. Furthermore, this particular topic constituted a useful opportunity to examine the different phenomenon of the protection of Ukrainian minors, who arrived in Italy, following the Russian war invasion.*

KEY WORDS: *Unaccompanied foreign minor; voluntary protection; comparative legal systems; humanitarian crisis.*

SUMARIO.- I. PRINCIPI DI PROSSIMITÁ, GRADUALITÁ E DI ECONOMIA DEI MEZZI.- 1. Le funzioni del tutore volontario di minori stranieri non accompagnati.- II. MISURE DI PROTEZIONE TEMPORANEA PER I MINORI UCRAINI.- 1. Minori stranieri accompagnati di fatto e principio di residualità dell'affido in comunità.. 2. I poteri dell'autorità consolare secondo il Codice di Famiglia ucraino: il caso all'esame di Cass. civ., 20 giugno 2023, n. 17605.- III. SPUNTI DI COMPARAZIONE.

I. PRINCIPI DI PROSSIMITÁ, GRADUALITÁ E DI ECONOMIA DEI MEZZI.

Per effetto dell'entrata in vigore della legge 7 aprile 2017 n. 47[1], l'ordinamento italiano si distingue, nel panorama giuridico europeo, per essere l'unico dotato di una disciplina normativa protesa ad armonizzare la regolamentazione giuridica del sistema di protezione dei minori stranieri non accompagnati[2]. Il riferimento, come ormai noto, è a soggetti non aventi cittadinanza italiana o dell'Unione europea, che si trovino per qualsiasi causa nel territorio dello Stato o che siano altrimenti sottoposti alla giurisdizione italiana, privi di assistenza e di rappresentanza da parte dei genitori o di altri soggetti legalmente responsabili[3].

Nella specie, la precitata l. n. 47/2017, all'art. 1, introduce il principio di parità di trattamento dei minori stranieri con quelli italiani o aventi cittadinanza europea, relativamente ai diritti di protezione in ragione della loro vulnerabilità[4]. Ma a trovare riscontro sono anche il principio di prossimità e quello di economia dei mezzi, in virtù dei quali l'ordinamento attiva una serie graduale di misure di protezione. In

1 "Disposizioni in materia di misure di protezione dei minori stranieri non accompagnati", pubblicata in Gazzetta Ufficiale (G.U. Serie Generale n.93 del 21-04-2017). Con riferimento alla disciplina previgente, e, quindi, all'art. 2, comma 1°, d.lgs. 18 agosto 2015, n. 142 e alla dir. 2001/55/CE, si veda Morozzo Della Rocca, P.: *Gli interventi a protezione dei minori stranieri o appartenenti a gruppi minoritari*, in Lenti, L. (a cura di), *Tutela civile del minore e diritto sociale della famiglia*, in *Tratt. dir. fam*., dir. da Zatti P., Milano, Giuffrè, 2012, pp. 470 ss.

2 Per un quadro comparatistico della disciplina, cfr. Valente, C.: "Minori stranieri non accompagnati: ordinamenti a confronto", *Miscellanea Historico-Iuridica*, 2020, XIX, pp. 289 ss.; Parisi, N.: "Lo "*status*" del minore migrante non accompagnato alla luce del diritto europeo. L'apporto della giurisprudenza internazionale in tema di protezione internazionale e trattenimento", *Quest. giust*., 2014, 3, pp. 165 ss.; Tomasi, M.: "Verso la definizione di uno statuto giuridico dei minori stranieri non accompagnati in Europa? Modelli astratti e concreti di tutela della vulnerabilità", *AIC*, 2020, 1, pp. 519 ss.; Bonifazi, C.; Demurtas, P.: "I minori stranieri non accompagnati: dimensioni e caratteristiche nello scenario europeo e italiano", *Minorigiustizia*, 2017, 3, pp. 33 ss.

3 Morozzo della Rocca, P.: *I minori di età nel diritto dell'immigrazione*, in *Immigrazione, asilo e cittadinanza*, a cura di Id., Santarcangelo di Romagna, Maggioli, 2021, p. 182 ss.; Cordiano, A.: *Diritti sociali e diritto privato: il caso dei minori stranieri non accompagnati fra rete di protezione e complessi intrecci istituzionali*, in Fratea, C.; Quaranti, I. (a cura di), *Minori e immigrazione: quali diritti?* Napoli, Esi, 2017, pp. 1299 ss.

4 Cordiano, A.: "Prime riflessioni sulle nuove disposizioni in materia di misure di protezione dei minori stranieri non accompagnati", *Nuova giur. civ. comm*., 2017, 9, pp. 1299 ss. Cfr. Senigaglia, R.: "Considerazioni critico-ricostruttive su alcune implicazioni civilistiche della disciplina sulla protezione dei minori stranieri non accompagnati", *Jus civile*, 2017, 6, pp. 710 ss.

• Angela Mendola
Dottore di ricerca in "Comparazione e diritti della persona". Abilitata alle funzioni di professore universitario associato di diritto privato e comparato, Università degli studi di Salerno. Email: amendola@unisa.it.

prima istanza, si discute di assistenza e accoglienza in strutture apposite, *ex* art. 4 l. n. 47/2017, poi di nomina di un tutore, sino alla scelta tra affidamento a eventuali familiari, idonei a prendersi cura del minore (art. 6, comma 2, l. n. 47/2017), e collocamento in comunità. La soluzione preferenziale è sicuramente la prima di queste ultime due poiché risponde all'obiettivo di assicurare effettività al diritto del minore alla propria unità familiare e a una crescita sana ed equilibrata[5].

In tale contesto, l'ascolto del minore e la rilevazione obbligatoria della sua identità[6] rappresentano le fasi attraverso le quali pervenire a una piena cognizione dello *status* familiare[7]. Riguardo, invece, al procedimento teso all'accertamento dell'età, la giurisprudenza ha stabilito che le dichiarazioni del minore, in mancanza di un documento anagrafico, possano solo costituire presupposto di attivazione del procedimento di accertamento socio-sanitario previsto[8]. In attuazione del principio del c.d. *favor minoris*, solo laddove non si addivenga con certezza ad una soluzione, sarà applicabile la regola presuntiva della minore età[9]. La fase volta a rilevare quanti anni abbia il soggetto da tutelare è, dunque, molto importante, al punto che la Corte europea dei diritti dell'uomo, con pronuncia del 21 luglio 2022, nel caso *Darboe* e *Camara v. Italia*, ha condannato l'Italia a risarcire i danni non patrimoniali sofferti da uno straniero, giunto sulle coste italiane ancora minore e non accompagnato, per violazione dell'art. 8 CEDU, non avendo questi beneficiato delle garanzie minime nella procedura di determinazione dell'età; dell'art. 3 CEDU, essendo stato collocato in un centro di accoglienza per adulti in condizioni inadeguate; e, infine, dell'art. 13, in combinato disposto con gli artt. 3 e 8, per assenza di rimedi effettivi per tutelare i diritti del soggetto, come quello ad essere correttamente informato durante la procedura di determinazione dell'età[10] e il diritto alla nomina di un tutore[11].

5 Thiene, A.: *Il tutore volontario finalmente protagonista nella vita dei minori stranieri non accompagnati*, in *La protezione dei minori non accompagnati al centro del dibattito europeo ed italiano*, a cura di Annoni, A., Napoli, Jovene, 2018, pp. 89 ss.; cfr. Pane, R.: *Dalla protezione alla promozione del minore*, in *Comunioni di vita e familiari tra libertà, sussidiarietà e inderogabilità*, a cura di Perlingieri, P.; Giova, S., Napoli, Esi, 2019, p. 313 s.; Renna, M.: "Forme dell'abbandono, adozione e tutela del minore", *Nuova giur. civ. comm.*, 2019, 6, p. 1373; Cordiano, A.: "*The best interest of unaccompanied foreign child*" e gli istituti di diritto minorile: un caso di con vergenze (quasi) parallele", *Dir. succ. fam*, 2018, 2, pp. 409 ss.

6 Su cui è interessante la lettura di Carapezza Figlia, G.: *Tutela del minore migrante ed ermeneutica del controllo*, in *Fenomeni migratori ed effettività del diritto. Asilo-minori-*welfare, a cura di Corazza, L; Della Morte M.; Giova, S., Napoli, Esi, 2018, pp. 203 ss.

7 Senigaglia, R.: *op. cit.*, pp. 719 ss.

8 Cfr. Corte eur. dir. uomo, 21 luglio 2022, n. 5797, *Guida al dir.*, 2022, 31-32; Cass. civ., 6 aprile 2022, n. 11232, *www.dejure.it*. Sul tema, cfr. di recente, Benvenuti, M.: "*Dubito ergo iudico*. Le modalità di accertamento dell'età dei minori stranieri non accompagnati in Italia", *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza*, 2022, 1, pp. 172 ss.

9 Cass. civ., 3 marzo 2020, n. 5936, *www.ilfamiliarista.it*, 15 maggio 2020, con nota di Masoni, R.: "La prima pronunzia della Cassazione in tema di accertamento dell'età del minore straniero non accompagnato".

10 Cfr. Corte eur. dir. uomo, 21 luglio 2022, *Darboe e Camara v. Italia*, *Fam. e dir.*, 2023, 3, pp. 197 ss., con nota di Cordiano, A.: "La condanna della Cedu per la violazione dei diritti dei minori stranieri non accompagnati in tema di accertamento dell'età e di condizioni inumane e degradanti dei centri di accoglienza".

11 Osserva, infatti, Cass. civ., 9 marzo 2020, n. 6520, *www.dejure.it*, che il provvedimento con cui il Tribunale per i Minorenni, all'esito del procedimento previsto dall'art. 19-*bis* del d.lgs. n. 142 del 2015, attribuisce l'età al minore è provvisto di una duplice valenza, nel senso che non solo è funzionale all'adozione delle

1. Le funzioni del tutore volontario di minori stranieri non accompagnati.

Il minore straniero non accompagnato, come anticipato, riceve le misure di prima accoglienza e, per esercitare i suoi diritti, ha bisogno, nel più breve tempo possibile, di una rappresentanza legale, da realizzarsi mediante l'apertura della tutela[12]. Secondo l'art. 24 della Direttiva 2013/33/UE è, infatti, compito degli Stati membri quello di adottare quanto prima misure atte ad assicurare ai minori stranieri non accompagnati un soggetto che li rappresenti e assista[13].

Dall'espresso richiamo operato, dall'art. 11, comma 2, l. n. 47/2017, alla disciplina civilistica, si desume che spetti al tutore esercitare, con diligenza (art. 382 c.c.) e in conformità al superiore interesse del minore, la funzione di cura, la rappresentanza legale, nonché l'amministrazione dei beni del minore (art. 357 c.c.)[14].

In un sistema di protezione di natura pubblicistica, il tutore di cui si discute svolge un munus publicum, tiene i rapporti con i servizi socio-assistenziali, con quelli sanitari, con gli enti previdenziali e con la formazione professionale, può costituirsi parte civile in un processo penale, e risponde di eventuali danni commessi dal minore ex artt. 2047, 2048 c.c.

Il tutore "volontario", scelto fra privati cittadini, selezionati e adeguatamente formati, è, però, tenuto a fornire al minore un'assistenza che non si limiti ai compiti tradizionalmente previsti dalle norme del codice civile, dovendo altresì accompagnare il soggetto tutelato nel percorso verso la maggiore età e l'integrazione in un tessuto sociale a lui straniero[15]. La rappresentanza in questione si rivela, infatti, essenziale nell'identificazione del minore straniero non accompagnato (art. 5 l. n. 47/2017), con riguardo alle indagini familiari e al rimpatrio assistito (artt. 6-8 l. n. 47/2017), ai permessi (artt. 10-13 l. n. 47/2017), all'accoglienza (artt. 4-12 l. n. 47/2017), ma anche rispetto al diritto all'istruzione e alla salute (artt. 14 l. n.

misure di protezione previste per tale categoria di minori, ma è destinato altresì a riverberare i suoi effetti anche in altri rami dell'ordinamento che fanno dell'età il presupposto discriminatorio per l'applicazione di un trattamento differenziato rispetto a quello ordinario.

12 Cass. civ., 20 dicembre 2016, n. 26442, *Fam. e dir.*, 2017, 8-9, pp. 756 ss., con nota di Marino, C.: "La Cassazione si pronuncia sulla competenza per la nomina del tutore dei minori stranieri non accompagnati".

13 In assenza di tutori volontari disponibili (*ex* art. 11, l. n. 47/2017) viene nominato un tutore istituzionale (ad es. il Sindaco del Comune dove insiste la struttura comunitaria in cui il minore è stato inserito). Nelle more della nomina del tutore volontario, i legali rappresentanti delle comunità di tipo familiare e degli istituti di assistenza pubblici o privati esercitano i poteri tutelari sul minore affidato in tutti i casi nei quali l'esercizio della responsabilità genitoriale o della tutela sia impedito.

14 Cukani, E.: "Soggetti vulnerabili e tutela dei diritti: il caso dei minori stranieri non accompagnati", *Consulta online*, 2019, 2, p. 263; Di Pascale, A.; Cuttitta, C.: "La figura del tutore volontario dei minori stranieri non accompagnati nel contesto delle iniziative dell'Unione europea e della normativa italiana", *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza*, 2019, 2, pp. 1 ss.

15 Osserva Ippoliti Martini, C.: "La protezione del minore straniero non accompagnato tra accoglienza e misure di integrazione", *Nuove leggi civ. comm.*, 2018, 2, p. 400.

47/2017), nonché, infine, all'ascolto nei procedimenti giurisdizionali e amministrativi (art. 15 l. n. 47/2017), e all'assistenza legale (art. 16 l. n. 47/2017)[16].

In considerazione della volontarietà della tutela, l'ufficio si rivela, infine, gratuito, come chiarito da Corte cost., 29 novembre 2018, n. 218, per cui - a prescindere dalla nazionalità del soggetto a favore del quale viene prestata l'attività - non sono fondate le questioni di legittimità costituzionale degli artt. 11 e 21, l. 7 aprile 2017, n. 47 sollevate in riferimento all'art. 3 della Costituzione[17].

II. MISURE DI PROTEZIONE TEMPORANEA PER I MINORI UCRAINI.

Più delicata, tuttavia, si prospetta la situazione del minore proveniente dal territorio ucraino, a seguito dell'invasione della Federazione russa, e accompagnato in Italia da un parente incaricato dai genitori (c.d. minore straniero accompagnato di fatto - MI.S.A.).

Come ormai noto, a salvaguardia di siffatti soggetti, la decisione di esecuzione (UE) 2022/382 del Consiglio del 4 marzo 2022, ha introdotto, per la prima volta in ambito europeo, la misura della protezione temporanea[18]; e, il 7 aprile 2022, il Parlamento Europeo ha votato una Risoluzione sulla protezione dei minori in fuga dalla guerra[19]. Di conseguenza, il Governo italiano ha adottato, in data 29 marzo 2022, il DPCM recante "Misure di protezione temporanea per le persone provenienti dall'Ucraina a seguito degli eventi bellici in corso"; e l'art. 1 del A.C. 939 – D.L. 16/2023[20] ha, infine, prorogato il termine dello stato di emergenza nonché la vigenza delle misure di assistenza in favore dei soggetti provenienti dall'Ucraina.

16 Di Napoli, E.: *La tutela volontaria dopo la legge n. 47/2017*, in AA.VV., *La protezione dei minori non accompagnati al centro del dibattito europeo ed italiano*, cit., pp. 85 ss.; Bianconi, C.: *I diritti e i doveri del tutore, la responsabilità*, in AA.VV., *Tutori volontari di minori stranieri non accompagnati. Materiali per l'informazione e la formazione*, a cura di Long, J., Milano, Wolters Kluwer-Cedam, 2018, pp. 147 ss.

17 Corte cost., 29 novembre 2018, n. 218, *Giur. it.*, 2019, 6, con nota di Long, J.: "La tutela volontaria di minori stranieri non accompagnati al vaglio del giudice delle leggi", per cui l'equa indennità è assegnata solo nei casi in cui ci siano oneri derivanti dall'amministrazione di un patrimonio, in considerazione delle relative difficoltà, mentre non spetta per le cure dedicate alla persona dell'incapace.

18 In *https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32022D0382*. In merito, cfr. Partipilo, *F.R.*: *"Op-Ed: "The War in Ukraine and the Temporary Protection Directive: tackling a short-lived conflict or a protracted humanitarian disaster?", EU Law Live*, 16 marzo 2022; Schultz, *J.*: *"Collective protection as a short-term solution: European responses to the protection needs of refugees from the war in Ukraine", EU Migration Law Blog*, 8 marzo 2022.

19 Smeriglio, M.: "La necessità della continuità educativa nel contesto della guerra in Ucraina. Una proposta del Parlamento Europeo", *Educational, Cultural and Psychological Studies*, 2022, 6, pp. 193 ss.; Campomori, F.: "La crisi ucraina e la (ri)organizzazione del sistema di accoglienza: tra lodevoli aperture e preoccupanti disparità di trattamento dei profughi", *Social Polocies*, 2022, 9 (2), pp. 325 ss.

20 "Disposizioni urgenti di protezione temporanea per le persone provenienti dall'Ucraina".

1. Minori stranieri accompagnati di fatto e principio di residualità dell'affido in comunità.

Interessante, in tema di tutela di minori in fuga dall'Ucraina a seguito dell'invasione bellica russa, è la pronuncia del Tribunale per i Minorenni di Bolzano, del 6 aprile 2022. Il caso tratta di sette minori arrivati nel territorio italiano, unitamente ad una donna, responsabile del c.d. "orfanotrofio di tipo familiare" in cui i fanciulli erano ospitati in Ucraina, qualificatasi come loro madre affidataria e tutrice, come riscontrato pure dalla documentazione prodotta in lingua originale.

Ai fini della definizione di minore straniero non accompagnato, come ormai noto, la Corte di Cassazione, con ordinanza del 5 aprile 2019, n. 9199, ha chiarito che a rilevare sono due condizioni. E, vale a dire, tanto l'assenza di soggetti che abbiano la cura e la custodia del minore, quanto la mancanza di rappresentanti legali di quest'ultimo[21]. A confermare tale interpretazione sarebbe l'uso, da parte del legislatore, nella formulazione dell'art. 2, l. n. 47/2017, della congiunzione "e" tra "assistenza" e "rappresentanza". Quest'ultima è, chiaramente, quella prevista dalle leggi italiane, e, quindi, spetta ai soli genitori, ai quali non è permesso di delegarla in forma privatistica ad altri soggetti, neppure a prossimi parenti e nemmeno per il tramite di procura notarile[22].

Il Tribunale di Bolzano, tuttavia, ha ritenuto che l'ingresso nel territorio nazionale dei minori stranieri, in assenza dei genitori, non si traducesse automaticamente nella loro presa in carico come minori stranieri non accompagnati e nella necessità di apprestare le misure di accoglienza previste dalla legge[23]. E ciò in applicazione del principio del razionale utilizzo delle risorse insufficienti dei servizi sociali nonché di quello della residualità dell'affido in comunità. E, quindi, se i minori stranieri non accompagnati sono accolti nel territorio nazionale da parenti o da altre persone che hanno con essi un significativo legame e che possono dimostrare di essere idonei a prendersi cura di loro, va preferita la misura dell'affidamento familiare rispetto al collocamento in comunità[24].

21 Cass. civ., 5 aprile 2019, n. 2199, *Mass. Giust. civ.*, 2019, per cui i due profili considerati, dell'assistenza e della rappresentanza legale nel territorio nazionale, sono inscindibilmente connessi e conferiscono al minore straniero lo *status* di "accompagnato" che consente di delineare, *a contrario*, quello di minore "non accompagnato", ai fini dell'applicazione degli istituti di tutela apprestati dall'ordinamento.

22 Cass. civ., 29 dicembre 2021, n. 41930, *Mass. Giust. civ.*, 2021; Cass. civ., 24 marzo 2022, n. 9648, *ivi*, 2022.

23 Trib. Min. Bolzano, 6 aprile 2022, *Fam. e dir.*, 2022, 8-9, pp. 818 ss., con nota di Cordiano, A.; Rigotti, B.: "Minori stranieri accompagnati di fatto e percorsi di accoglienza: il caso dei minori ucraini"; e *www.osservatoriofamiglia.it*, 9 aprile 2022, con nota di Cianciolo, V.: "Ucraina. Affidamento dei minori alla tutrice se accertato un rapporto affettivo assimilabile ad un rapporto di parentela".

24 Cordiano, A.; Rigotti, B.: *op. cit.*, p. 821, osservano, infatti, che, in questo senso, dispone il comma 7- *quater* dell'art. 19, D.Lgs. n. 142/2015, dichiarando che "qualora siano individuati familiari idonei a prendersi cura del minore straniero non accompagnato, tale soluzione deve essere preferita al collocamento in comunità", così evitando di "esautorare i parenti incaricati dagli stessi genitori".

Nel caso all'esame dei giudici di Bolzano, in particolare, poiché il trasferimento dei minori ucraini in Italia è avvenuto esclusivamente per porsi al riparo dal pericolo impellente dovuto all'emergenza bellica, la permanenza nel territorio nazionale è da reputarsi temporanea e la loro residenza abituale rimane radicata nel paese d'origine, ai sensi dell'art. 5 della Convenzione dell'Aja del 19 ottobre 1996, ratificata in Italia con l. n. 101 del 2015[25]. La detta Convenzione, entrata in vigore in Ucraina nel 2008, trova qui applicazione unitamente al Regolamento 2019/1111 (c.d. Regolamento Bruxelles II-ter, relativo alla competenza, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale e di responsabilità genitoriale, e alla sottrazione internazionale di minori)[26]. Esso, all'art. 97, dispone, infatti, che le norme della Convenzione in punto di giurisdizione si applichino ogni volta che il minore abbia la sua residenza abituale non in uno Stato dell'Unione europea, ma in uno che sia contraente della Convenzione (proprio come l'Ucraina).

Invero, l'art. 16 della Convenzione dell'Aja del 1996 prevede espressamente che l'attribuzione della responsabilità genitoriale, in virtù di un contratto di diritto di famiglia o di un atto unilaterale, sia regolata dalla legge della residenza abituale del figlio al momento nel quale l'accordo (o l'atto unilaterale) diventa efficace.

La giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'Unione Europea, al riguardo, già in passato, aveva chiarito che la nozione di "residenza abituale" del minore corrisponde "al luogo che denota una certa integrazione di quest'ultimo in un ambiente sociale e familiare", "determinato dalla persona o dalle persone di riferimento con le quali vive, che lo custodiscono effettivamente e si prendono cura di lui"[27]. Sicché si applicano le leggi ucraine che attribuiscono ai preposti agli istituti per l'infanzia la qualifica di tutori, come si ricava dall'art. 245 del Codice di Famiglia dell'Ucraina (come modificato dalla L. 3497-IV del 23.2.2006). La conseguenza è che la donna ucraina, responsabile del c.d. "orfanotrofio di tipo familiare" in cui i fanciulli erano ospitati in Ucraina, poiché già idonea a prendersi cura degli "affidati", può essere nominata tutrice. Nel diritto ucraino, d'altronde, si configurano diverse forme di collocamento familiare di minori privi di cure parentali, che spesso si

25 L'art. 5 della Convenzione dell'Aja del 19/10/1996, sulla competenza, la legge applicabile, il riconoscimento, l'esecuzione e la cooperazione in materia di responsabilità genitoriale e di misure di protezione dei minori, vede tra gli Stati contraenti anche l'Ucraina e stabilisce che le autorità, sia giudiziarie che amministrative, dello Stato contraente di "residenza abituale" del minore sono competenti ad adottare misure tendenti alla protezione della sua persona o dei suoi beni. Diversamente, salvo quanto disciplinato dall'art. 7, in caso di trasferimento della residenza abituale del minore in un altro Stato contraente, sono competenti le autorità dello Stato della nuova residenza.

26 Esso, dal 1° agosto 2022, ha sostituito il Regolamento 2201/2003 (cd. Regolamento Bruxelles II-bis).

27 Corte Giustizia UE, 8 giugno 2017, n. C 111/17, *Guida al dir.*, 2017, 34, 30, la quale osserva che il Regolamento n. 2201/2003 non contiene alcuna definizione della nozione di «residenza abituale» e che l'utilizzazione dell'aggettivo «abituale» indica soltanto che la residenza deve presentare un certo carattere di stabilità o di regolarità. Come la Corte ha, peraltro, precisato in più occasioni, per determinare la residenza abituale di un minore, occorrono altri fattori, oltre alla presenza fisica del minore stesso in uno Stato.

basano su un semplice "accordo", quale fondamentale "regolatore dei rapporti familiari" (art. 7 del Codice di Famiglia dell'Ucraina)[28].

L'affidamento dei sette minori all'orfanotrofio gestito dalla donna e la conseguente attribuzione alla stessa della qualifica di tutrice costituiscono, in definitiva, misure di protezione dell'infanzia contemplate dalla Convenzione dell'Aja, per cui sono direttamente applicabili nello Stato italiano[29].

La tutela di cui alla l. n. 47 del 2017 va, infatti, considerata come una misura di protezione da possibili interventi non conformi al superiore interesse del minore e, pertanto, non deve essere intesa come una indebita ingerenza nelle vite delle famiglie ucraine[30]. Né, per effetto di tale normativa, si vuole determinare un allontanamento dei minori stranieri dai loro riferimenti affettivi, anche non genitoriali. In tale particolare evenienza, invero, dovrà essere nominato un tutore italiano avente competenze legali in diritto minorile, ma solo per ragioni di affiancamento di tutori ucraini che sono quasi sempre i responsabili dell'istituto di accoglienza. La ragione va rintracciata nel fatto che i tutori volontari italiani esperti conoscano la lingua e il funzionamento delle istituzioni locali e, quindi, siano concretamente in grado di verificare che il minore si trovi in condizioni educative, abitative e sanitarie adeguate. Il tutore legale deve, infatti, essere un "rappresentante qualificato" che abbia esperienza nei contatti con i minori nonché una conoscenza del diritto nazionale in materia di diritto degli stranieri e della legislazione sulla protezione dei minori.

28 Similare la fattispecie decisa da Trib. Min. Genova, 20 marzo 2023, *www.dejure.it*., concernente un minore, proveniente dall'Ucraina a seguito della guerra, e accompagnato da una parente incaricata dai genitori. Anche in tale evenienza, i giudici hanno ritenuto ricorrenti i presupposti di cui agli artt. 343 c.c. e 19, comma 5, d.lgs. n. 142/2015, e provveduto alla nomina quale tutrice della parente accompagnatrice del minore.

29 Interessante la fattispecie all'esame di Cass. civ., 29 dicembre 2021, n. 41930, *Mass. Giust. civ.*, 2021, che ha dichiarato la competenza del Tribunale per i minorenni e non del Tribunale ordinario, all'apertura di una tutela in favore di un minore albanese, privo di genitori sul territorio nazionale, ma, da essi stessi, affidato "di fatto", con atto notarile, alle cure ed alla rappresentanza legale della sorella dimorante in Italia. Per l'autorità giudiziaria, dall'esame delle norme del Codice albanese della famiglia, approvato con la L. 8 maggio 2003, n. 9062, che disciplinano la responsabilità genitoriale (artt. da 215 a 239) nonché di quelle sulla nomina di un tutore (artt. da 263 a 306), emerge "un quadro normativo praticamente sovrapponibile a quello italiano, nell'ambito del quale non vi è alcuno spazio per iniziative private da parte dei genitori in ordine alla delega della responsabilità genitoriale a terzi, poiché, come nel nostro sistema, ogni provvedimento che incida sulla responsabilità genitoriale deve essere assunto dal tribunale, ivi compreso il collocamento del minore presso altra famiglia affidataria (art. 266)". Parimenti a dirsi per la vicenda analizzata da Cass. civ., 24 marzo 2022, n. 9648, *ivi*, 2022, per cui, in caso di minore che ha fatto ingresso in Italia, con il consenso dei genitori residenti in Albania, i quali, per ragioni economiche, l'hanno affidata alle cure della zia, regolarmente residente in Italia con il marito e i figli, affinché la mantenesse e la facesse studiare, non ci si trova di fronte a una ipotesi di delega della responsabilità genitoriale valida secondo l'ordinamento albanese ma semplicemente in una situazione di fatto.

30 Trib. Min. Brescia, *Indicazioni concernenti la funzione dei tutori italiani nominati per i MSNA di nazionalità ucraina nell'ambito delle procedure a loro tutela aperte avanti al T.M. di Brescia*, *www.tribunaleminorenni.brescia.it*, 2 maggio 2022.

2. I poteri dell'autorità consolare secondo il Codice di Famiglia ucraino: il caso all'esame di Cass. civ., 20 giugno 2023, n. 17605.

Peculiare, invece, il recente caso all'esame di Cass. civ., 20 giugno 2023, n. 17605, allorché la ricorrente era stata delegata, dal Console Generale dell'Ucraina a Napoli, per l'accoglienza di alcuni minori, provenienti da un istituto per l'infanzia ucraino, quale loro tutrice internazionale. La donna aveva chiesto al Tribunale per i Minorenni il riconoscimento e l'esecuzione in Italia del provvedimento di nomina in suo favore, con conseguente revoca del tutore locale nominato. L'autorità giudiziaria adita aveva respinto l'istanza e confermato il decreto presidenziale di nomina del tutore italiano, adottato in via temporanea e urgente, sul presupposto che i minori fossero giunti in Italia (a seguito del conflitto in Ucraina), privi di un rappresentante legale, con la conseguente operatività della l. n. 47/2017. Secondo il Tribunale per i Minorenni, la richiedente non poteva essere qualificata come rappresentante dei minori con delega di responsabilità genitoriale, posto che la documentazione prodotta era riconducibile a meri atti privati, non essendo il Console Generale a Napoli legittimato a nominare tutori di minori al di fuori dei casi di urgenza.

Ebbene, l'art. 50 della Convenzione consolare tra la Repubblica italiana e Ucraina del 2016 sulla protezione dei minori, degli inabilitati e degli incapaci, prevede espressamente che i funzionari consolari abbiamo il diritto di ricevere qualsiasi dichiarazione sulla tutela dei diritti e degli interessi dei minori e delle altre persone incapaci, cittadini dello Stato d'invio, e che a tale fine, qualora necessario, possano, conformemente alla legislazione dello Stato di residenza e agli accordi internazionali in vigore per le Parti contraenti della Convenzione, adottare provvedimenti per nominare i tutori di tali persone e controllare l'esercizio del loro mandato. Parimenti a dirsi per il Codice della famiglia ucraino il quale attribuisce anche il potere di nomina *de quo* agli "organi di tutela", tra i quali vi è l'autorità consolare.

La Cassazione ha, pertanto, stabilito che non si fosse al cospetto di minori giunti in Italia privi di assistenza e rappresentanza legale (e, dunque, meritevoli della protezione approntata dalla l. n. 47 del 2017), e, di conseguenza, ha dichiarato l'efficacia in Italia della nomina della ricorrente quale tutrice ad opera del Console Generale dell'Ucraina a Napoli. E ciò in quanto l'Autorità consolare ucraina, oltre ad avere svolto funzioni di certificazione della documentazione amministrativa proveniente dall'estero, ha altresì conferito e riconosciuto la funzione di tutore alla ricorrente con atto che, poiché adottato nel luogo ove i minori hanno conservato

la loro residenza abituale, deve avere il necessario riconoscimento nel nostro ordinamento[31].

L'art. 23 della Convenzione dell'Aja, infatti, in una logica di cooperazione e fiducia, prevede che gli Stati contraenti, in comunicazione fra loro, debbano assicurare la continuità della tutela del minore attraverso le frontiere, quando la vita del medesimo presenti aspetti di internazionalità; e il successivo art. 24 consente ad ogni persona interessata di chiedere alle autorità competenti di uno Stato contraente di pronunciarsi sulla riconoscibilità o meno di una misura adottata in un altro Stato, parimenti contraente.

III. SPUNTI DI COMPARAZIONE.

La ricostruzione normativa e interpretativa svolta nel presente contributo sicuramente non può dirsi esaustiva, e tanto in virtù della complessità del tema affrontato, derivante dall'ampiezza delle circostanze in concreto verificabili e dalla delicatezza degli interessi in gioco. Alla luce delle osservazioni effettuate, può, senz'altro, ritenersi che la tutela dei "minori stranieri non accompagnati", per potersi definire legittima ed efficiente, debba, in ogni caso, ancorarsi ai principi fondamentali, ben cristallizzati, oltre che nell'ambito nazionale, anche nelle inderogabili disposizioni positivizzate negli ordinamenti sovranazionali e in particolare nella CEDU[32]. Se da un lato la condivisione di principi e regole generali costituisce il punto di partenza e continuo riferimento, dall'altro, però, una corretta esplicazione dei *best interest of the child*, cui fa rinvio la Convenzione europea, talvolta, impone soluzioni diverse che tengano conto delle specifiche esigenze del minore e che siano volte al superamento delle sue condizioni di vulnerabilità. Il Comitato economico e sociale europeo, a titolo esemplificativo, con il Parere del 18 settembre 2020, sul tema della "Protezione dei minori migranti non accompagnati in Europa", ha invitato la Commissione europea ad elaborare una direttiva sulla salvaguardia dei MSNA che abbia come corollario proprio il richiamato *best interest of the child*[33].

31 Cass. civ., 20 giugno 2023, n. 17605, *www.osservatoriofamiglia.it*, con nota di Cianciolo, V.: "Efficace la nomina del tutore di un minore ad opera del Console Generale dell'Ucraina".

32 In relazione al sistema della CEDU, si segnala peraltro la raccomandazione dal titolo "*Un régime de tutelle efficace pour les enfants non accompagnés et les enfants séparés dans le contexte de la migration*", adottata dal Comitato dei Ministri l'11 dicembre 2019. Nella raccomandazione sono elencati i principi-guida che gli Stati membri del Consiglio d'Europa dovrebbero seguire al fine di assicurare la tutela efficace dei minori non accompagnati.

33 Parere del Comitato economico e sociale europeo sul tema «Protezione dei minori migranti non accompagnati in Europa» (parere d'iniziativa) (2020/C 429/04), 18 settembre 2020, *https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52020IE2281&from=EN*.

In Europa v'è, senz'altro, la necessità di uno strumento specifico che affronti in modo globale la tutela dei minori migranti non accompagnati[34]. Ancorché, infatti, si ravvisino diverse direttive in materia, a difettare è una legislazione comune che, attorno al principio dell'interesse superiore del minore, stabilisca le basi di una strategia migratoria con soluzioni ragionevoli e permanenti[35]. Come noto, la Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti dell'infanzia e dell'adolescenza del 1989 costituisce il quadro generale per la protezione dei minori in Europa. Tuttavia, tale strumento, così come la Convenzione europea dei diritti dell'uomo del 1950 o la Convenzione europea sull'esercizio dei diritti dei minori del 1996 non prevedono disposizioni specifiche applicabili direttamente ai minori stranieri non accompagnati. Pertanto, in assenza di un quadro giuridico preciso, gli Stati membri incontrano non poche difficoltà nel gestire una tematica così delicata in maniera coerente, riscontrandosi, piuttosto, evidenti disparità tra le leggi che delineano il modo in cui i soggetti vulnerabili di cui si discute debbano essere trattati e le procedure cui sono sottoposti.

Una definizione di "minore straniero non accompagnato, ad esempio, non si ravvisa nel sistema francese dove si fa riferimento, genericamente, al "mineur isolè etranger" (MIE)[36], muovendo dal combinato disposto della norma[37] sulla nozione di minore, di cui all'art. 388 code civil, e di quella di "isolamento", ex art. 1, arret 17 novembre 2016. Il sistema normativo francese ha inteso, infatti, muoversi nell'ambito dell'applicazione estensiva delle norme già operanti in materia, con il demerito di essersi affidato ad un complesso di disposizioni disorganiche sulla nozione di minore.

Solo per effetto della Loi n° 2016-297 du 14 mars 2016 relative à la protection de l'enfant[38], infatti, si discute, per la prima volta, di "mineur non accompagnè"[39],

34 Nguema, N.E.: "La protection des mineurs migrants non accompagnés en Europe", *La Revue des Droits de l'Homme*, 2015, 7, p. 18; Carlier, J.Y; Leboeuf, L.: "Droit européen des migrations", *Journal de droit européen ex Journal des Tribunaux Droit européen (Larcier)*, 2019, 257, pp. 114 ss.; Kauff-Gazin, F.: "Mineur non accompagné", *Europe*, 2018, 6, p. 16.

35 López, U.; Juan, M.: "Razones para una Directiva europea sobre menores extranjeros no acompañados y juventud migrante", *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 2022, 73, pp. 873 ss.; Colacino, N.: "Unaccompanied Minors in EU Law", *European and National Law*, 2016, pp. 65 ss.; Senovilla Hernández, D.: *Los menores extranjeros no acompañados en Europa*, Murcia, Fundación Diagrama, 2010, p. 303; Id.: "Mineurs étrangers non accompagnés et séparés en Europe. Une analyse comparative de l'application de la Convention internationale des droits de l'enfant dans six pays", *Migrations Société*, 2010, 3-4, pp. 99 ss.

36 Su cui, si vedano, in generale, Rochford, L.: "Contrepoint - «Mineur isolé étranger = mineur en danger»", *Informations sociales*, 2016, n°. 194, 3, pp. 117 ss.; Maziz, L.: "Synthèse du colloque Mineur isolé étranger: une nouvelle figure de l'altérité?", *Migrations Société*, 2011, vol. 23, n°. 136, pp. 13 ss.; Bénédicte, M.: "Mineurs isolés étrangers: le sens d'une appellation", *Migrations Société*, 2010, 22, p. 115; Blanc, F.: "La France et les mineurs isolés : une mise en garde", *Droit administratif*, 2022, 3, p. 9.

37 Qualche cenno alla disciplina è contenuto nel Code de l'Entrée et du Séjour des Étrangers et du Droit de Asile (CESEDA) del 1° marzo 2005; e nel Code de l'Action Sociale et des Familles (CASF) del 23 dicembre 2000.

38 In *https://www.legifrance.gouv.fr/jorf/id/JORFTEXT000032205234/*.

39 Sull'accertamento dell'età del minore, cfr. *Décret n° 2019-57 du 30 janvier 2019 relatif aux modalités d'évaluation des personnes se déclarant mineures et privées temporairement ou définitivement de la protection de leur famille et autorisant la création d'un traitement de données à caractère personnel relatif à ces personnes*.

ponendo, evidentemente, più l'accento sulla minore età del soggetto vulnerabile che sulla sua condizione di straniero privo della nazionalità francese[40] e che si trovi sul territorio sprovvisto di rappresentanti legali[41].

Questo soggetto privato, temporaneamente o definitivamente, della tutela della famiglia può accedere ai servizi della protezione dell'infanzia come ogni minore non emancipato presente sul territorio francese "di cui la salute, la sicurezza o la moralità sono in pericolo" e le cui condizioni in termini di educazione o di sviluppo fisico, affettivo, intellettuale e sociale sono gravemente compromesse (art. 375 code civil)[42]. Nella specie, in caso di impossibilità dei genitori di esercitare la responsabilità genitoriale, i minori stranieri non accompagnati possono accedere alla c.d. tutelle, di cui agli artt. 373 e 390 code civil, attribuita alla c.d. Aide Sociale à l'Enfance del Dipartimento cui afferisce il minore, previo provvedimento del giudice competente, in difetto del quale la funzione ascrivibile a siffatti servizi pubblici obbligatori di assistenza all'infanzia sarebbe solo di autorité gardienne con poteri limitati[43].

A modificare il quadro giuridico per la protezione dei minori stranieri non accompagnati (MIE) è stato solo il decreto n. 2019-57 del 30 gennaio 2019[44]. Esso prevede, infatti, che i Dipartimenti possano rivolgersi alla Prefettura al fine di essere supportati nella procedura per l'accertamento dello status del soggetto richiedente tutela. Spetta, però, comunque al Président du Conseil départemental decidere. Nella fattispecie, se si ritiene che il giovane non sia minorenne, lo si

In merito, v.si A.M. Leroyer: "Age du mineur étranger non accompagné: le contrôle accru de la Cour de cassation" (Note sous Cour de cassation, première Chambre civile, 15 octobre 2020, pourvoi numéro 20-14.993), *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, 2021, 1, pp. 99 s.; Mauger-Vielpeau, L.: "Mineurs étrangers non accompagnés : légalité du décret du 30 janvier 2019", *Droit de la famille*, 2020, 5, p. 54 s.

40 Senovilla Hernandez, D.: "Analyse d'une categorie juridique recente: le mineur etranger non accompagnè, separè ou isolè", *Revue Europeenne des Migrations Internationales*, 2014, 30, 1, pp. 17 ss.; Vacchiano, F.: "À la recherche d'une citoyenneté globale. L'expérience des adolescents migrants en Europe", *ivi,* pp. 59 ss.

41 Cfr. Iafrate, P.: "Tutela e accoglienza dei minori stranieri non accompagnati in Francia, Grecia e Italia", *www.rivistafamilia.it*, 26 novembre 2020.

42 Recita l'art. 375 § 1 code civil: "Si la santé, la sécurité ou la moralité d'un mineur non émancipé sont en danger, ou si les conditions de son éducation ou de son développement physique, affectif, intellectuel et social sont gravement compromises, des mesures d'assistance éducative peuvent être ordonnées par justice à la requête des père et mère conjointement, ou de l'un d'eux, de la personne ou du service à qui l'enfant a été confié ou du tuteur, du mineur luimême ou du ministère public […]". Ai sensi dell'art. 375-5 § 3 code civil: "Lorsqu'un service de l'aide sociale à l'enfance signale la situation d'un mineur privé temporairement ou définitivement de la protection de sa famille, selon le cas, le procureur de la République ou le juge des enfants demande au ministère de la justice de lui communiquer, pour chaque département, les informations permettant l'orientation du mineur concerné".

43 Sulla base del "Code de l'Action sociale et des familles", una volta messa in atto l'accoglienza provvisoria d'urgenza, il Président du Conseil départemental deve procedere "alle indagini necessarie per valutare la situazione" della persona che si dichiara minore e priva temporaneamente o definitivamente della protezione della sua famiglia". Al riguardo, cfr. Severino, C.: "Uno sguardo Oltralpe. Aspetti problematici della disciplina dell'immigrazione in Francia", *federalismi.it*, 25 marzo 2019.

44 Décret n. 2019-57 del 30 gennaio 2019, relatif aux modalités d'évaluation des personnes se déclarant mineures et privées temporairement ou définitivement de la protection de leur famille et autorisant la création d'un traitement de données à caractère personnel relatif à ces personnes, in JORF n. 26 del 31 gennaio 2019. Cfr. Burriez, D.: "L'étatisation de la protection des mineurs isolés étrangers", *A.J.D.A.*, 2019, 14, p. 802.

informa della decisione di rifiuto di presa in carico e la prima accoglienza cessa, con possibilità di appello al Juge des enfants. Quando invece lo status è accertato, il Président du Conseil départemental deve adire l'autorità giudiziaria che affida il minore all'Aide Sociale à l'Enfance[45].

La mancanza di una normativa appositamente dedicata ai minori stranieri non accompagnati nel sistema francese, viene, però, sottolineata dalla Corte europea dei diritti dell'uomo, nella pronuncia resa a margine del noto caso *Khan v. Francia*. In tale occasione, a presentare ricorso ai giudici europei, ai sensi dell'art. 34 CEDU, è stato un minore di età afghano il quale, prima di fare ingresso nel Regno Unito, si era trovato in un territorio francese, noto come "Jungle de Calais", in condizioni di degrado e pericolo. Qui, infatti, le autorità francesi non si erano preoccupate né della cura né dell'assistenza del soggetto bisognoso di protezione, tanto da essere condannate, dalla Corte Edu, al risarcimento del danno morale, per violazione dell'art. 3 CEDU, sul divieto dei trattamenti inumani e degradanti[46]. Si ravvisava, in particolare, l'insussistenza di specifiche misure di accoglienza dei minori stranieri non accompagnati che potessero consentire di evitare che questi rimanessero esposti a rischi di sfruttamento, violenza o tratta[47], in evidente spregio al principio del *best interest of the child*[48].

Come anticipato, invece, le disposizioni speciali positivizzate nell'ordinamento italiano muovono dalla consapevolezza per cui i minori non accompagnati siano soggetti con peculiari bisogni derivanti dalla delicata situazione psicologica e fisica in cui versano e che, per di più, giungono a destinazione senza "ancora" familiare, e, dunque, in condizioni di "vulnerabilità estrema"[49]. La l. n. 47/2017, al riguardo, offre spazio ad una tutela del minore non accompagnato, razionalmente definita

45 Il Juge des enfants decide sul luogo di affidamento, tenendo "in stretta considerazione l'interesse del fanciullo secondo quanto previsto dal Codice civile" (art. 375-5 c. 4 code civil). Per tale ricostruzione, cfr. Gay, L.: *Tra tutela dei soggetti vulnerabili e controllo dell'immigrazione: l'accoglienza dei minori stranieri non accompagnati in Italia e in Francia*, in *Sistemi di welfare e protezione effettiva dei diritti degli stranieri*, a cura di Montanari, L.; Severino, C., Napoli, Editoriale scientifica, 2020, p. 188.

46 Corte eur. dir. uomo, 28 febbraio 2019, *Khan v. Francia*, *Dir. pubbl. comp. eu.*, 2019, 2, pp. 1801 ss., con nota di Tomasi, M.: "Se i diritti dei più vulnerabili scompaiono nel cuore dell'Europa: la Corte EDU e la tutela "sostanziale" dei *best interests* del minore straniero non accompagnato", per cui le autorità francesi avevano mancato di dare esecuzione all'ordine del giudice minorile che richiedeva la collocazione provvisoria del minore in un luogo sicuro, così violando l'art. 3 CEDU.

47 Tomasi, M.: *op. cit.*, pp. 1801 ss.

48 Su cui si rinvia a Cordiano, A.: "*The best interest of unaccompanied foreign child*" e gli istituti di diritto minorile: un caso di con vergenze (quasi) parallele", cit., pp. 409 ss.; Giova, S.: "I minori stranieri non accompagnati nella l. n. 47 del 2017: la necessità di un intervento organico per un effettivo esercizio dei loro diritti", *Dir. succ. fam.*, 2019, 1, pp. 109 ss.

49 Cfr. Cass civ., 11 novembre 2022, n. 33430, *www.dejure.it*, per cui, in tema di protezione umanitaria, il giudice, ai fini dell'individuazione di eventuali situazioni di vulnerabilità, nell'accertare il livello d'integrazione raggiunto in Italia dal richiedente, comparato con la situazione in cui versava prima dell'abbandono del paese di origine, deve valutarne la minore età, in considerazione della particolare tutela di cui gode nel nostro ordinamento il migrante minorenne, in specie ove sia non accompagnato, trattandosi di condizione di "vulnerabilità estrema", prevalente rispetto alla qualità di stranieri illegalmente soggiornante nel territorio dello Stato. Cfr. Cass. civ., 6 aprile 2021, n. 9247, *Mass. Giust. civ.*, 2021; Cass. civ., 20 gennaio 2021, n. 919, *ivi*; Cass. civ., 17 giugno 2020, n. 11743, *ivi*, 2022.

"volontaria". La suddetta normativa, infatti, tiene debitamente conto della necessità di prestare immediato soccorso, costituendo tempestività e vicinanza di intervento elementi essenziali per una salvaguardia effettiva dei soggetti destinatari della specifica protezione. Di converso, una normativa genericamente riferita ai minori, e non a quelli anche stranieri, così come avviene in Francia, non può, al contrario, considerarsi efficiente perché non adeguatamente costruita sul fenomeno che si intende regolare e sui puntuali interessi fondamentali ad esso sottesi[50].

Quanto osservato può riassumersi nel fondamentale principio positivizzato all'art. 3, comma 2, della Carta costituzionale italiana, in punto di uguaglianza sostanziale; e, a conferma della validità costante di tale precetto, intervengono le osservazioni effettuate sul tema dei minori ucraini, in relazione ai quali, invece, la giurisprudenza, anche di legittimità, sempre nell'ottica del *best interest of the child*, ha inteso qualificarli come "minori stranieri di fatto accompagnati".

50 Cfr. Gay, L.: *op. cit.*, p. 188; Defix, S.; Bertin-Pacaut, E.: "Les départements et l'État face au défi d'une prise en charge efficiente des mineurs non accompagnés", *Actualité Juridique Droit Administratif (AJDA)*, 2020, 34, pp. 1958 ss.; Valtimora, A.: *La disciplina dei minori stranieri non accompagnati in Francia*, in Barberio, L.; Valtimora, A.: *I minori stranieri non accompagnati. Profili giuridici e comparativi*, Roma, Key editore, 2023, pp. 167 ss.

BIBLIOGRAFIA

Barberio, L.; Valtimora, A.: *I minori stranieri non accompagnati. Profili giuridici e comparativi*, Roma, Key editore, 2023.

Bénédicte, M.: "Mineurs isolés étrangers: le sens d'une appellation", *Migrations Société*, 2010, 22, pp. 115 ss.

Benvenuti, M.: "*Dubito ergo iudico*. Le modalità di accertamento dell"età dei minori stranieri non accompagnati in Italia", *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza*, 2022, 1, pp. 172 ss.

Bianconi, C.: *I diritti e i doveri del tutore, la responsabilità*, in A.A.V.V., *Tutori volontari di minori stranieri non accompagnati. Materiali per l'informazione e la formazione*, a cura di Long, J., Milano, Wolters Kluwer-Cedam, 2018, pp. 147 ss.

Blanc, F.: "La France et les mineurs isolés : une mise en garde", *Droit administratif*, 2022, 3, pp. 9 ss.

Bonifazi, C.; Demurtas, P.: "I minori stranieri non accompagnati: dimensioni e caratteristiche nello scenario europeo e italiano", *Minorigiustizia*, 2017, 3, pp. 33 ss.

Burriez, D.: "L'étatisation de la protection des mineurs isolés étrangers", *A.J.D.A.*, 2019, 14, pp. 802 ss.

Campomori, F.: "La crisi ucraina e la (ri)organizzazione del sistema di accoglienza: tra lodevoli aperture e preoccupanti disparità di trattamento dei profughi", *Social Polocies*, 2022, 9 (2), pp. 325 ss.

Carapezza Figlia, G.: *Tutela del minore migrante ed ermeneutica del controllo*, in *Fenomeni migratori ed effettività del diritto. Asilo-minori-*welfare, a cura di Corazza, L; Della Morte M.; Giova, S., Napoli, Esi, 2018, pp. 203 ss.

Carlier, J.Y; Leboeuf, L.: "Droit européen des migrations", *Journal de droit européen ex Journal des Tribunaux Droit européen (Larcier)*, 2019, 257, pp. 114 ss.

Cianciolo, V.: "Efficace la nomina del tutore di un minore ad opera del Console Generale dell'Ucraina", *www.osservatoriofamiglia.it*, 20 giugno 2023 (nota a Cass. civ., 20 giugno 2023 n. 17605).

Cianciolo, V.: "Ucraina. Affidamento dei minori alla tutrice se accertato un rapporto affettivo assimilabile ad un rapporto di parentela", *www.osservatoriofamiglia.it*, 9 aprile 2022 (nota a Trib. Min. Bolzano, 6 aprile 2022).

COLACINO, N.: "Unaccompanied Minors in EU Law", *European and National Law*, 2016, pp. 65 ss.

CORDIANO, A.: "La condanna della Cedu per la violazione dei diritti dei minori stranieri non accompagnati in tema di accertamento dell'età e di condizioni inumane e degradanti dei centri di accoglienza", *Fam. e dir.*, 2023, 3, pp. 197 ss. (nota a Corte eur. dir. uomo, 21 luglio 2022, *Darboe* e *Camara v. Italia*).

CORDIANO, A.: "*The best interest of unaccompanied foreign child*" e gli istituti di diritto minorile: un caso di con vergenze (quasi) parallele", *Dir. succ. fam.*, 2018, 2, pp. 409 ss.

CORDIANO, A.: *Diritti sociali e diritto privato: il caso dei minori stranieri non accompagnati fra rete di protezione e complessi intrecci istituzionali*, in FRATEA, C.; QUARANTI, I. (a cura di), *Minori e immigrazione: quali diritti?* Napoli, Esi, 2017, pp. 1299 ss.

CORDIANO, A.: "Prime riflessioni sulle nuove disposizioni in materia di misure di protezione dei minori stranieri non accompagnati", *Nuova giur. civ. comm.*, 2017, 9, pp. 1299 ss.

CORDIANO, A., RIGOTTI, B.: "Minori stranieri accompagnati di fatto e percorsi di accoglienza: il caso dei minori ucraini", *Fam. e dir.*, 2022, 8-9, pp. 818 ss. (nota a Trib. Min. Bolzano, 6 aprile 2022).

CUKANI, E.: "Soggetti vulnerabili e tutela dei diritti: il caso dei minori stranieri non accompagnati", *Consulta online*, 2019, 2, p. 263 ss.

DEFIX, S.; BERTIN-PACAUT, E.: "Les départements et l'État face au défi d'une prise en charge efficiente des mineurs non accompagnés", *Actualité Juridique Droit Administratif (AJDA)*, 2020, 34, pp. 1958 ss.

DI NAPOLI, E.: *La tutela volontaria dopo la legge n. 47/2017*, in AA.VV., *La protezione dei minori non accompagnati al centro del dibattito europeo ed italiano*, a cura di ANNONI, A., Napoli, Jovene, 2018, pp. 85 ss.

DI PASCALE, A.; CUTTITTA, C.: "La figura del tutore volontario dei minori stranieri non accompagnati nel contesto delle iniziative dell'Unione europea e della normativa italiana", *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza*, 2019, 2, pp. 1 ss.

GAY, L.: Tra *tutela dei soggetti vulnerabili e controllo dell'immigrazione: l'accoglienza dei minori stranieri non accompagnati in Italia e in Francia*, in *Sistemi di welfare e protezione effettiva dei diritti degli stranieri*, a cura di MONTANARI, L.; SEVERINO, C., Napoli, Editoriale scientifica, 2020, pp. 188 ss.

Giova, S.: "I minori stranieri non accompagnati nella l. n. 47 del 2017: la necessità di un intervento organico per un effettivo esercizio dei loro diritti", *Dir. succ. fam.*, 2019, 1, pp. 109 ss.

Iafrate, P.: "Tutela e accoglienza dei minori stranieri non accompagnati in Francia, Grecia e Italia", *www.rivistafamilia.it*, 26 novembre 2020.

Ippoliti Martini, C.: "La protezione del minore straniero non accompagnato tra accoglienza e misure di integrazione", *Nuove leggi civ. comm.*, 2018, 2, pp. 400 ss.

Kauff-Gazin, F.: "Mineur non accompagné", *Europe*, 2018, 6, pp. 16 ss.

Leroyer, A.M.: "Age du mineur étranger non accompagné: le contrôle accru de la Cour de cassation" (Note sous Cour de cassation, première Chambre civile, 15 octobre 2020, pourvoi numéro 20-14.993), *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, 2021, 1, pp. 99 s.

Long, J.: "La tutela volontaria di minori stranieri non accompagnati al vaglio del giudice delle leggi", *Giur. it.*, 2019, p. 6 ss. (nota a Corte cost., 29 novembre 2018, n. 218).

Marino, C.: "La Cassazione si pronuncia sulla competenza per la nomina del tutore dei minori stranieri non accompagnati", *Fam. e dir.*, 2017, 8-9, pp. 756 ss. (nota a Cass. civ., 20 dicembre 2016, n. 26442).

Masoni, R.: "La prima pronunzia della Cassazione in tema di accertamento dell'età del minore straniero non accompagnato", *www.ilfamiliarista.it*, 15 maggio 2020 (nota a Cass. civ., 3 marzo 2020, n. 5936).

Mauger-Vielpeau, L.: "Mineurs étrangers non accompagnés : légalité du décret du 30 janvier 2019", *Droit de la famille*, 2020, 5, pp. 54 ss.

Maziz, L.: "Synthèse du colloque Mineur isolé étranger: une nouvelle figure de l'altérité?", *Migrations Société*, 2011, vol. 23, nº. 136, pp. 13 ss.

Morozzo della Rocca, P.: *I minori di età nel diritto dell'immigrazione*, in *Immigrazione, asilo e cittadinanza*, a cura di Id., Santarcangelo di Romagna, Maggioli, 2021, pp. 182 ss.

Morozzo Della Rocca, P.: *Gli interventi a protezione dei minori stranieri o appartenenti a gruppi minoritari*, in Lenti, L. (a cura di), *Tutela civile del minore e diritto sociale della famiglia*, in *Tratt. dir. fam.*, dir. da Zatti P., Milano, Giuffrè, 2012, pp. 470 ss.

NGUEMA, N.E.: "La protection des mineurs migrants non accompagnés en Europe", *La Revue des Droits de l'Homme*, 2015, 7, pp. 18 ss.

PANE, R.: *Dalla protezione alla promozione del minore*, in *Comunioni di vita e familiari tra libertà, sussidiarietà e inderogabilità*, a cura di PERLINGIERI, P.; GIOVA, S., Napoli, Esi, 2019, p. 313 s.

PARISI, N.: "Lo "*status*" del minore migrante non accompagnato alla luce del diritto europeo. L'apporto della giurisprudenza internazionale in tema di protezione internazionale e trattenimento", *Quest. giust.*, 2014, 3, pp. 165 ss.

PARTIPILO, F.R.: *"Op-Ed: "The War in Ukraine and the Temporary Protection Directive: tackling a short-lived conflict or a protracted humanitarian disaster?"*, *EU Law Live*, 16 marzo 2022.

RENNA, M.: "Forme dell'abbandono, adozione e tutela del minore", *Nuova giur. civ. comm.*, 2019, 6, pp. 1373 ss.

ROCHFORD, L.: "Contrepoint - «Mineur isolé étranger = mineur en danger»", *Informations sociales*, 2016, nº. 194, 3, pp. 117 ss.

SCHULTZ, J.: *"Collective protection as a short-term solution: European responses to the protection needs of refugees from the war in Ukraine"*, *EU Migration Law Blog*, 8 marzo 2022.

SENIGAGLIA, R.: "Considerazioni critico-ricostruttive su alcune implicazioni civilistiche della disciplina sulla protezione dei minori stranieri non accompagnati", *Jus civile*, 2017, 6, pp. 710 ss.

SENOVILLA HERNANDEZ, D.: "Analyse d'une categorie juridique recente: le mineur etranger non accompagnè, separè ou isolè", *Revue Europeenne des Migrations Internationales*, 2014, 30, 1, pp. 17 ss.

SENOVILLA HERNÁNDEZ, D.: *Los menores extranjeros no acompañados en Europa*, Murcia, Fundación Diagrama, 2010.

SENOVILLA HERNÁNDEZ, D.: "Mineurs étrangers non accompagnés et séparés en Europe. Une analyse comparative de l'application de la Convention internationale des droits de l'enfant dans six pays", *Migrations Société*, 2010, 3-4, pp. 99 ss.

SEVERINO, C.: "Uno sguardo Oltralpe. Aspetti problematici della disciplina dell'immigrazione in Francia", *federalismi.it*, 25 marzo 2019.

Smeriglio, M.: "La necessità della continuità educativa nel contesto della guerra in Ucraina. Una proposta del Parlamento Europeo", *Educational, Cultural and Psychological Studies*, 2022, 6, pp. 193 ss.

Thiene, A.: *Il tutore volontario finalmente protagonista nella vita dei minori stranieri non accompagnati*, in *La protezione dei minori non accompagnati al centro del dibattito europeo ed italiano*, a cura di Annoni, A., Napoli, Jovene, 2018, pp. 85 ss.

Tomasi, M.: "Verso la definizione di uno statuto giuridico dei minori stranieri non accompagnati in Europa? Modelli astratti e concreti di tutela della vulnerabilità", *AIC*, 2020, 1, pp. 519 ss.

Tomasi, M.: "Se i diritti dei più vulnerabili scompaiono nel cuore dell'Europa: la Corte EDU e la tutela "sostanziale" dei *best interests* del minore straniero non accompagnato", *Dir. pubbl. comp. eu.*, 2019, 2, pp. 1801 ss. (nota a Corte eur. dir. uomo, 28 febbraio 2019, *Khan v. Francia*).

Vacchiano, F.: "À la recherche d'une citoyenneté globale. L'expérience des adolescents migrants en Europe", *Revue Européenne des Migrations Internationales*, 2014, 30, pp. 59 ss.

Valente, C.: "Minori stranieri non accompagnati: ordinamenti a confronto", *Miscellanea Historico-Iuridica*, 2020, XIX, pp. 289 ss.

CUANTIFICACIÓN Y PAGO DE LA COMPENSACIÓN POR TRABAJO DOMÉSTICO DEL ART. 1438 CC EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO

QUANTIFICATION AND PAYMENT OF THE COMPENSATION FOR DOMESTIC WORK UNDER ARTICLE 1438 OF THE SPANISH CIVIL CODE IN THE CASE LAW OF THE SUPREME COURT

Rev. Boliv. de Derecho Nº 37, enero 2024, ISSN: 2070-8157, pp. 132-159

José María
CARDÓS
ELENA

ARTÍCULO RECIBIDO: 22 de septiembre de 2023
ARTÍCULO APROBADO: 4 de diciembre de 2023

RESUMEN: La jurisprudencia de los últimos años evidencia que las reclamaciones judiciales en las que se solicita la compensación por la realización de trabajo doméstico se han multiplicado exponencialmente. En todos los litigios, se discute no solo la procedencia o improcedencia del pago de la compensación, sino también su cuantificación. A pesar de que el art. 1438 CC no contiene ninguna indicación sobre cómo determinar el importe de la compensación, el Tribunal Supremo ha rechazado establecer unos criterios generales. Sin embargo, un atento examen de la jurisprudencia permite comprobar los elementos que el Tribunal Supremo ha utilizado en función de las concretas circunstancias concurrentes.

PALABRAS CLAVE: Compensación por trabajo doméstico; cuantificación de la compensación por trabajo doméstico; criterios para la cuantificación del trabajo doméstico; pago de la compensación por trabajo doméstico.

ABSTRACT: *Case law in recent years shows that claims for the compensation for domestic work have multiplied exponentially. In all the disputes, it is challenged not only the admissibility or inadmissibility of the payment of the compensation, but also its quantification. Although article 1438 of the Spanish Civil Code does not contain any indication on how to quantify the compensation, the Supreme Court has refused to establish general criteria. However, a careful examination of the case law allows to verify the parameters that the Supreme Court has used depending on the specific involved circumstances.*

KEY WORDS: *Compensation for domestic work; quantification of the compensation for domestic work; criteria for the quantification of domestic work; payment of the compensation for domestic work.*

SUMARIO.- I. INTRODUCCIÓN.- II. REQUISITOS EXIGIDOS POR LA JURISPRUDENCIA PARA PERCIBIR LA COMPENSACIÓN.- III. LA EXPRESA NEGATIVA DEL TRIBUNAL SUPREMO A ESTABLECER CRITERIOS GENERALES APLICABLES A TODOS LOS SUPUESTOS.- IV. CRITERIOS UTILIZADOS POR LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO PARA CUANTIFICAR LA COMPENSACIÓN.- 1. STS 14 julio 2011.- 2. STS 31 enero 2014.- 3. STS 25 noviembre 2015.- 4. STS 11 diciembre 2015.- 5. STS 5 mayo 2016.- 6. STS 26 abril 2017.- 7. STS 11 diciembre 2019.- 8. STS 13 enero 2022.- 9. STS 10 marzo 2023.- V. PUNTUALIZACIONES SOBRE ALGUNOS DE LOS CRITERIOS UTILIZADOS POR LA JURISPRUDENCIA. 1. El período de vigencia del régimen de separación.- 2. El coste de realización del trabajo doméstico por una tercera persona.- 3. Las cantidades percibidas como anticipo de la compensación.- 4. La pensión compensatoria.- 5. Los trabajos realizados fuera del hogar compatibilizados con el trabajo doméstico.- 6. La efectiva dedicación al trabajo doméstico.- VI. EL PAGO DE LA COMPENSACIÓN.- 1. Pago en especie o pago en dinero.- 2. Pago único o pago periódico.- VII. CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN.

Hasta el año 2011, no existía jurisprudencia del Tribunal Supremo que hubiese analizado de una manera exhaustiva los requisitos que debían concurrir para que un cónyuge casado bajo el régimen de separación de bienes pudiese solicitar al otro cónyuge una compensación por trabajo doméstico al amparo del art. 1438 CC[1].

La STS 14 julio 2011[2] provocó una generalización de las reclamaciones de compensación por trabajo doméstico, que hasta ese momento no eran demasiado habituales. No obstante, la proliferación de solicitudes de compensación en sede judicial se ha realizado en paralelo a una jurisprudencia del Tribunal Supremo poco clara, que ha ido evolucionando a lo largo de los años, y que además ha sido muy criticada por buena parte de la doctrina.

1 Solo se habían dictado unas pocas Sentencias del Tribunal Supremo que habían abordado aspectos tangenciales del art. 1438 CC, sin haber aclarado cuestiones fundamentales de la norma, como su fundamento o los requisitos que requería el ejercicio de la acción de compensación: STS 11 octubre 1988 (RJ 1988,7483), que incidió en que la compensación por trabajo doméstico tiene que alegarse en los escritos rectores; STS 14 febrero 1989 (RJ 1989, 836), que señaló que la consecuencia del art. 1438 CC es la determinación de una compensación a favor del cónyuge beneficiario, y no la atribución de dominio sobre los bienes convirtiendo en comunes los que sean privativos de uno de los cónyuges; y SSTS 24 noviembre 1994 (RJ 1994, 8946) y 27 marzo 2001 (RJ 2001, 4770), que dijeron que el art. 1438 CC es inaplicable analógicamente a las uniones de hecho. La STS 11 febrero 2005 (RJ 2005, 1407), sin duda más relevante, confirmó el criterio de la Audiencia Provincial, que había condicionado la obtención de la compensación por realización de trabajo doméstico a la existencia de un desequilibrio patrimonial de los cónyuges. No obstante, esta postura fue rectificada por la STS 14 julio 2011 (RJ 2011, 5122) y todas las Sentencias posteriores, que han negado que para la obtención de la compensación del art. 1438 CC sea necesario un incremento patrimonial del otro cónyuge.

2 STS 14 julio 2011 (RJ 2011, 5122).

• José María Cardós Elena
Abogado. Profesor Asociado de Derecho Civil, Universitat de València, jose.maria.cardos@uv.es

Este trabajo se limitará a abordar una de las muchas cuestiones controvertidas relacionadas con la aplicación práctica de la compensación por trabajo doméstico del art. 1438 CC: la cuantificación de la compensación y su pago. Se analizarán los criterios utilizados por la jurisprudencia del Tribunal Supremo para determinar el importe de la compensación por trabajo doméstico, que ha rechazado establecer criterios generales aplicables a todos los supuestos. Aunque puede argumentarse que esta postura es razonable como consecuencia de las peculiaridades propias de cada litigio, lo cierto es que las numerosas reclamaciones fundadas en el art. 1438 CC han estado presididas por una gran inseguridad, en la medida en que los operadores jurídicos no han contado con parámetros claros para determinar el quantum de la compensación.

También se realizarán algunas puntualizaciones sobre los criterios de cuantificación utilizados por el Tribunal Supremo, y se analizarán las posibles maneras de pagar la compensación.

II. REQUISITOS EXIGIDOS POR LA JURISPRUDENCIA PARA PERCIBIR LA COMPENSACIÓN.

Como es obvio, el cónyuge que pretenda percibir la compensación por realización de trabajo doméstico con fundamento en el art. 1438 CC deberá cumplir los requisitos que se deducen explícita o implícitamente de la norma, y además, los que exige la jurisprudencia que la interpreta desde 2011. Evidentemente en este trabajo no se van a analizar con detenimiento tales requisitos, ni tampoco se van a poner de manifiesto las numerosas críticas doctrinales que han recibido; pero resulta ineludible destacarlos, ya que difícilmente pueden abordarse la cuantificación y el pago de la compensación sin determinar las condiciones necesarias para que surja el derecho a percibirla.

Los requisitos exigidos para percibir la compensación por trabajo doméstico son los siguientes[3]:

3 Vid. Arrébola Blanco, A.: "La liquidación del régimen de separación de bienes", en *Las crisis familiares. Tratado práctico interdisciplinar* (dir. J.R. De Verda y Beamonte), Tirant lo Blanc, Valencia, 2022, pp. 465-471; Berrocal Lanzarot, A.I.: "La responsabilidad por deudas contraídas por los cónyuges en el régimen económico de separación de bienes", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 2021, n. 788, pp. 3712-3718; Chaparro Matamoros, P.: "La compensación por trabajo doméstico en el régimen de separación de bienes en el derecho común: una revisión crítica de la interpretación jurisprudencial del art. 1438 in fine CC", *La Ley Derecho de Familia. Revista jurídica sobre familia y menores*, 2019, n. 24, pp. 1-21; Estellés Peralta, P.M.: "La compensación del art. 1438 CC", en *La compensación por desequilibrio en la separación y divorcio. Tratado práctico interdisciplinar* (dir. J.R. De Verda y Beamonte), Tirant lo Blanc, Valencia, 2022, pp. 266-276; Gutiérrez Santiago, P.: "Disfunciones en la interpretación jurisprudencial del artículo 1438 del Código civil: el riesgo de duplicidad valorativa del "trabajo para la casa" en el régimen económico matrimonial de separación de bienes", *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 2022, n. 17, pp. 547-549; De Verda y Beamonte, J.R.: "En torno a la compensación por trabajo doméstico del art. 1438 CC. Comentario a la STS de España, núm. 658/2019, de 11 diciembre", *Revista Boliviana de Derecho*, 2020, n. 30, pp. 751-753.

- Los cónyuges tienen que haber estado casados en separación de bienes, tal y como se desprende del tenor literal del art. 1438 CC y de su ubicación sistemática en el CC[4].

- Se ha tenido que producir la extinción del régimen económico matrimonial de separación de bienes[5], por cualquiera de las causas legalmente previstas.

- No es necesario que el cónyuge que debe pagar la compensación por trabajo doméstico se haya enriquecido a costa del trabajo doméstico del otro cónyuge[6].

- También es irrelevante el mayor o menor patrimonio de los cónyuges[7].

- El cónyuge que reclama la compensación tiene que haber contribuido exclusivamente a las cargas del matrimonio solo con el trabajo realizado para la casa. Por ello, es incompatible reconocer la compensación cuando ha existido una dedicación similar de los dos cónyuges a las obligaciones familiares[8], o cuando se ha compatibilizado el cuidado de la casa y de la familia con la realización de un trabajo fuera del hogar, a tiempo parcial o en jornada completa[9].

- No se exige imposibilidad probada y manifiesta de trabajar fuera del hogar, bastando con que se haya contribuido a las cargas familiares y no se haya trabajado[10].

- La dedicación al trabajo doméstico, aun siendo exclusiva, no tiene por qué ser excluyente: es compatible el derecho a percibir la prestación con la colaboración ocasional del otro cónyuge, con la colaboración o ayuda de dependientes o empleados del hogar[11], e incluso, con el trabajo precario en actividades o negocios familiares[12].

4 STS 14 julio 2011 (RJ 2011, 5122). Si el régimen económico matrimonial ha sido el de gananciales, la improcedencia de la compensación del art. 1438 CC es evidente. En este sentido, la SAP Cuenca (Sección 1ª) 21 enero 2020 (JUR 2020, 101882) dijo: "en cuanto a la indemnización que se solicita al amparo del art. 1438 del código civil, las referencias a la sociedad de gananciales y la afirmación de que se fundamenta en su dedicación a la casa, hacen decaer por si sola la procedencia de la misma".

5 La STS 14 febrero 1989 (RJ 1989, 836) dijo que el art. 1438 CC permite la "obtención de una compensación que el Juez señalará, a falta de acuerdo, a la extinción del régimen de separación". La STS 14 julio 2011 (RJ 2011, 5122) señaló que "el trabajo para la casa no solo es una forma de contribución, sino que constituye también un título para obtener una compensación en el momento de la finalización del régimen".

6 STS 14 julio 2011 (RJ 2011, 5122); STS 31 enero 2014 (RJ 2014, 813); STS 14 marzo 2017 (RJ 2017, 880); STS 11 diciembre 2019 (RJ 2019, 5090).

7 STS 25 noviembre 2015 (RJ 2015, 5322).

8 STS 29 septiembre 2020 (RJ 2020, 3770).

9 STS 31 enero 2014 (RJ 2014, 813); STS 26 marzo 2015 (RJ 2015, 1170); STS 14 abril (RJ 2015, 1528); STS 28 febrero 2017 (RJ 2017, 673).

10 STS 14 marzo 2017 (RJ 2017, 880).

11 STS 25 noviembre 2015 (RJ 2015, 5322); STS 5 mayo 2016 (RJ 2016, 2219); STS 11 diciembre 2019 (RJ 2019, 5090).

12 STS 26 abril 2017 (RJ 2017,1720); STS 13 enero 2022 (RJ 2022, 53).

III. LA EXPRESA NEGATIVA DEL TRIBUNAL SUPREMO A ESTABLECER CRITERIOS GENERALES APLICABLES A TODOS LOS SUPUESTOS.

Al determinar la cuantificación de la compensación por trabajo doméstico, los operadores jurídicos se encuentran con una evidente dificultad: el art. 1438 CC no menciona ningún criterio o directriz. Como puso de relieve la STS 14 julio 2011[13], "el art. 1438 CC se remite al convenio, o sea que los cónyuges, al pactar este régimen, pueden determinar los parámetros a utilizar para fijar la concreta cantidad debida y la forma de pagarla", y solo ante la falta de pacto conyugal "será el juez quien deba fijarla, para lo cual el Código no contiene ningún tipo de orientación". En la misma línea, la STS 5 mayo 2016[14] dijo que "la primera regla de determinación es el acuerdo entre los cónyuges al pactar este régimen, como prevé el artículo 1438 CC, pero es evidente que este convenio no existe en la mayoría de los casos como sería deseable".

Ciertamente, los cónyuges pueden establecer los pactos que estimen convenientes, pero esta posibilidad es muy inusual en la práctica[15]. A este respecto, no puede negarse que existe un amplio desconocimiento entre la población sobre la obligación de compensar el trabajo doméstico que impone el art. 1438 CC, en la equivocada creencia de que el régimen de separación de bienes es incompatible con un reequilibrio de la contribución a las cargas familiares[16].

Ante la ausencia de criterios legales, hubiese sido muy recomendable que el Tribunal Supremo hubiese enumerado en su jurisprudencia los criterios o parámetros que deban verificar los Tribunales a la hora de cuantificar la compensación por realización de trabajo doméstico, sin perjuicio de poder tomar en consideración otros a la vista de las singulares circunstancias del caso concreto. Sin embargo, la realidad es que el Tribunal Supremo ha rechazado reiteradamente señalar cuáles son los criterios a los que se debe acudir para suplir la laguna legal[17].

La negativa del Tribunal ha llegado hasta el punto de que la STS 5 mayo 2016[18] desestimó un recurso de casación en el que se había interesado que se fijase una doctrina jurisprudencial que concretase una manera objetiva de cuantificar la compensación por trabajo doméstico. El Tribunal rechazó aplicar unos criterios o

13 STS 14 julio 2011 (RJ 2011, 5122).

14 STS 5 mayo 2016 (RJ 2016, 2219).

15 Por ello, es destacable la SAP Álava (Sección 1ª) 25 abril 2002 (JUR 2003, 231109), que constató la existencia de un pacto expreso de cuantificación y pago de la compensación por trabajo doméstico del art. 1438 CC.

16 Vid. Cuenca Casas, M.: "Las "sorpresas" del régimen de separación de bienes: la compensación por trabajo doméstico", *Hayderecho.com*, 2016 (https://www.hayderecho.com/2016/01/05/las-sorpresas-del-regimen-de-separacion-de-bienes-la-compensacion-por-trabajo-domestico/).

17 Arrébola Blanco, A.: *La compensación del trabajo doméstico en el régimen de separación de bienes*, Reus, Madrid, 2019, p. 264.

18 STS 5 mayo 2016 (RJ 2016, 2219).

parámetros generales a todas las reclamaciones basadas en el art. 1438 CC, con el pretexto de que en cada caso hay que atender a las circunstancias y peculiaridades concurrentes.

En el supuesto de hecho, el Juzgado había aplicado linealmente el salario o retribución que hubiera cobrado una tercera persona por el trabajo doméstico que había realizado la esposa. La Audiencia Provincial[19] consideró que procedía descontar la cantidad invertida en una asistenta durante un día a la semana, por lo que el importe de la compensación por trabajo doméstico fue rebajado. Disconforme con tal minoración, la recurrente solicitó que se fijase como doctrina jurisprudencial que la cuantificación de la compensación por trabajo doméstico se debía concretar en "el importe del mínimo interprofesional vigente en cómputo anual en el momento que se decrete la procedencia de la misma, en virtud de la sentencia judicial, multiplicado por casada uno de los meses en que, estando vigente el régimen económico de separación de bienes, el cónyuge acreedor de dicha compensación haya contribuido al sostenimiento de las cargas del matrimonio solo con su trabajo doméstico y sin efectuar descuento alguno para el caso de que el cónyuge que ha prestado los servicios haya recibido alguna ayuda de un trabajador doméstico que la hubiera auxiliado unas pocas horas a la semana".

El Tribunal Supremo desestimó el recurso, con el argumento de que ante la ausencia de pacto de los cónyuges sobre la cuantificación de la indemnización, no "es posible suplirlo mediante la fijación de una doctrina jurisprudencial unificadora, como se pretende, dado el evidente margen de discrecionalidad existente para valorar de forma ponderada todas las circunstancias concurrentes para establecer la compensación".

Así las cosas, el Tribunal desaprovechó una excelente ocasión para enumerar cuáles podrían ser esas "distintas circunstancias concurrentes (…) que pudieran concurrir en el caso concreto (…) de manera ponderada y motivadamente". Ciertamente, al resolver un recurso de casación hay que dar respuesta a la concreta cuestión jurídica que constituye el objeto del recurso; pero a nadie escapa que atendiendo a las más elementales razones de seguridad jurídica, resulta inconveniente, e incluso peligroso, esquivar el fondo de la cuestión aludiendo a una discrecionalidad judicial que puede degenerar fácilmente en arbitrariedad, como consecuencia de una ausencia de criterios legales que se ve agravada por la negativa de la jurisprudencia a determinar criterios orientativos precisos.

19 SAP Sevilla (Sección 2ª) 16 julio 2014 (JUR 2014, 283207).

IV. CRITERIOS UTILIZADOS POR LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO PARA CUANTIFICAR LA COMPENSACIÓN.

Una aproximación a los criterios empleados por las distintas Sentencias del Tribunal Supremo que se han enfrentado al dilema de cuantificar la compensación por trabajo doméstico del art. 1438 CC obliga a tomar en consideración, en cada caso, el supuesto fáctico que quedó acreditado en la instancia, así como los parámetros que fueron utilizados por la Sala para determinar el montante compensatorio.

A continuación, se seguirá un orden cronológico, no sin antes advertir que no se mencionarán todas las Sentencias dictadas desde 2011 por el Tribunal Supremo que de alguna manera se pronunciaron sobre la compensación por trabajo doméstico[20], sino solo aquellas que abordaron directamente los criterios relativos a su cuantificación.

1. STS 14 julio 2011.

En la instancia quedó acreditado que el matrimonio se celebró en 1991, que los cónyuges tuvieron una única hija común nacida en 1995, y que la esposa, a pesar de ser licenciada en Derecho, nunca había ejercido la profesión, ni había llevado a cabo ningún tipo de actividad económica remunerada, ya que se dedicó al trabajo del hogar durante el matrimonio.

En la demanda se pidió una compensación por trabajo doméstico por importe de 167.400 €. El Juzgado estimó parcialmente la reclamación, condenando al esposo a pagar 108.000 €. La Audiencia Provincial[21] revocó parcialmente la Sentencia y eliminó la condena al pago de la compensación, porque "no se ha acreditado que la dedicación de la esposa a la familia, de la que forma parte una sola hija, haya permitido un incremento de beneficios a favor del esposo, toda vez que la mayor parte del patrimonio inmobiliario fue adquirido con anterioridad a la celebración del matrimonio y por lo tanto no entra en los parámetros del art. 1438 CC. Es decir, no cabe apreciar un incremento patrimonial injustamente adquirido por razón de la dedicación por parte de la esposa a las cargas de atención y cuidado de la familia".

20 En consecuencia, no se examinarán las SSTS 26 marzo 2015 (RJ 2015, 1170), 14 abril 2015 (RJ 2015, 1528), 5 octubre 2016 (RJ 2016, 4770), 28 febrero 2017 (RJ 2017, 673), 14 marzo 2017 (RJ 2017, 880), 20 febrero 2018 (RJ 2018, 568), 29 septiembre 2020 (RJ 2020, 3770) y 13 marzo 2023 (RJ 2023, 1566).

21 SAP Madrid (Sección 24ª) 23 abril 2008. Significativamente, esta Sentencia no consta ni en Cendoj, ni en Westlaw ni en Tirant. Consiguientemente, los antecedentes fácticos se han extraído de la Sentencia del Tribunal Supremo.

La STS 14 julio 2011[22] estimó el recurso de casación interpuesto por la esposa. Declaró que el incremento patrimonial o el beneficio del cónyuge que no se ha dedicado al trabajo doméstico no constituye un requisito exigible para el derecho a percibir la compensación. Así las cosas, el Tribunal Supremo declaró la procedencia al cobro de la compensación y se enfrentó a su cuantificación.

La Sentencia es muy lacónica en este punto. Tras destacar que el art. 1438 CC no contiene ningún tipo de orientación, el Tribunal dio por bueno el criterio empleado por la Sentencia del Juzgado: el sueldo que percibiría una tercera persona por realizar ese trabajo doméstico, equivalente con el importe que los cónyuges se ahorran en la contratación del servicio doméstico al dedicarse uno de ellos en exclusiva al trabajo del hogar[23].

Llama poderosamente la atención que el Tribunal dijese expresamente que dicho criterio es "una de las opciones posibles", sin que explicite cuáles son. Esta omisión resulta especialmente criticable, teniendo en cuenta que esta fue la primera Sentencia del Tribunal Supremo que abordó con detalle los requisitos necesarios para percibir la compensación del art. 1438 CC y que se pronunció sobre su cuantificación.

2. STS 31 enero 2014.

La siguiente ocasión en la que Tribunal Supremo aludió a la cuantificación de la compensación del art. 1438 CC fue en la STS 31 enero 2014[24].

La esposa había solicitado en su demanda una compensación del art. 1438 CC por importe de 130.000 €. El Juzgado estimó parcialmente dicha reclamación, condenando al esposo a pagar 21.097,17 €. La Sentencia de la Audiencia Provincial[25] estimó el recurso de apelación interpuesto por el esposo, y dejó sin efecto la condena al pago de la compensación por trabajo doméstico.

El Tribunal Supremo desestimó el recurso de casación interpuesto por la esposa, al constatar que en la instancia no se había constatado que ella se

22 STS 14 julio 2011 (RJ 2011, 5122).

23 STS 14 julio 2011 (RJ 2011, 5122): "Debe examinarse cuál es la forma de determinar la cuantía de esta compensación. El art. 1438 CC se remite al convenio, o sea que los cónyuges, al pactar este régimen, pueden determinar los parámetros a utilizar para fijar la concreta cantidad debida y la forma de pagarla. Sin embargo, en este caso no se utilizó esta opción y entonces será el juez quien deba fijarla, para lo cual el Código no contiene ningún tipo de orientación. La sentencia recaída en primera instancia en este procedimiento señaló una cantidad a la que había llegado después de aplicar los criterios que se reproducen ahora: "en función del sueldo que cobraría por realizar el trabajo una tercera persona, de modo que se contribuye con lo que se deja de desembolsar o se ahorra por la falta de necesidad de contratar servicio doméstico ante la dedicación de uno de los cónyuges al cuidado del hogar". Esta es una de las opciones posibles y nada obsta a que el juez la utilice para fijar finalmente la cuantía de la compensación, por lo que se admite en esta sentencia".

24 STS 31 enero 2014 (RJ 2014, 813).

25 SAP Valladolid (Sección 1ª) 7 noviembre 2011 (JUR 2011, 403834).

hubiese encargado de un modo exclusivo y excluyente de las tareas de la casa y de los trabajos domésticos habituales. Sin embargo, la Audiencia Provincial había añadido un argumento adicional en contra de la percepción de la compensación: que la esposa había percibido una compensación pecuniaria anticipada, que según el Tribunal Supremo, efectivamente "puede tenerse en cuenta aunque no se haga efectiva en el momento de la ruptura y consiguiente extinción del régimen económico de separación" [26].

3. STS 25 noviembre 2015.

Siguiendo el orden cronológico, hemos de referirnos a la STS 25 noviembre 2015[27], en la que por primera vez el Tribunal Supremo enumeró algunos de los criterios que pueden tomarse en consideración para cuantificar la compensación del art. 1438 CC.

En la instancia se declaró probado que los cónyuges contrajeron matrimonio en 1998, que tuvieron dos hijos en común, y que el matrimonio se disolvió por Sentencia de divorcio dictada en 2010. La esposa solicitó una compensación por trabajo doméstico por importe de 733.056 €. La demanda fue desestimada por el Juzgado. La Audiencia Provincial[28] desestimó el recurso de apelación, y fundamentó la denegación de la compensación en que la decisión de no realizar un trabajo fuera del domicilio fue adoptada antes de contraer matrimonio, que los cónyuges vivieron en un chalé de lujo en una zona exclusiva con servicio doméstico, contando incluso con un chófer, y que la esposa, al igual que su cónyuge, contaba con un gran patrimonio.

La Sentencia del Tribunal Supremo[29] constató que la ratio decidendi de la Sentencia de segunda instancia no era respetuosa con la doctrina jurisprudencial aplicable, y casó la Sentencia, toda vez que la esposa, a pesar de haber estado en condiciones de haber desarrollado un trabajo fuera del hogar, y de haber contado con ayuda de terceras personas, efectivamente se había dedicado al cuidado de la casa y de sus dos hijos, eximiendo de tales tareas al esposo.

En relación con la cuantificación, la Sentencia reconoció que "ofrece algunos problemas". El Tribunal Supremo dijo que "una de las opciones posibles", era "el equivalente al salario mínimo interprofesional o la equiparación del trabajo con el sueldo que cobraría por llevarlo a cabo una tercera persona, de modo que se contribuye con lo que se deja de desembolsar o se ahorra por la falta de necesidad de contratar este servicio ante la dedicación de uno de los cónyuges al cuidado del

26 STS 31 enero 2014 (RJ 2014, 813).

27 STS 25 noviembre 2015 (RJ 2015, 5322).

28 SAP Madrid (Sección 24ª) 1 julio 2013 (JUR 2013, 263637).

29 STS 25 noviembre 2015 (RJ 2015, 5322).

hogar". A juicio del Tribunal Supremo, se trataba de un criterio "que ofrece unas razonables y objetivas pautas de valoración, aunque en la práctica pueda resultar insuficiente en cuanto se niega al acreedor alguno de los beneficios propios de los asalariados que revierten en el beneficio económico para el cónyuge deudor y se ignora la cualificación profesional de quien resulta beneficiado". Sin embargo, añadió que "nada obsta a que el juez utilice otras opciones para fijar finalmente la cuantía de la compensación", que no se especificaron.

El Tribunal Supremo añadió que "deberá el Juez valorar todas estas circunstancias", "de una forma ponderada y equitativa", siempre teniendo en cuenta que el incremento patrimonial de uno de los cónyuges no es requisito para percibir la compensación, y que lo que se retribuye es la dedicación exclusiva al hogar y a los hijos. Así las cosas, "dentro de la discrecionalidad que autoriza la norma", concretó la compensación en 250.000 €, atendiendo a los años de convivencia y al apoyo que la esposa tuvo de terceras personas para la realización del trabajo doméstico, sin que una eventual situación patrimonial complicada del esposo (quien había invocado su insolvencia y la situación concursal o preconcursal de sus empresas) constituya impedimento alguno.

Esta Sentencia merece una valoración ambivalente. Por un lado, por primera vez señaló la Sala con claridad que la duración de la convivencia conyugal, así como la existencia de personal doméstico que descargase de tareas al cónyuge que trabajó para la casa, deben ser tomados en cuenta para cuantificar la compensación. También dejó claro que la situación económica del cónyuge condenado al pago no es un elemento decisivo. Sin embargo, la Sentencia es igualmente criticable, porque volvió a aludir a "otras opciones" que no concretó. En resumidas cuentas, la compensación fue concretada en la nada despreciable suma de 250.000 € sin ninguna justificación razonable, lo cual denota cierta arbitrariedad.

4. STS 11 diciembre 2015.

La STS 11 diciembre 2015[30] dio un nuevo paso en la enumeración de los criterios relativos a la cuantificación de la compensación por trabajo doméstico.

La Audiencia Provincial[31] había denegado la pensión compensatoria interesada por la demandante. La STS 11 diciembre 2015[32] confirmó esa decisión, no sin criticar que el Tribunal de apelación había demostrado desconocer la jurisprudencia de la Sala relativa al art. 1438 CC. La Sala afirmó que la compensación por trabajo doméstico del art. 1438 CC "no es incompatible con la pensión compensatoria,

30 STS 11 diciembre 2015 (RJ 2015, 5414).

31 SAP Madrid (Sección 24ª) 10 abril 2014 (JUR 2014, 127058).

32 STS 11 diciembre 2015 (RJ 2015, 5414).

aunque pueda tenerse en cuenta a la hora de fijar la compensación, y que puede hacerse efectiva bien en el proceso conyugal o en un procedimiento independiente". No obstante en el caso concreto consideró que no era admisible su reclamación, porque los cónyuges habían suscrito un convenio regulador en el que habían pactado unos acuerdos globales sobre la situación personal y económica existente hasta el momento de la ruptura, que se tradujo en unas medidas definitivas en el marco del procedimiento judicial de separación, que habrían quedado afectadas de haberse negociado entre las partes la compensación posteriormente reclamada.

5. STS 5 mayo 2016.

La STS 5 mayo 2016[33], a la que ya se aludió anteriormente, tras rechazar fijar una doctrina jurisprudencial que concretase una manera objetiva la cuantificación de la compensación por trabajo doméstico, consideró admisible el criterio adoptado en la instancia, consistente en recurrir al salario de un tercero que hubiese realizado las labores domésticas, multiplicado por el tiempo de duración del régimen de separación de bienes.

Por tanto, esta Sentencia también asumió que de la compensación por trabajo doméstico puede descontarse el salario del empleado del hogar que acuda ocasionalmente en apoyo de las labores domésticas.

6. STS 26 abril 2017.

La Sentencia del Juzgado había desestimado la compensación solicitada. En el recurso de apelación, la esposa solicitó que revocase la Sentencia, y se concediese la compensación por trabajo doméstico, que cuantificaba en el equivalente al treinta por ciento del patrimonio generado por el esposo constante el matrimonio, dado que ella se había dedicado al trabajo del hogar, aunque desde cierto momento figuró como falsa autónoma en el negocio familiar, al que había dedicado parte de su tiempo en detrimento de las cargas domésticas.

La Audiencia Provincial[34] estimó el recurso, aunque no acogió la cuantificación defendida por la recurrente. Tras considerar acreditado que efectivamente la esposa había trabajado para la casa, aunque igualmente había trabajado parcialmente en el negocio familiar, la compensación se fijó "ponderadamente" en 27.000 €, a razón de aproximadamente siete años y medio, dado que la dedicación durante varios periodos fue parcial en función de las circunstancias concurrentes (aproximadamente 90 meses a razón de una compensación de 300 € mensuales).

33 STS 5 mayo 2016 (RJ 2016, 2219).

34 SAP Albacete (Sección 1ª) 29 febrero 2016 (JUR 2016, 64521).

La STS 26 abril 2017[35] desestimó el recurso de casación interpuesto por el esposo. Tras dejar claro que para poder solicitar la compensación el trabajo para la casa tiene que ser exclusivo pero no excluyente, dijo que la Sentencia recurrida había realizado una valoración razonable, al tener en cuenta, a efectos de la cuantificación, tanto los períodos en los que la esposa había contribuido a las cargas familiares con el trabajo para la casa de forma plena, como aquellos en los que había trabajado en el negocio familiar regentado por la suegra, con un salario moderado y contratada como autónoma, y por tanto, sin derecho a indemnización por despido. También se había tomado en consideración que las cargas domésticas habían sido notables.

Por tanto, esta Sentencia avanza algo más en los criterios relativos a la cuantificación, al aludir a los períodos en los que hubo dedicación parcial o total a los trabajos del hogar (coincidiendo con la realización de trabajos a tiempo parcial fuera de la casa), y la mayor o menor entidad de las cargas domésticas.

7. STS 11 diciembre 2019.

En la STS 11 diciembre 2019[36] se dilucidó el divorcio de uno de los directivos más ricos del país, lo que probablemente influyó en la concesión de una compensación de muy elevado importe.

El Juzgado había denegado la compensación por trabajo doméstico que había solicitado la esposa, quien reprodujo la petición en su recurso de apelación. La Audiencia Provincial[37] revocó parcialmente la Sentencia de primera instancia, y concedió a la esposa una compensación de nada menos que 6.000.000 €, a razón de "la suma de los ingresos dejados de percibir, perspectivas profesionales después de una exitosa vida profesional (…) con interrupción definitiva de su actividad por matrimonio y la capitalización por los diez años de vigente del matrimonio".

La STS 11 diciembre 2019[38] estimó parcialmente el recurso de casación interpuesto por el esposo. Consideró que durante la convivencia familiar la esposa no desempeñó trabajo retribuido por cuenta ajena o de forma autónoma, sino que abordó las funciones de dirección, supervisión, control y coordinación necesarias para la buena marcha del hogar familiar, así como la atención personalizada a las hijas comunes, por lo que tenía derecho a percibir la compensación por trabajo doméstico del art. 1438 CC. En cambio, discrepó rotundamente con la cuantificación que había determinado la Audiencia Provincial. A tal efecto, el Tribunal Supremo consideró relevante:

35 STS 26 abril 2017 (RJ 2017, 1720).

36 STS 11 diciembre 2019 (RJ 2019, 5090).

37 SAP Madrid (Sección 24ª) 24 mayo 2018 (JUR 2018, 229294).

38 STS 11 diciembre 2019 (RJ 2019, 5090).

- Que los 6.000.000 € concedidos por la Sentencia de segunda instancia no estaban justificados, ya que las percepciones del trabajo obtenidas por la esposa antes de contraer matrimonio, sin tener en cuenta la retención por impuestos, eran inferiores a tal suma, y ello dejando de lado los necesarios gastos en necesidades vitales, así como su capacidad de ahorro.

- Que para la atención a las tareas domésticas la esposa contó con once empleados, en consonancia con las dimensiones de la vivienda familiar y la capacidad económica de su esposo.

- Que la esposa había disfrutado de un elevado tren de vida durante su matrimonio.

- Que en la sentencia de divorcio se había fijado una importante pensión compensatoria a favor de la esposa (75.000 euros mensuales, con actualización anual conforme al IPC, durante un periodo temporal de cinco años), que debía tenerse en cuenta a la hora de cuantificar la compensación por trabajo doméstico.

- Que el marido había donado a su mujer durante el matrimonio unos 3.000.000 €, con parte de los cuales adquirió una vivienda suntuaria, que además fue remodelada con dinero también del marido; cantidades de dinero que según la Sala podía ser consideradas como una anticipada compensación pecuniaria a favor de la esposa, aunque no se hubiesen abonado al tiempo de la extinción del régimen de separación.

- Que la diferencia entre la capacidad económica entre ambos litigantes era de tal magnitud, que la aportación proporcional de la esposa a las cargas del matrimonio debió ser muy escasa.

En consecuencia, el Tribunal Supremo consideró, "en atención a una valoración equitativa de los trabajos de coordinación cualificados para la casa prestados por la demandante" durante diez años, que tenía derecho a percibir una compensación por importe total de 840.000 €, a razón de 7000 € netos mensuales.

Además, la Sala recordó a la esposa (que había recurrido en casación solicitando el incremento de la compensación) que había contraído matrimonio en régimen de separación de bienes, no en régimen de participación, por lo que su pretensión de elevar el importe de la compensación a 50.000.000 €, a razón de la participación en el 1,70% de las supuestas ganancias patrimoniales obtenidas por el marido durante la vigencia del régimen de separación de bienes, era absolutamente improcedente.

Cabe señalar a favor de esta Sentencia que realiza una minuciosa exposición de los elementos concurrentes que en el caso concreto debían ser ponderados para cuantificar la compensación por trabajo doméstico, y que obviamente pueden ser utilizados en cualquier otro procedimiento judicial en el que se solicite el pago de la compensación con base en el art. 1438 CC.

Sin embargo, como nota desfavorable cabe señalar que el importe de la compensación concedido parece claramente desmesurado. Si el propio Tribunal concluyó que la contribución de la esposa a las cargas del matrimonio debió de ser muy escasa, limitándose a una labor de coordinación, cuya ejecución material corría a cargo de un batallón de empleados domésticos, parece evidente que 840.000 € son muy excesivos. Parece obvio que en la cuantificación de la compensación acabó influyendo la enorme fortuna del esposo, lo que no parece ajustado a Derecho, pues se tomaría indirectamente como referencia el patrimonio del cónyuge condenado al pago, lo cual encontraría cierto acomodo en un régimen de participación, pero no en un régimen de separación absoluta de bienes[39].

8. STS 13 enero 2022.

En este procedimiento se volvió a analizar la cuantificación de la compensación por trabajo doméstico cuando el cónyuge beneficiario de su percepción había trabajado temporalmente no solo para la casa, sino también para un negocio familiar.

La Sentencia del Juzgado había concedido una compensación por importe de 122.790,88 €. Por el contrario, la Audiencia Provincial[40] estimó el recurso del esposo y declaró que el pago de dicho concepto era improcedente, porque la esposa había trabajado fuera de casa durante la relación matrimonial.

La STS 13 enero 2022[41] estimó el recurso de casación interpuesto por la esposa, con el argumento de que el Tribunal de apelación había valorado de manera errónea el informe de vida laboral obrante en las actuaciones. Desde la fecha de celebración del matrimonio en 2001, hasta la separación de hecho, la recurrente estuvo dedicada al trabajo para la casa. Dicha dedicación fue exclusiva, al menos, hasta diciembre de 2017, cuando estuvo dada de alta como autónoma en el negocio de venta de carne al por menor desde esa fecha hasta mediados de 2019. Sin embargo, la Sala destacó que ambas partes litigantes se habían mostrado

39 Una dura crítica a esta Sentencia puede verse en Ordás Alonso, M.: "La cuantificación de la compensación por trabajo doméstico "ex" art. 1438 CC. La calificación de la coordinación del personal doméstico como trabajo cualificado y especialmente remunerado (7000 euros netos/mes). Comentario a la STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm. 658/2019 de 11 de diciembre (RJ 2019, 5090)", *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, 2020, n. 113, pp. 360-366.

40 SAP Toledo (Sección 1ª) 20 enero 2021 (JUR 2021, 124015).

41 STS 13 enero 2022 (RJ 2022, 53).

conformes con que la esposa nunca había llegado a trabajar como autónoma colaboradora en dicho negocio. Por tanto, constatado el trabajo para la casa y la ausencia de trabajo fuera de la misma, la esposa tenía derecho a percibir la compensación por realización de trabajo doméstico.

Al estimar el recurso, el Tribunal Supremo hizo propia la cuantificación que había fijado el Juez de Primera Instancia: tomó como referencia el sueldo que se habría satisfecho a una tercera persona como empleada de hogar ("una de las opciones posibles y admitidas por nuestra doctrina") para el período comprendido entre el matrimonio y la separación de hecho, pero aplicando una reducción del 30% desde el año 2009, teniendo en cuenta que las dos hijas menores del matrimonio asistieron desde entonces a un centro escolar, "por lo que la dedicación al hogar ya no era, aunque seguía siendo exclusiva, tan intensa como cuando no lo hacían".

El interés de esta Sentencia radica en que dio su beneplácito a la aplicación de una reducción a la cuantía de la compensación cuando los hijos comunes asisten a un centro escolar, con el razonable argumento de que la dedicación al cuidado de la familia es de menor intensidad.

9. STS 10 marzo 2023.

La última Sentencia del Tribunal Supremo que hasta la fecha ha analizado la cuantificación de la compensación por trabajo doméstico del art. 1438 CC es la STS 10 marzo 2023[42].

El Juzgado concedió a la esposa una compensación por trabajo doméstico por importe de 1423,70 €, tras haber deducido del montante indemnizatorio, a modo de compensación, ciertos gastos destinados a amortización de hipoteca, dentista, clínica, internet y teléfono, compra de un vehículo para la esposa y un cochón nuevo.

La Audiencia Provincial[43] señaló que si bien la jurisprudencia admite la posibilidad de una anticipada compensación pecuniaria a favor del perceptor de la compensación, aunque no se haga efectiva en el momento de la extinción del régimen matrimonial, ello no significa que se deba realizar una liquidación de todo aquello que el esposo considere que se le adeuda como consecuencia de haber pagado gastos usuales, pues ello no constituye propiamente un adelanto pecuniario de la compensación por realización de trabajo doméstico, sino posibles créditos a reclamar en otro procedimiento declarativo, que el demandado no puede oponer a modo de compensación. Por ello, una vez deducidos los gastos

42 STS 10 marzo 2023 (RJ 2023, 1567).

43 SAP Alicante/Alacant (Sección 9ª) 18 enero 2022 (JUR 2022, 180792).

compensados, cuantificó la compensación en 41.982,20 €, tomando como base el salario mínimo interprofesional, pero teniendo en cuenta igualmente la dedicación exclusiva al trabajo doméstico desde el nacimiento del primer hijo, los catorce meses trabajados fuera del hogar en los que no se concedía ninguna compensación, y la pensión compensatoria indefinida establecida a favor de la esposa.

La STS 10 de marzo de 2023[44] dio un enfoque algo distinto a la controversia suscitada. Aunque se hizo eco de la jurisprudencia relativa a las compensaciones anticipadas, abordó el problema desde la perspectiva de la liquidación de las relaciones patrimoniales entre los cónyuges como consecuencia de una aportación a las cargas familiares excesiva o inferior a lo requerido, o de aquellas cantidades que hubiesen sido abonadas por uno de los cónyuges en exclusivo beneficio del otro: "si se trata de que, como es el caso, en el momento de la extinción del régimen económico de separación de bienes, el cónyuge que ha contribuido a las cargas familiares con los ingresos obtenidos en su actividad profesional compense a quien lo ha hecho aportando su dedicación personal a la familia y a la casa, es razonable exigir que de la compensación se descuente todo aquello que el cónyuge acreedor de la compensación haya podido percibir durante la convivencia y en lo que exceda de las cargas del matrimonio que incumbían al deudor de la compensación".

El Tribunal Supremo destacó que el recurso al salario mínimo interprofesional para cuantificar el importe de la compensación por trabajo doméstico no fue controvertido por el recurrente, por lo que se centró en la deducción de diversos conceptos interesada por el esposo condenado al pago. Al respecto, confirmó el criterio sostenido en segunda instancia, pues tales pagos y gastos no debían considerarse deducibles ni compensables: el seguro del hogar, los gastos de dentista, internet y teléfono o la compra de un colchón, porque formaban parte de las necesidades ordinarias de la familia, y porque además algunos de tales gastos los había abonado la empresa, y no el esposo, y aunque fuesen transferencias de dinero propias, estaban destinadas a los gastos domésticos; el vehículo, porque su adquisición y uso se dirigía a satisfacer necesidades familiares, y resultaba difícil concluir que la esposa lo hubiese utilizado en su exclusivo provecho e interés cuando ella se ocupaba de dos hijas pequeñas; las transferencias para la amortización del préstamo hipotecario, porque algunas se hicieron antes de haberse celebrado el matrimonio, y porque en todo caso, el pago del préstamo con el que se financió la adquisición de la vivienda no constituye una carga del matrimonio. A mayor abundamiento, la Sala destacó que "las cuantías de los pagos eran moderadas en atención a la diferencia de recursos económicos de ambos cónyuges".

44 STS 10 marzo 2023 (RJ 2023, 1567).

En definitiva, el cónyuge que ha sido demandado en reclamación del pago de la compensación por trabajo doméstico del art. 1438 CC puede defenderse esgrimiendo la compensación de créditos, basada en un exceso de aportación a las cargas familiares. Sin embargo, no podrá deducir el importe de la compensación por trabajo doméstico compensando gastos que forman parte de las necesidades ordinarias de la familia, a no ser que se acredite que fueron innecesarios, exorbitantes o suntuarios.

V. PUNTUALIZACIONES SOBRE ALGUNOS DE LOS CRITERIOS UTILIZADOS POR LA JURISPRUDENCIA.

1. El período de vigencia del régimen de separación.

La compensación del art. 1438 CC solamente es exigible cuando los cónyuges han estado casados en separación de bienes. Por ello, en aquellos matrimonios en los que se hayan sucedido diversos regímenes matrimoniales, la compensación deberá calcularse teniendo en cuenta exclusivamente el período en que estuvo vigente el régimen de separación[45]. Por esta razón, hay que excluir el eventual período de convivencia prematrimonial, caracterizado por la ausencia de régimen económico matrimonial[46].

Evidentemente, el período en el que los cónyuges han estado casados con el régimen de separación de bienes es un parámetro que hay que valorar en todo caso, ya que interactúa necesariamente con los demás criterios aplicables para cuantificar la compensación. Si el cónyuge ha trabajado para la casa durante más tiempo, la lógica indica que su dedicación ha debido ser mayor, y en consecuencia, la compensación también debe serlo.

En aquellos supuestos en los que el cónyuge haya realizado trabajo doméstico durante ciertas etapas de la vida matrimonial, pero no en otras, deberán excluirse del cómputo estas últimas.

2. El coste de realización del trabajo doméstico por una tercera persona.

A la luz de la jurisprudencia examinada, la segunda variable imprescindible para cuantificar la compensación por trabajo doméstico es el coste de la realización de dicha labor por una tercera persona[47], con el argumento de que equivale a

45 SAP Murcia (Sección 1ª) 6 noviembre 2006 (JUR 2006, 284978); SAP Santa Cruz de Tenerife (Sección 1ª) 14 octubre 2014 (AC 2015, 1298); SAP Valencia (Sección 10ª) 27 marzo 2018 (JUR 2018, 162630); SAP A Coruña (Sección 5ª) 11 julio 2019 (JUR 2019, 262791); SAP Valencia (Sección 10ª) 12 julio 2019 (JUR 2019, 264678); SAP Burgos (Sección 2ª) 31 julio 2019 (JUR 2019, 282037); SAP Murcia (Sección 4ª) 28 noviembre 2019 (JUR 2020, 87258).

46 SAP Segovia (Sección 1ª) 6 noviembre 2018 (JUR 2019, 24235).

47 STS 14 julio 2011 (RJ 2011, 5122); STS 25 noviembre 2015 (RJ 2015, 53225); STS 5 mayo 2016 (RJ 2016, 2219).

la cantidad de dinero que se ahorra por la falta de necesidad de contratar este servicio ante la dedicación de uno de los cónyuges al cuidado del hogar. En la STS 25 noviembre 2015[48], se reconoció que este criterio contiene elementos positivos y negativos: "ofrece unas razonables y objetivas pautas de valoración, aunque en la práctica pueda resultar insuficiente en cuanto se niega al acreedor alguno de los beneficios propios de los asalariados que revierten en el beneficio económico para el cónyuge deudor y se ignora la cualificación profesional de quien resulta beneficiado".

No obstante, es importante destacar que en la jurisprudencia se alude "al salario mínimo interprofesional o la equiparación del trabajo con el sueldo que cobraría por llevarlo a cabo una tercera persona", cuando la fórmula encierra dos conceptos distintos. El salario mínimo puede ser superior o inferior al coste de la contratación de un empleado del hogar, dependiendo de las concretas circunstancias familiares (días de trabajo del empleado doméstico, su condición de externo o interno, tamaño de la casa, número de hijos, cuidado de otros familiares en el hogar, etcétera). Por ello, no siempre será posible equiparar el salario mínimo interprofesional con el coste de contratación de un tercero: habrá ocasiones en que el salario mínimo resulte insuficiente, y otras en que sea excesivo. Si se pretende alcanzar una cuantificación proporcionada a las circunstancias específicas del caso, también resultará ineludible determinar la efectiva dedicación del cónyuge que ha trabajado para el hogar, ya que no es lo mismo la realización material del trabajo de la casa (con o sin ayuda externa) que su mera coordinación.

Por otro lado, es necesario poner de manifiesto que este criterio ha sido utilizado inadecuadamente por algunas Audiencias Provinciales, que se han limitado a aplicar un criterio lineal, consistente en multiplicar el salario mínimo interprofesional por el número de años en los que el matrimonio estuvo casado bajo el régimen de separación de bienes, sin tomar en consideración otras variables[49]. Sin duda es la manera más simple de cuantificar la compensación por trabajo doméstico, pero es sumamente criticable, ya que elude valorar los restantes criterios, que deben ser igualmente considerados.

3. Las cantidades percibidas como anticipo de la compensación.

Como quedó apuntado, la jurisprudencia entiende que las disposiciones gratuitas hechas a favor del cónyuge pueden ser consideradas como anticipo de la compensación por trabajo doméstico, aunque no se hayan realizado en el momento de la extinción del régimen de separación de bienes. La lógica de este

48 STS 25 noviembre 2015 (RJ 2015, 53225).

49 A modo de ejemplo: SAP Valladolid (Sección 3ª) 20 julio 2006 (JUR 2006, 239825); SAP Jaén (Sección 1ª) 19 octubre 2016 (JUR 2017, 5806); SAP Madrid (Sección 13ª) 20 mayo 2020 (JUR 2020, 215090).

planteamiento, reflejado con claridad en las SSTS 31 enero 2014[50] y 11 diciembre 2019[51], es que el cónyuge que ha recibido disposiciones gratuitas constante el matrimonio tiene derecho a percibir una compensación menor que aquel que no percibió nada.

No puede dejarse de señalar que la calificación jurídica de tales disposiciones gratuitas puede resultar difícil, dado que pueden ser genuinas donaciones entre cónyuges (arts. 618 y 1323 CC), o incluso préstamos no documentados realizados entre los cónyuges, dado que la donación no se presume. En todo caso, si las disposiciones que se realizan a favor del cónyuge tenían como finalidad compensar el trabajo doméstico realizado, no es admisible calificarlas como donaciones, ni siquiera remuneratorias (arts. 619 y 1274 CC), dado que su causa sería el cumplimiento de la obligación de compensación exigida por el art. 1438 CC, lo cual es incompatible con el ánimo liberal característico de toda donación. En todo caso, aunque no pueda llegarse a la conclusión de que las atribuciones gratuitas se hicieron con la expresa finalidad de compensar la realización de trabajo doméstico, parece de justicia considerar que el cónyuge que ha realizado el trabajo doméstico y que ha recibido bienes a título gratuito del otro cónyuge perciba una compensación inferior, pues a fin de cuentas ha sido beneficiado en términos económicos.

Otra cuestión interesante que se suscita al hilo de las compensaciones anticipadas es si pueden llegar a colmar la totalidad del derecho a la compensación; o lo que es lo mismo, si es posible una compensación anticipada total, con carácter solutorio. La jurisprudencia del Tribunal Supremo no se ha pronunciado hasta la fecha al respecto, aunque las Audiencias Provinciales, a la vista de las circunstancias concurrentes, han considerado en algunas ocasiones que las cantidades percibidas anticipadamente por el cónyuge suponían el pago total de la compensación por trabajo doméstico regulada en el art. 1438 CC. Estos supuestos pueden esquematizarse de la siguiente manera: a) compensación totalmente pagada al pactarse el régimen de separación de bienes[52]; b) compensación totalmente pagada al sustituir el régimen de separación de bienes por el de gananciales[53]; c) compensación totalmente pagada al sustituir el régimen de gananciales por el de separación de bienes[54]; y d) compensación totalmente pagada durante

50 STS 31 enero 2014 (RJ 2014, 813).

51 STS 11 diciembre 2019 (RJ 2019, 5090.

52 SAP Murcia (Sección 1ª) 29 octubre 2002 (JUR 2003, 71008); SAP Pontevedra (Sección 3ª) 5 noviembre 2014 (JUR 2015, 61339).

53 SAP Pontevedra (Sección 6ª) 3 diciembre 2015 (JUR 2016, 9438).

54 SAP Valladolid (Sección 1ª) 7 mayo 2012 (JUR 2012, 210236).

el matrimonio mediante la realización de diversas disposiciones patrimoniales gratuitas[55].

4. La pensión compensatoria.

La pensión compensatoria y la compensación por trabajo doméstico son compatibles[56], dado que sus presupuestos y finalidades son diferentes. Con gran claridad, la STS 26 abril 2017[57] dijo que "mediante la pensión compensatoria se cuantifica el desequilibrio que tras la separación o divorcio se produce en uno de los cónyuges, valorando la pérdida de oportunidades profesionales y teniendo en cuenta como uno más de los criterios la «dedicación pasada y futura a la familia». Por otro lado, la compensación del art. 1438 del C. Civil tiene su base en el trabajo para la casa realizado por uno de los cónyuges, bajo un régimen de separación de bienes, al valorarlo como una contribución al sostenimiento de las cargas familiares".

Sin embargo, como acertadamente se ha señalado, "más allá de la distinción teórica entre la pensión compensatoria y la compensación por trabajo doméstico, entre ambas existe un evidente punto de conexión, que es el que resulta de la «dedicación pasada a la familia», que, aunque no es lo que directamente se indemniza a través de la primera, no obstante, sirve como criterio de cálculo de la misma, por lo que es inevitable que la cuantificación de la una incida en la de la otra"[58]. De ahí que las SSTS 11 diciembre 2015[59] y 11 diciembre 2019[60] tomasen en consideración el importe de la pensión compensatoria concedida como elemento de referencia para cuantificar (a la baja) la compensación del art. 1438 CC.

En contra de lo que ha afirmado cierta jurisprudencia[61], la compensación por trabajo doméstico deberá cuantificarse después de haberse determinado el quantum de la pensión compensatoria, y no al revés dado que esta última influye en aquella.

55 SAP A Coruña (Sección 5ª) 17 enero 2014 (JUR 2014, 47686); SAP Granada (Sección 3ª) 4 noviembre 2015 (JUR 2016, 113903); SAP Murcia (Sección 4ª) 28 noviembre 2019 (JUR 2020, 87258).

56 STS 5 mayo 2016 (RJ 2016, 2219); STS 14 marzo 2017 (RJ 2017, 880); STS 20 de febrero 2018 (RJ 2018, 568).

57 STS 26 abril 2017 (RJ 2017, 1720).

58 De Verda y Beamonte, J.R.: "En torno a la compensación", cit., p. 755.

59 STS 11 diciembre 2015 (RJ 2015, 5414).

60 STS 11 diciembre 2019 (RJ 2019, 5090).

61 STSJ Catalunya 27 abril 2000 (RJ 2000, 4125): "La fijación de la compensación es previa a la fijación de la pensión compensatoria, porque se trata (…) de una regla de liquidación de bienes por extinción del régimen económico matrimonial. Es decir, en el momento de la disolución del patrimonio conyugal debe observarse si se produce una injusta desigualdad en favor de uno de los cónyuges y en este caso –y en ese momento– debe procederse a fijar la indemnización que restaure el equilibrio. Una vez formadas las masas patrimoniales es el momento de determinar, si procede, la pensión compensatoria, que procederá sólo en el caso de que el cónyuge menos favorecido persista en situación de desigualdad respecto a la que tenía en el matrimonio".

5. Los trabajos realizados fuera del hogar compatibilizados con el trabajo doméstico.

Más allá de que resulte cuestionable que tenga derecho a percibir la compensación el cónyuge que ha realizado el trabajo doméstico pero compatibilizándolo con trabajos precarios o escasamente remunerados en el círculo empresarial o negocial familiar[62], a mi entender la jurisprudencia no se ha valorado suficientemente que esta simultaneidad de trabajos, dentro y fuera del hogar, no puede afectar siempre de la misma manera a la cuantificación de la compensación.

En efecto, en la STS 26 abril 2017[63] se parte de que en aquellos períodos en los que el trabajo para la casa fue compatibilizado con trabajo precario fuera de la misma, la compensación debe ser inferior. Sin embargo, la premisa no parece acertada: aunque en hipótesis el trabajo fuera del hogar pueda disminuir las cargas domésticas, la experiencia empírica demuestra que el cónyuge que se dedica en exclusiva de ellas, y además trabaja parte del tiempo fuera de casa, debe realizar un sobreesfuerzo para realizar ambos trabajos simultáneamente, con el consiguiente desgaste personal.

Por ello, este criterio no puede ser considerado unidireccionalmente, como un factor siempre orientado a la moderación de la cuantificación. Si uno de los cónyuges ha realizado el trabajo doméstico, y además ha trabajado precariamente fuera del hogar, sin contar con la ayuda del otro cónyuge y/o de un empleado del hogar, el trabajo doméstico realizado habrá sido el mismo, y no procederá aplicar ninguna reducción al cuantificar la compensación.

6. La efectiva dedicación al trabajo doméstico.

El trabajo doméstico no es solo el requisito ineludible para tener derecho a reclamar la compensación por su ejecución, sino que también constituye un elemento indispensable para cuantificarlo, ya que a mayor dedicación, mayor remuneración[64].

En relación con este parámetro, deberán ponderare, al menos, las siguientes circunstancias: a) si el cónyuge ha ejecutado materialmente las labores domésticas o se ha limitado a coordinarlas[65]; b) la eventual existencia de empleados del hogar, teniendo en cuenta, en su caso, la asiduidad con la que acudían al hogar familiar

62 Véase, por todos, Chaparro Matamoros, P.: "La compensación", cit., pp. 1-21.

63 STS 26 abril 2017 (RJ 2017, 1720).

64 STS 26 abril 2017 (RJ 2017, 1720).

65 STS 11 diciembre 2019 (RJ 2019, 5090).

para ayudar en la realización de las labores domésticas[66]; c) la inexistencia de hijos[67]; d) el número de hijos y su edad (pues es evidente que la mera existencia de hijos obliga a una mayor dedicación[68]), y si ya asisten a un centro educativo (pues en tal caso la dedicación horaria que requieren es menor[69]); e) la colaboración del otro cónyuge en la realización de las tareas domésticas[70]; y f) el nivel de vida que ha disfrutado el cónyuge que se ha dedicado a las tareas domésticas[71].

VI. EL PAGO DE LA COMPENSACIÓN.

Una vez cuantificada la compensación, procede determinar cómo pagarla. El art. 1438 CC tampoco dice nada al respecto.

1. Pago en especie o pago en dinero.

Los Tribunales siempre ordenan el pago de la compensación mediante la entrega de una cantidad dineraria. Y ello es lógico, puesto que el objetivo del art. 1438 CC es abonar una compensación, "no el de atribuir dominio sobre los bienes convirtiendo en comunes los que sean privativos de uno de los cónyuges" (STS 14 febrero 1989[72]). Se trata, en suma, de calcular el valor económico del trabajo doméstico, y traducirlo a términos monetarios[73]. Impropiamente, pero de forma muy ilustrativa, la STS 11 diciembre 2019[74] afirmó que con el art. 1438 CC es una "indemnización liquidatoria del régimen de separación de bienes".

Ahora bien, el pronunciamiento judicial no impide que los cónyuges puedan acordar el pago de la compensación mediante la entrega de bienes privativos, supuesto que constituiría una dación en pago[75]. Como dijo la STS 11 diciembre 2019[76], la compensación "no supone una adjudicación de bienes, sin perjuicio de que, por acuerdo entre las partes, se pueda indemnizar de tal forma".

66 SAP Sevilla (Sección 2ª) 16 julio 2014 (JUR 2014, 283207); STS 25 noviembre 2015 (RJ 2015, 5322); SAP Sevilla (Sección 2ª) 7 junio 2016 (JUR 2016, 224248); SAP Almería (Sección 1ª) 10 julio 2018 (JUR 2020, 52906); STS 11 diciembre 2019 (RJ 2019, 5090).

67 SAP Valencia (Sección 10ª) 12 julio 2019 (JUR 2019, 264678); SAP Valladolid (Sección 1ª) 20 enero 2021 (JUR 2021, 124960).

68 La SAP Segovia (Sección 1ª) 6 noviembre 2018 (JUR 2019, 24235) redujo el salario mínimo interprofesional al 50% para el tiempo de vigencia del régimen de separación en el que aún no había nacido la hija común.

69 STS 13 enero 2022 (RJ 2022, 53).

70 SAP Valencia (Sección 10ª) 27 febrero 2023 (JUR 2023, 129047).

71 STS 11 diciembre 2019 (RJ 2019, 5090).

72 STS 14 febrero 1989 (RJ 1989, 836).

73 Bercovitz Rodríguez-Cano, R.: "Sentencia de 11 de febrero de 2005: Régimen de separación de bienes: compensación al cónyuge que trabajó para la casa a la extinción del mismo. Separación matrimonial. Vecindad civil y determinación del régimen económico-matrimonial", *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, 2006, n. 70, p. 152; Gutiérrez Santiago, P., "Disfunciones en la interpretación", cit., p. 574.

74 STS 11 diciembre 2019 (RJ 2019, 5090).

75 De hecho, la entrega de bienes, en circunstancias y formas muy variadas, constituye el supuesto más habitual de abono convencional de la compensación por realización de trabajo doméstico.

76 STS 11 diciembre 2019 (RJ 2019, 5090).

2. Pago único o pago periódico.

Todas las Sentencias dictadas por el Tribunal Supremo que cuantificaron la compensación por trabajo doméstico ordenaron un pago único dinerario[77].

Sin embargo, muy excepcionalmente, alguna Audiencia Provincial ha dejado a elección del condenado realizar un único pago o múltiples pagos periódicos hasta saldar la totalidad de la deuda. La SAP León (Sección 2ª) 11 junio 2020[78] consideró procedente reconocer una indemnización de 18.000 € que el esposo podría elegir pagar a su voluntad, en una sola vez o en plazos no inferiores a 200 € mensuales, sin intereses. En esta línea, resulta sorprendente la SAP León (Sección 2ª) 28 julio 2022[79], que optó por la misma solución, "teniendo en cuenta que la cantidad que se solicita se cuantifica sobre la media del salario mínimo interprofesional durante 22 años de matrimonio", por lo que "se estima procedente acceder a la indemnización solicitada en la cuantía de 150.000 euros, que podrá ser satisfecha, a elección del obligado a su pago, de una sola vez o plazos, sin intereses, que no podrán ser inferiores a 500 euros al mes".

Semejante planteamiento, asumido por dos Sentencias de la misma Audiencia Provincial, resulta extremadamente criticable, por múltiples razones:

- Si conforme al art. 1438 CC el cónyuge que ha trabajado para la casa tiene derecho a percibir una compensación con la extinción del régimen de separación de bienes, no tiene sentido que su cobro se dilate en el tiempo.

- Si se permite que el deudor opte por abonar la compensación mediante una prestación periódica, la compensación por trabajo doméstico queda asimilada en su forma de pago a una renta temporal o a una pensión de alimentos, cuyos fundamentos son distintos.

- A efectos prácticos, se acaba equiparando la compensación con un salario diferido, a pesar de que dicha conceptualización ha sido rechazada por el Tribunal Supremo[80].

- El pago aplazado sin intereses traslada al acreedor los perniciosos efectos de la devaluación del dinero, especialmente en una coyuntura inflacionista.

77 Excepcionalmente, la STS 14 marzo 2017 (RJ 2017, 880) difirió al trámite de ejecución de Sentencia la cuantificación de la compensación.

78 SAP León (Sección 2ª) 11 junio 2020 (JUR 2020, 229883).

79 SAP León (Sección 2ª) 28 julio 2022 (JUR 2022, 321528).

80 La STS 11 diciembre 2019 (RJ 2019, 5090), al referirse a la compensación del trabajo doméstico ex art. 1438 CC, dijo: "se ha empleado de forma gráfica, para conceptuar tal derecho, la expresión de salario diferido, si bien en estricta técnica jurídica no es tal, pues no estamos ante la retribución de una relación de trabajo dependiente y subordinada".

- Y en el supuesto más extremo, que inexplicablemente ampara la segunda Sentencia citada, el deudor podría cumplir con la condena en un plazo de trescientos meses (es decir, nada menos que veinticinco años), y además sin abonar intereses.

Por ello, parece mucho más matizado y razonable el criterio por el que optó la SAP Castellón (Sección 2ª) 22 octubre 2002[81], que confirió al condenado la elección de pagar 60.000 €, en una sola vez, o mensualmente en un plazo máximo de cinco años, pero aplicando en este segundo supuesto el interés medio correspondiente a los préstamos hipotecarios.

A mi entender, no existen razones de peso que justifiquen que una Sentencia judicial no imponga el pago en una prestación dineraria única, con independencia del mayor o menor importe de la compensación.

VII. CONCLUSIONES.

Las Sentencias del Tribunal Supremo que se han enfrentado a la cuantificación de la compensación por trabajo doméstico evidencian la utilización de múltiples criterios, todos ellos razonables, que deberán ser sometidos a análisis cada vez que se cuestione en sede judicial el importe de la compensación.

Sería deseable que el Tribunal Supremo fuese más expresivo en sus Sentencias y que enumerase con claridad en la jurisprudencia todos los criterios cuantitativos y cualitativos que necesariamente deban ser ponderados en las reclamaciones de la compensación por trabajo doméstico, sin perjuicio de que en cada caso concreto puedan tomarse en consideración otros criterios adicionales, en función de las peculiares circunstancias concurrentes. Ello redundaría en beneficio de la seguridad jurídica, pues a falta de todo criterio normativo, constituirían una guía que indudable valor para los operadores jurídicos.

Con todo, no hay que olvidar que la labor de los Tribunales viene dificultada porque el art. 1438 CC omite toda indicación sobre los criterios o parámetros que deben ser considerados para cuantificar la compensación del trabajo doméstico. Así las cosas, además de una mayor claridad jurisprudencial, sería recomendable una reforma del art. 1438 CC para que la ley contemple expresamente unos criterios mínimos que valorar cuando se solicite judicialmente el pago de la compensación. A tal efecto, podría resultar útil tomar en consideración el contenido del art. 265-5.2 de la Propuesta de Código Civil de la Asociación de Profesores de Derecho

81 SAP Castellón (Sección 2ª) 22 octubre 2002 (AC 2002, 1735).

Civil[82], el contenido del art. 232-5.3 del Código Civil catalán[83], o incluso los criterios que contenían los arts. 12.2 y 13.1 de la Ley 10/2007, de 20 de marzo, de Régimen Económico Matrimonial Valenciano[84]. La inclusión de un elenco mínimo de criterios cuantificadores en la norma positiva redundaría en una mayor seguridad jurídica, en la medida en que se dictarían resoluciones judiciales más homogéneas y uniformes, reduciendo la discrecionalidad de los Tribunales.

82 "Para determinar la cuantía de la compensación económica por razón de trabajo se tiene en cuenta la duración e intensidad de la dedicación, los años de convivencia, la crianza de hijos o la atención personal a otros miembros de la familia que convivan con los cónyuges, así como la ayuda de tercera persona o de servicio doméstico". Asociación de Profesores de Derecho Civil, *Propuesta de Código Civil*, Tecnos, Madrid, 2018, p. 434.

83 "Para determinar la cuantía de la compensación económica por razón de trabajo, debe tenerse en cuenta la duración e intensidad de la dedicación, teniendo en cuenta los años de convivencia y, concretamente, en caso de trabajo doméstico, al hecho que haya incluido la crianza de hijos o la atención personal a otros miembros de la familia que convivan con los cónyuges".

84 "La atención especial a los hijos, discapacitados y a los ascendientes, que vivan en el hogar familiar o en el suyo propio o en otro establecimiento de acogida, pero en régimen de dependencia económica y asistencial"; "Se tendrán en cuenta con carácter orientativo y como mínimo los criterios siguientes de valoración del trabajo para la casa, sin perjuicio de la ponderación que realice la autoridad judicial correspondiente o del acuerdo al que lleguen los cónyuges: el costo de tales servicios en el mercado laboral, los ingresos que el cónyuge que preste tales servicios haya podido dejar de obtener en el ejercicio de su profesión u oficio como consecuencia de la dedicación al trabajo doméstico en cualquiera de sus manifestaciones enumeradas en el artículo precedente, o los ingresos obtenidos por el cónyuge beneficiario de tales servicios en la medida en que su prestación por el otro cónyuge le ha permitido obtenerlos". Aunque esta Ley fue declarada inconstitucional por la STC 82/2016, de 28 abril (RTC 2016, 82) los criterios que contenía en relación con la cuantificación de la compensación son razonables y de innegable aplicación práctica.

BIBLIOGRAFÍA

Asociación De Profesores De Derecho Civil, *Propuesta de Código Civil*, Tecnos, Madrid, 2018.

Arrébola Blanco, A.: *La compensación del trabajo doméstico en el régimen de separación de bienes*, Reus, Madrid, 2019.

Arrébola Blanco, A.: "La liquidación del régimen de separación de bienes", en *Las crisis familiares. Tratado práctico interdisciplinar* (dir. J.R. De Verda y Beamonte), Tirant lo Blanc, Valencia, 2022, pp. 463-485.

Bercovitz Rodríguez-Cano, R.: "Sentencia de 11 de febrero de 2005: Régimen de separación de bienes: compensación al cónyuge que trabajó para la casa a la extinción del mismo. Separación matrimonial. Vecindad civil y determinación del régimen económico-matrimonial", *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, 2006, n. 70, pp. 155-176.

Berrocal Lanzarot, A.I.: "La responsabilidad por deudas contraídas por los cónyuges en el régimen económico de separación de bienes", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 2021, n. 788, pp. 3690-3752.

Chaparro Matamoros, P.: "La compensación por trabajo doméstico en el régimen de separación de bienes en el derecho común: una revisión crítica de la interpretación jurisprudencial del art. 1438 in fine CC", *La Ley Derecho de Familia. Revista jurídica sobre familia y menores*, 2019, n. 24, pp. 1-21.

Cuenca Casas, M.: "Las "sorpresas" del régimen de separación de bienes: la compensación por trabajo doméstico", *Hayderecho.com*, 2016 (https://www.hayderecho.com/2016/01/05/las-sorpresas-del-regimen-de-separacion-de-bienes-la-compensacion-por-trabajo-domestico/).

Estellés Peralta, P.M.: "La compensación del art. 1438 CC", en *La compensación por desequilibrio en la separación y divorcio. Tratado práctico interdisciplinar* (dir. J.R. De Verda y Beamonte), Tirant lo Blanc, Valencia, 2022, pp. 249-282.

Gutiérrez Santiago, P.: "Disfunciones en la interpretación jurisprudencial del artículo 1438 del Código civil: el riesgo de duplicidad valorativa del "trabajo para la casa" en el régimen económico matrimonial de separación de bienes", *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 2022, n. 17, pp. 538-599.

Ordás Alonso, M.: "La cuantificación de la compensación por trabajo doméstico "ex" art. 1438 CC. La calificación de la coordinación del personal

doméstico como trabajo cualificado y especialmente remunerado (7000 euros netos/mes)", *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, 2020, n. 113, pp. 331-366.

De Verda y Beamonte, J.R.: "En torno a la compensación por trabajo doméstico del art. 1438 CC. Comentario a la STS de España, núm. 658/2019, de 11 diciembre", *Revista Boliviana de Derecho*, 2020, n. 30, pp. 746-757.

DAÑOS CAUSADOS POR FILTRACIONES DE AGUA: ¿QUIÉN DEBE RESPONDER, LA COMUNIDAD, EL PROPIETARIO, EL ARRENDATARIO O EL OKUPA?*

DAMAGE CAUSED BY WATER FILTRATIONS: WHO IS RESPONSABLE, THE COMMUNITY, THE OWNER, THE TENANT OR THE SQUATTER?

Rev. Boliv. de Derecho Nº 37, enero 2024, ISSN: 2070-8157, pp. 160-195

* El presente trabajo se enmarca dentro del Grupo consolidado de Investigación en "Responsabilidad Civil" (VIGROB-213) del Departamento de Derecho Civil de la Universidad de Alicante.

Virginia
MÚRTULA
LAFUENTE

ARTÍCULO RECIBIDO: 13 de octubre de 2023
ARTÍCULO APROBADO: 4 de diciembre de 2023

RESUMEN: Uno de los daños más frecuentes en el hogar es el causado por filtraciones de agua que provienen del piso superior, donde puede estar viviendo alguien que es su propietario, un arrendatario o incluso varios okupas. El presente trabajo pretende abordar quién debería responder de estos daños atendiendo, tanto a la casuística que se puede presentar, como a la interpretación y aplicación que han hecho los tribunales españoles del artículo 1910 del Código civil. Esta norma hace recaer la responsabilidad de los daños causados por las cosas que se arrojen o caigan desde una casa en el "cabeza de familia" que habita en ella.

PALABRAS CLAVE: Daños; responsabilidad del propietario; responsabilidad del arrendatario; cosas caídas o arrojadas; filtraciones de agua.

ABSTRACT: *One of the most common damages in homes is that caused by water filtrations from the upper floor, where someone who is the owner, a tenant o even several squatters may be living. This paper aims to address who should be liable for these damages by considering both the different scenarios that may arise and the interpretation and application that the Spanish courts have made of Article 1910 of the Civil Code. This provision places the responsibility for damages caused by objects thrown or falling from a house on the "householder" who lives in it.*

KEY WORDS: *Damages; owner's liability; tenant's liability; fallen or thrown things; water filtrations.*

SUMARIO.- I. INTRODUCCIÓN.- II. DELIMITACIÓN DEL ÁMBITO DE APLICACIÓN DEL ART. 1910 DEL CÓDIGO CIVIL.- 1. El carácter objetivo de la responsabilidad por las cosas arrojadas o caídas.- 2. ¿Qué se entiende por "cabeza de familia"?- 3. Supuestos excluidos.- A) La responsabilidad del propietario por ruina del edificio (art. 1907 CC).- B) Filtraciones de agua que tienen un origen constructivo.- III. LA RESPONSABILIDAD DE LA COMUNIDAD DE PROPIETARIOS POR FALTA DE REPRACIÓN DE ELEMENTOS COMUNES.- 1. Tuberías.- 2. Terrazas.- 3. Plazo de prescripción de la acción.- IV. LA RESPONSABILIDAD DEL OCUPANTE POR DAÑOS CAUSADOS POR FILTRACIONES DE AGUA.- 1. Viviendas o locales arrendados.- 2. Viviendas "okupadas".- V. A MODO DE CONCLUSIÓN.

I. INTRODUCCIÓN.

La responsabilidad por los daños causados por las cosas arrojadas o caídas desde una vivienda se encuentra prevista en España en el art. 1910 CC. De acuerdo con este precepto: "El cabeza de familia que habita una casa o parte de ella, es responsable de los daños causados por las cosas que se arrojen o cayeren de la misma".

Esta norma viene siendo aplicada por parte de nuestros tribunales a los daños causados por filtraciones de agua producidas desde los pisos superiores a los inferiores. Este tipo de daños son de los más frecuentes en el ámbito de los seguros de hogar. La meteorología tiene un papel clave en estos siniestros, pero también puede haber otras causas que los provocan. Entre las más habituales, la falta de un mantenimiento adecuado de las tuberías, una acción negligente del ocupante de la vivienda que ha dejado un grifo abierto, la falta de mantenimiento de la impermeabilización de la terraza comunitaria, una rotura o deterioro del tubo de agua conectado a la lavadora o al latiguillo del bidé.

En fin, esta diversidad de causas que pueden estar detrás de una filtración de agua ya nos hace pensar que el "cabeza de familia" no resultará siempre responsable, sino que habrá que identificar cuál es la causa de la filtración y dónde se encuentra, para saber quién debe responder de los daños causados por las mismas y su justificación jurídica. Para ello los informes periciales desempeñan un papel crucial, proporcionando una evaluación detallada de los daños causados, tanto en su fuente, como en su causa, así como sus consecuencias, ofreciendo además recomendaciones específicas para abordar y reparar los perjuicios ocasionados, lo que servirá también para fijar la cuantía de la demanda.

No resta interés al tema propuesto, centrado esencialmente en la responsabilidad civil por los daños causados por filtraciones de agua, la eventual existencia de un seguro del hogar que cubra posibles daños en el inmueble. Pues, como tiene

• Virginia Múrtula Lafuente
Profesora Titular de Derecho civil de la Universidad de Alicante. https://orcid.org/0000-0002-7134-2644. Correo electrónico: vmurtula@ua.es

declarado el Tribunal Supremo, no hay base legal alguna para decidir de una manera diferente un asunto en función de que el demandante tenga su vivienda asegurada o no[1]; o bien –añadiríamos nosotros– que su asegurada actúe sobre la base de la acción subrogatoria del art. 43 Ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro (en adelante, LCS).

II. DELIMITACIÓN DEL ÁMBITO DE APLICACIÓN DEL ART. 1910 DEL CÓDIGO CIVIL.

El Tribunal Supremo viene realizando una la interpretación amplia a la hora de determinar los supuestos a los que les sería de aplicación el art. 1910 CC. Esta jurisprudencia principia con la famosa STS 12 marzo 1975[2], donde se equiparó "cosas" al cuerpo de un enfermo mental que se arrojó por la ventana de un hospital, produciendo la muerte a un transeúnte que iba con su novia. Otro caso llamativo es el de la STS 21 mayo 2001[3], en la que la Sala 1.ª consideró -aunque fuera *obiter dicta*- que el art. 1910 CC también era aplicable a las lesiones causadas al cliente de una discoteca por el lanzamiento de un vaso de vidrio u otra cosa del mismo material que se produjo dentro del recinto.

Centrándonos en los daños causados por filtraciones de agua, la aplicación del art. 1910 CC a los mismos empezó asentarse con la STS 12 abril 1984[4], que resolvió un caso de filtraciones de agua procedente de unos grifos que habían dejado abiertos unos obreros, mientras la propietaria estaba ausente. En ella se afirma expresamente que "las expresiones se «arrojaren o cayeren» en él empleadas no constituyen «numerus clausus», razón por la cual pueden ser objeto de interpretación extensiva en cuanto a los supuestos que originados dentro del límite ambiental en él determinado, pueden causar daño o perjuicio, tanto a otros convecinos, copropietarios, etc., por razón en tales casos de aplicación y observancia del principio de salvaguarda de las relaciones de vecindad" (Cdo. 6.º).

La STS (Pleno) 15 abril 2021[5] ha supuesto una ratificación de esta línea jurisprudencial de interpretación expansiva y sociológica del art. 1910 CC. En ella se afirma expresamente que: "La jurisprudencia ha realizado una interpretación

1 STS 17 febrero 2016 (RJ 2016, 545) FD 2.º.

2 STS 12 marzo 1975 (RJ 1975, 1798).

3 STS 21 mayo 2001 (RJ 2001, 6464). Así afirma en la siguiente sentencia que: "El citado artículo 1910 que consideramos plenamente aplicable al caso, está pensado para situaciones que son homologables a la presente, tomando en cuenta, según sus antecedentes históricos, la «necesidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de la norma» (art. 3.1 del C.c.).... El «supuesto de hecho» anuda la responsabilidad al «cabeza de familia» «por los daños causados por las cosas que se arrojaren o cayeren de la casa que habita». Y tal figura, se interpreta por la doctrina referida a la persona (o entidad) que como titular jurídico, utilice la vivienda o local y tiene el deber de controlar lo que ocurre en su recinto. Ninguna regla impone, además, que la cosa arrojada tenga necesariamente que proyectarse fuera del recinto, esto es, impactar en la calle o en casa o local vecino" (FD. 5.º).

4 STS 12 abril 1984 (RJ 1984, 1958).

5 STS (Pleno) 15 abril 2021 (RJ 2021, 1510).

extensiva del contenido del art. 1910 CC, argumentando sobre el espíritu y finalidad del precepto, para permitir la inclusión de supuestos como los daños ocasionados por cosas que son arrojadas o que se caen dentro de las dependencias del inmueble o edificio y, en particular, los daños causados por filtraciones de líquidos y por *cosas arrojadas dentro del edificio.* De esta forma se ha atribuido un significado extenso a la palabra «cosas» empleada en el art. 1910 CC que *permite incluir cualquier objeto físico* que proceda de una edificación o construcción y cause el daño cuyo resarcimiento se pretende. Los verbos «arrojar» y «caer» empleados en el art. 1910 CC han sido interpretados también en un sentido amplio, de manera que cualquier daño ocasionado por un objeto o sustancia procedente del inmueble, local o vivienda de que se trate, *siempre que no forme parte del mismo*, es susceptible de ser subsumido en aquél. En este sentido, la jurisprudencia ha extendido el significado del término «cosas» contenido en el precepto para abarcar las *filtraciones de agua o de fluidos*, en general, provenientes de un edificio, local o piso contiguo y que causan daños en inmuebles colindantes o próximos" FD 3.º (la cursiva es propia y aclaratoria sobre la extensión del ámbito de aplicación del art. 1910 CC, que desarrollaremos en las siguientes líneas).

La llamada jurisprudencia menor ha seguido la línea interpretativa marcada por el Tribunal Supremo español, que considera subsumibles los daños causados por filtraciones en el art. 1910 CC[6].

1. El carácter objetivo de la responsabilidad por las cosas arrojadas o caídas.

Como afirma la mayoría de la doctrina y la jurisprudencia, el art. 1910 CC tiene una naturaleza objetiva basada, al menos en su origen, en el riesgo que entraña para los transeúntes los objetos suspendidos o puestos de un modo peligroso o los arrojados a la calle y en la necesidad de indemnizar a las personas que resulten dañadas por ellos, y que luego se ha extendido a otros eventos dañosos que provengan del propio inmueble, local o vivienda de que se trate.

Corrobora la interpretación objetivista del art. 1910 CC, además de los propios antecedentes históricos de la norma[7], la circunstancia de que el destinatario de la imputación legal ("el cabeza de familia") no puede liberarse acreditando una adecuada diligencia[8]. En este sentido, el precepto es claro al decir que: "el cabeza de familia que habita una casa o parte de ella, es responsable de los daños causados por las cosas que se arrojen o cayeren de la misma". No habla en ningún momento

6 Entre otras, *vid.* SAP Málaga, Secc. 4.ª, 1 junio 2011 (JUR 2011, 340455); SAP Madrid, Secc. 8.ª, 12 julio 2017 (JUR 2017, 231061); y SAP Asturias, Secc. 7.ª, 21 febrero 2019 (JUR 2019, 93792).

7 Como pone de manifiesto Ramos Maestre, Á.: *La responsabilidad civil por los daños causados por las cosas arrojadas o caídas (Análisis del art. 1910 del C.c.),* Editorial práctica de Derecho, Valencia, 2001, pp. 19 y ss., que se encontraba en la *actio de effussis vel deiectis* y en la *actio de positis et suspensis*.

8 A esta misma solución llega, entre otros, Salanova Villanueva, M.: "Responsabilidad por daños causados por cosas arrojadas o caídas, en Derecho español y francés", *RDP*, n.º 5, 1999, p. 395.

de que sea responsable por culpa o negligencia. Aunque seguramente detrás de cada acción donde se caiga o arroje algo desde una vivienda pueda detectarse un comportamiento negligente, bien del "cabeza de familia", bien de cualquier otra persona que conviva con él o esté transitoriamente en la casa[9].

En el ámbito jurisprudencial, la citada STS 12 abril 1984 afirma contundentemente que el art. 1910 CC, junto con los arts. 1905 y 1908 núm. 3.º, son una clara muestra de la denominada "responsabilidad objetiva" o "por riesgo", "razón por la cual, es evidente que el hecho de mediar o no culpa por parte de la recurrente no impide su deber de resarcir a quien sufrió el daño, sin perjuicio, claro es, de su derecho a repetir sobre quién pudiere haber sido el causante directo del mismo" (Cdo. 5.ª)[10].

El fundamento de esta naturaleza objetiva tiene mucha relevancia práctica en el caso de los daños causados por filtraciones de agua, bastante habituales en nuestra vida diaria. De manera que el "cabeza de familia" deberá responder por las cosas líquidas que caigan o se arrojen desde la casa en la que habita[11]. No tanto, porque se trate de un elemento peligroso para los transeúntes (lo que está en el origen del art. 1910 CC), sino porque el que utiliza la cosa debe responder de los daños que la misma pudiera producir (en aplicación del aforismo *cuius commoda, eius et incommoda*)[12]. Y así lo ha venido a ratificar la reciente STS (Pleno) 15 abril 2021[13] que incide en la naturaleza "objetiva y directa" de la responsabilidad del ocupante de la vivienda, de tal manera "que responde también por las acciones de otras personas", sin que se establezca "regla alguna de solidaridad entre el «cabeza de familia» y el sujeto que haya arrojado o lanzado la cosa que causa el daño de cuyo resarcimiento se trate".

El resultado de todo ello es que al demandante le basta con acreditar que ha sufrido un perjuicio como consecuencia del objeto o fluido procedente de una determinada vivienda o local y que el demandado tiene la condición de "cabeza de familia"

9 Véase aquí, Pantaleón Prieto, F.: "Comentario a la STS de 12 de abril de 1984", *CCJC*, 1984, n.º 5, p. 1610; Fuenteseca Degeneffe, C.: "El artículo 1910 del Código Civil es aplicable a los daños negligentes causados por cosas que se arrojaren o cayeren dentro de un recinto (discoteca) (Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de mayo de 2001)", *AC*, n.º 4, 2001, p. 1582.

10 En la misma dirección van la STS 20 abril 1993 (RJ 1993, 3103) donde se califica al art. 1910 como "una clara muestra de la denominada responsabilidad objetiva o por riesgo" (FD 5.ª) y la STS 21 mayo 2001 (RJ 2001, 6464) que señaló que, aunque el art. 1910 tiene un matiz objetivo, su razón ético-jurídica está vinculada al deber general de evitar peligros potencialmente causantes de daños (FD 5.º).
Para, De Franco Paz, F.: "La responsabilidad del «cabeza de familia» (examen del artículo 1910 del Código civil)", *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, n.º 11, 2009, p. 2243, sin embargo, al ser el art. 1901 una excepción a la regla general de la responsabilidad por culpa del Código civil, no debería ser aplicado cuando se conoce al causante del daño. En este caso deberá entrar en juego las reglas de la responsabilidad aquiliana.

11 Como señala Ramos Maestre, Á.: *La responsabilidad,* cit., p. 73, el art. 1910 comprende también los daños causados a los viandantes por el agua que cae desde una casa.

12 Peña López, F.: "Artículo 1910", en AA.VV.: *Comentarios al Código civil* T. IX (dir. por R. Bercovitz Rodríguez-Cano), Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p. 13051.

13 STS (Pleno) 15 abril 2021 (RJ 2021, 1510).

porque, como principal, habita esa vivienda o parte de ella. El sujeto responsable ("el cabeza de familia") deberá probar para exonerarse de responsabilidad un supuesto de culpa exclusiva de la víctima[14], ausencia de antijuridicidad o causalidad, o bien de fuerza mayor, no bastando el mero caso fortuito[15]. Incluso el carácter objetivo de esta responsabilidad le impediría al cabeza de familia exonerarse de responsabilidad por los daños por filtraciones causados por terceras personas de las que no deba responder, con independencia de que luego pueda reclamar frente al autor material del daño (como se desprende de la STS 12 abril 1984 y de la STS 15 abril 2021)[16]. Además, el perjudicado no necesita identificar al concreto causante del perjuicio, simplemente al que como principal habita la vivienda desde la que se produce el daño.

Buena prueba de la objetivación de esta responsabilidad por parte de la jurisprudencia de nuestro Alto Tribunal es el caso de la STS 12 abril 1984[17] donde se consideró que la arrendataria había incurrido en responsabilidad (*ex* art. 1910 CC) por la inundación producida, con las consiguientes filtraciones de agua y daños al piso inferior, durante un período en que el que no se encontraba en su vivienda, pues se estaban ejecutando obras en el piso alquilado y fue uno de los obreros el que dejó un grifo abierto. Cabe observar, no obstante, que la responsabilidad del "cabeza de familia" *ex* art. 1910 CC en este caso no le impide el ejercicio de la acción de repetición frente al verdadero causante del daño (en virtud de los arts. 1902 y 1904 CC)[18].

14 Este es el caso de la SAP Málaga, Secc. 7.ª, 4 febrero 2005 (JUR 2005, 85796), donde el arrendatario de un local reclamó al propietario por las filtraciones procedentes del piso superior. La Audiencia aprecia que el edificio en cuestión estaba en estado ruinoso, como así lo había declarado la autoridad administrativa competente, y el propietario ya no tenía la obligación de efectuar las reparaciones en el mismo, sino que se había ordenado demolerlo en el plazo de un mes. Por lo que el actor, al oponerse a su desalojo y seguir ocupando de forma pertinaz el local, asumió el riego derivado del estado ruinoso del edificio, entre el que se encuentran las filtraciones que reclama.

15 Así, Arana de la Fuente, I.: "Responsabilidad *ex* art. 1910 CC del arrendatario de vivienda y deberes del arrendador. Comentario a la STS (Sala 1.ª) de 4 de diciembre de 2007", *RJUAM*, n.º 18, 2008-II, p. 186; y Peña López, F.: "Artículo 1910", cit., p. 13050.
Cabe señalar que los *Principios de Derecho Europeo de Responsabilidad civil* solo contemplan como causas de exoneración en los supuestos de responsabilidad objetiva: los daños causados por una imprevisible e irresistible fuerza de la naturaleza (esto es, la fuerza mayor) y la conducta de un tercero (art. 7: 102).

16 En este sentido, también López Más, P.J.: "La responsabilidad civil por daños causados por cosas caídas o arrojadas. Un comentario del art. 1910 del Código civil", *Revista de Derecho Civil*, vol. VIII, n.º 3, 2021, p. 255; Yzquierdo Tolsada, M.: "Comentario de la Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de abril de 2021 (204/2021). Filtraciones de agua procedentes de piso superior. ¿Responsabilidad del propietario o del arrendatario?", en AA.VV.: *Comentarios a las sentencias de unificación de Doctrina (Civil y Mercantil)* (dir. M. Yzquierdo Tolsada), vol. 13, 2021, p. 301.

17 STS 12 abril 1984 (RJ 1984, 1958).

18 Colás Escandón, A.M.ª: "La responsabilidad derivada del art. 1910 del Código civil y su aplicación en la práctica", *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, n.º 4, 2006, p. 2157.

2. ¿Qué se entiende por "cabeza de familia"?

Aunque no vamos a entrar aquí en el debate sobre si este término debe suprimirse de nuestro Código civil por anacrónico y sexista, sí creemos oportuno aclarar que la doctrina viene interpretando el concepto de "cabeza de familia" referido a la persona (o entidad) que por cualquier título utilice la vivienda, y tenga el deber de cuidado y la posibilidad de controlar el riesgo generado por la cosa que produce el daño[19]. Si hablamos de un local de negocio, el "cabeza de familia" sería el titular del negocio o empresa.

De esta manera, cuando estamos ante un bien alquilado o utilizado en virtud de cualquier otro título (usufructo, uso, habitación, comodato o precario), por "cabeza de familia" habrá que entender el arrendatario (o el titular del derecho que le habilite al uso) y no el propietario, pues este último no habita en la vivienda arrendada (o utilizada por otro) y sus facultades para controlar el riesgo generado por la cosa que puede producir daños se limita a los elementos integrantes de la vivienda o local alquilado necesarios para servir al uso convenido.

Podríamos afirmar, entonces, que según la academia el hecho de utilizar o disfrutar de la casa (vivienda o local de negocio), teniendo facultades fácticas de control sobre ella, es el criterio empleado por el legislador en el art. 1910 CC para atribuir responsabilidad por los daños causados por las cosas que se caigan o arrojen desde la misma[20]. Sin que sea determinante que el "cabeza de familia" esté en su interior cuando se produzca el daño[21].

Al declarar el art. 1910 CC responsable al "cabeza de familia" por lo que se arroje o caiga desde la vivienda que habita, facilita la reclamación de la víctima, al convertir aquel en garante por los daños culposamente ocasionados por el tercero que haya arrojado algo desde su casa, pues es el ámbito sobre el que tiene el control efectivo, sin perjuicio de que posteriormente pueda reclamar frente al autor material del daño[22].

19 Pantaleón Prieto, F.: "Comentario", cit., p. 1611, Ramos Maestre, Á.: *La responsabilidad, cit.*, p. 45 y 59, Peña López, F.: "Comentario a la STS de 21 de mayo de 2001", *CCJC*, n.º 57, 2001, p. 873, Colás Escandón, A.M.ª: "La responsabilidad", cit., p. 2146; Salanova Villanueva, M.: "Responsabilidad", cit., p. 372 y Sirvent García, J.: "Responsabilidad civil derivada de los daños causados por lo arrojado, caído o filtrado", *RDPat.,* p. 6. Estos estos dos últimos autores hacen una interpretación extensiva incluyendo también como posibles sujetos responsables a los meros ocupantes de hecho.

20 En similar sentido, entre otros, Peña López, C.M.: "Artículo 1910", cit., pp. 1351 y 13053; Álvarez Lata, N.: "Comentario a la STS 4 diciembre 2007 (RJ 2008, 39)", *CCJC*, n.º 77, 2008, p. 954.

21 Callejo Rodríguez, C.: *Responsabilidad por los daños resultantes de cosas caídas o arrojadas desde edificios*, Reus, Madrid, 2021, p. 76. De ahí que afirme con buen criterio que "si la casa está desocupada, resultaría responsable el propietario de acuerdo con el artículo 1910 CC por ser quien tiene la disponibilidad de la vivienda, local o recinto, recibe su utilidad, se beneficia de él, y asume el deber de controlar lo que ocurre allí" (p. 79).

22 Sirvent García, J.: "Responsabilidad civil", cit., p. 8.

Cuando son varios los cabezas de familia, porque todos se encuentran en la misma situación jurídica (por ejemplo, los miembros de una pareja no casada o unos cónyuges, varios estudiantes o amigos que han alquilado un piso), todos responderán solidariamente[23]. Si en la casa convivieran arrendador y arrendatario, la responsabilidad será también solidaria. Y la misma respuesta puede aplicarse a la situación en la que arrendatario y subarrendatario comparten la misma vivienda[24].

En esta misma dirección, el Tribunal Supremo afirma que por "cabeza de familia" hay que entender "al que, por cualquier título, habita una vivienda, como personaje «principal» de la misma, en unión de las personas que con él conviven, formando un grupo familiar o de otra índole" (STS 20 abril 1993 FD 4.º) [25]. De ahí, que la jurisprudencia de la Sala 1.ª haya sido clara al excluir del ámbito de aplicación del art. 1910 CC "al propietario-arrendador de la vivienda que, como es obvio, no habita en ella" (STS 20 abril 1993 FD 4.º y STS 4 diciembre 2007 FD 2.º)[26].

Si son varios los que habitan una misma vivienda, la STS 5 abril 2021 afirma que "debe entenderse que la condición de «cabeza de familia», originariamente, recae sobre le padre y/o la madre; en cualquier otro supuesto de convivencia en la misma vivienda, todos los adultos que habiten en ella. Además, el cabeza de familia seguirá ostentando esta cualidad a pesar de no encontrarse en el inmueble cuando se produce el daño" (FJ 4.º).

En suma, difícilmente se podrá hacer responsable al propietario (*ex* art. 1910 CC) por las cosas arrojadas o caídas desde una vivienda en la que no habita, cuando se encuentra ocupada por un arrendatario o alguien que vive allí en virtud de cualquier otro título (usufructo, uso, habitación, precario, comodato) o incluso sin título, como un okupa[27].

23 Albaladejo, M.: "La responsabilidad del artículo 1910 del Código civil", en AA.VV.: *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Aurelio Menéndez* (coord. J.L. Iglesias Prada), vol. IV, Civitas, Madrid, 1996, p. 4766.

24 Ramos Maestre, Á.: *La responsabilidad,* cit., pp. 47-48.

25 STS 20 abril 1993 (RJ 1993, 3103).

26 STS 4 diciembre 2007 (RJ 2008, 39). Doctrina que es seguida por las Audiencias, véase aquí SAP Barcelona 2 noviembre 2004 (JUR 2005, 16807); SAP Las Palmas, Secc. 4.ª, 29 marzo 2010 (JUR 2011, 11900) y SAP Tarragona, Secc. 3.ª, 20 abril 2010 (JUR 2010, 241983), esta última condena al que tenía el contrato de arrendamiento a su nombre de la vivienda desde donde cayeron los plafones de madera, como a la señora que convivía con él.

27 Un caso curioso, por la solución que le da el tribunal *ad quem* al pleito planteado, es el recogido en la SAP Madrid, Secc. 14.ª, 24 julio 2015 (JUR 2015, 202090), que condenó al arrendatario (por aplicación del art. 1910 CC) y al propietario de la vivienda (por la vía del art. 1089 CC) por los daños producidos en el forjado (elemento común) y en el baño de la vivienda del piso inferior, como consecuencia de las obras realizadas en la vivienda alquilada. La responsabilidad "contractual" del arrendador frente a la vecina del piso inferior que reclamaba los daños, se basó en que el marido firmó un documento en el que declaraba: "me responsabilizo civil y penalmente de cualquier incidencia-problema de cualquier etiología-nivel que pueda surgir derivada de la obra acometida en mi vivienda en Noviembre 2012 (...)", así como de "proceder a la reparación total de los daños ocasionados en la vivienda CALLE… , NUM…". Mejor hubiera estado fundamentado este fallo, bajo mi punto de vista, acudiendo a los arts. 7.1 y 9 Ley de Propiedad Horizontal, así como al art. 1902 CC.

3. Supuestos excluidos.

La aplicación del art. 1910 CC está prevista para daños causados por cosas que se arrojen o caigan desde un edificio, como la caída o lanzamiento de distintos objetos inanimados (tales como cristales, macetas…), o filtraciones de agua provenientes de un concreto piso o local, no por ruina o desperfectos del edificio que provoquen la caída de elementos que forman parte de él (como una cornisa, una teja o una barandilla o parte de la fachada que se ha desprendido) o bien filtraciones o humedades que sean consecuencia de defectos constructivos.

En estos casos habrá que poner en conexión, cuando hablamos de daños causados a terceras personas, por un lado, el art. 1907 CC, en cuanto hace responsable al propietario de un edificio "de los daños que resulten de la ruina de todo o parte de él, si ésta sobreviniere por falta de las reparaciones necesarias". Y, por otro, el art. 1909 CC, donde se prevé la responsabilidad del arquitecto o en su caso del constructor por vicios en la construcción[28].

A) La responsabilidad del propietario por ruina del edificio (art. 1907 CC).

Del art. 1907 CC (según el cual: "El propietario de un edificio es responsable de los daños que resulten de la ruina de todo o parte de él, si ésta sobreviniere por falta de reparaciones necesarias"), se deriva la obligación a cargo del propietario de una vivienda o local en ruinas de adoptar las medidas oportunas para evitar los previsibles daños que se puedan suceder para las personas o las cosas, dado el estado del inmueble o la vivienda.

La responsabilidad que deriva del art. 1907 CC a cargo del propietario es de índole subjetiva. Para quedar exonerado de responsabilidad cuando fuera de aplicación este precepto, el propietario tendrá que probar que realizó las reparaciones necesarias en orden a evitar los daños derivados de la ruina o desperfectos del edificio, estableciéndose una presunción de culpa que conlleva una inversión de la carga de la prueba[29].

El Tribunal Supremo ha dejado claro que en el caso de filtraciones de agua procedentes de los pisos superiores el art. 1907 CC no resulta aplicable. Así, la STS 6 abril 2001[30] afirma de forma contundente, "la total inaplicación del art. 1907 del Código civil que se cita en la sentencia recurrida para resolver la cuestión sometida a debate judicial que no es otra que la indemnización de daños y perjuicios ocasionados

28 Es el caso de la SAP Cádiz, Secc. 5.ª, 26 abril 2011 (JUR 2011, 343811) relativa a los daños sufridos por una viandante al desprenderse una cornisa de la parte superior del inmueble, por el mal estado de los forjados.

29 En este sentido, SSTS 30 junio 1992 (RJ 6550) y 4 octubre de 2004 (RJ 2004, 6065).

30 STS 6 abril 2001 (RJ 2002, 3636). En esta sentencia considera responsable al arrendatario por la filtración de agua, frente a la sentencia de apelación que había condenado a la propietaria, al no considerar probado que le hubiera comunicado que las conducciones de agua estuvieran en mal estado.

en el local situado en la planta inferior por filtraciones de agua procedentes de un piso superior, supuesto de hecho totalmente distinto del contemplado en el citado art. 1907". –Añadiendo seguidamente que– "En materia de daños causados por filtraciones de agua desde los pisos superiores, dice la Sentencia de esta Sala de 20 de abril de 1993 que: 1ª. Entre los preceptos que el Código Civil dedica a regular las «obligaciones que nacen de culpa o negligencia» (Capítulo II del Título XVI del Libro Cuarto), el caso objeto de litis tiene una incardinación o subsunción normativa específica en el art. 1910 de dicho Cuerpo Legal (que es el que con acierto, aplican las coincidentes sentencias de instancia)".

Esta línea jurisprudencial ha sido ratificada recientemente por la STS (Pleno) 15 abril 2021[31], que con apoyo también en las sentencias del Tribunal Supremo de 22 julio 2003[32] y 29 de septiembre de 2000[33], infiere que hay que descartar la aplicación del art. 1907 CC a los daños causados por filtraciones de agua o inundación procedente de un piso superior. Y ello en la medida en que la norma se refiere al supuesto de que se produzca por "ruina de un edificio" y resulta evidente que una filtración de agua normalmente no lo es[34].

Bajo mi punto de vista, aunque el art. 1907 CC pueda descartarse en caso de filtraciones de agua procedentes del piso superior, sería posible derivar responsabilidad en virtud del art. 1902 CC en el propietario de la vivienda alquilada u ocupada (por cualquier otro título), en el caso de que la causa determinante del daño hubiera sido el mal estado de las instalaciones de la casa y el propietario, conocedor de esta circunstancia, hubiera dejado de cumplir la obligación que le incumbe de repararlas[35].

B) Filtraciones de agua que tienen un origen constructivo.

Cuando la causa de las filtraciones de agua es de origen constructivo, como la deficiente calidad de los materiales empleados o la incorrecta colocación de las tuberías, entrará en juego la responsabilidad de los que han participado en la construcción del edificio, desplazando a la del propietario de la vivienda. El art.

31 STS (Pleno) 15 abril 2021 (RJ 2021, 1510).

32 STS 22 julio 2003 (RJ 2003, 5852)

33 STS 29 septiembre 2000 (RJ 2000, 7534).

34 Para Yzquierdo Tolsada, M.: "Comentario", cit., p. 303, "expulsar de manera tan acrítica el artículo 1907 y centrar la atención exclusivamente en el 1910 para que responda siempre y en todo caso el arrendatario no es nada convincente por mucho que se trate de una jurisprudencia consolidada". Por lo que aboga en casos de daños causados por filtraciones de agua debidas al mal estado de las instalaciones (de fontanería o de lo que sea) porque el propietario no ha llevado a cabo las necesarias reparaciones, sabedor de que lo tenía que hacer, al ámbito de responsabilidad del art. 1907 CC.

35 Como mantuve en mi trabajo: "Responsabilidad civil contractual y extracontractual por los daños causados por el arrendatario", en AA.VV.: *Cuestiones clásicas y actuales del Derecho de daños. Estudios en Homenaje al Profesor Dr. Roca Guillamón* (dir. J. Ataz López y J.A. Cobacho Gómez), T. III, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2021, p. 665, haciéndome eco de la jurisprudencia del Tribunal Supremo.

1591 CC[36] y el art. 17 de la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación (en adelante, LOE) contemplarían la vertiente contractual del problema (frente a propietarios y terceros adquirentes de los edificios o partes de los mismos). Mientras que el art. 1909 CC[37], por su parte, regularía el aspecto extracontractual, haciendo responsables a los profesionales que han intervenido en la construcción del edificio por los daños que la deficiente construcción ha causado a terceros[38].

La LOE será aplicable a la responsabilidad por vicios o defectos constructivos ocurridos en edificios ya construidos o iniciados tras su entrada en vigor (6 de mayo de 2000) y respecto de *daños* materiales ocasionados *en el edificio* (art. 17.1 LOE). Para los perjuicios inferidos en la persona o bienes muebles de los adquirentes o subadquirentes por vicios constructivos, al quedar expresamente excluidos del marco de la LOE, la vía de reclamación sería el art. 1909 CC[39].

La regla general establecida en el art. 17.2 LOE es la responsabilidad personal e individualizada de cada interviniente de la obra, atendiendo a su contribución en el resultado dañoso. Pero cuando no se pueda individualizar la causa de los daños materiales o quedase debidamente probada la concurrencia de culpas, sin que se pudiera determinar el grado de intervención de cada agente en el daño producido, la responsabilidad será solidaria. En todo caso el promotor aparece como un garante incondicional, respondiendo solidariamente junto a los demás agentes de la edificación intervinientes (art. 17.3 LOE)[40].

Esta garantía se extiende a cualquier adquirente o subadquirente de un inmueble construido dentro de los plazos de garantía que establece la Ley, contados desde la fecha de la recepción de la obra. Plazos a los que debemos entender que se remite el art. 1909 CC cuando se refiere a que el tercero podrá reclamar contra el arquitecto o constructor "dentro del plazo legal" por los daños que resultaren de un defecto en la construcción. En el caso de filtraciones de agua, generalmente hablaríamos de "daños materiales causados en el edificio por vicios o defectos de los elementos constructivos o de las instalaciones que ocasionen

36 De acuerdo con el art. 1591 CC: "El contratista de un edificio que se arruinase por vicios de la construcción, responde de los daños y perjuicios si la ruina tuviere lugar dentro de diez años, contados desde que concluyó la construcción; igual responsabilidad, y por el mismo tiempo, tendrá el arquitecto que la dirigiere, si se debe la ruina a vicio del suelo o de la dirección. Si la causa fuere la falta del contratista a las condiciones del contrato, la acción de indemnización durará quince años".

37 De acuerdo con el art. 1909 CC: "Si el daño de que tratan los dos artículos anteriores resultare por defecto de construcción, el tercero que lo sufra sólo podrá repetir contra el arquitecto, o, en su caso, contra el constructor, dentro del tiempo legal".

38 Aunque el art. 1909 CC habla solo del arquitecto y el constructor, cabría hacer una interpretación extensiva y entender como responsables a aquellos agentes de la edificación a los que les fuera atribuible la responsabilidad concreta por el daño causado.

39 Peña López, F.: "Artículo 1909 CC", en AA.VV.: *Comentarios al Código civil* T. IX (dir. R. Bercovitz Rodríguez-Cano), Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p. 13046.

40 Para un estudio en mayor profundidad del tema véase López Richart, J.: *Responsabilidad personal e individualizada y responsabilidad solidaria en la Ley de Ordenación de la Edificación*, Dykinson, Madrid, 2003, pp. 63 y ss.

el incumplimiento de los requisitos de habitabilidad" del edificio, cuyo plazo de garantía es de tres años [art. 17.1.b) LOE].

De esta manera, si el propietario de la vivienda fuera demandado por filtraciones y estas se manifiestan dentro de los plazos legales de garantía que establece la LOE, se podrá exonerar de responsabilidad probando que la fuga solo se puede deber a un defecto constructivo y, por tanto, debería responder el agente de la edificación encargado de la instalación o control de la obra (arts. 17 LOE y 1909 CC).

Si la comunidad fuera conocedora de alguna deficiencia en la construcción del edificio y no toma las medidas necesarias para evitar el daño o no actúa frente a los posibles responsables del mismo, se le podrá reclamar responsabilidad también, con independencia de que luego pueda realizar las acciones de repetición oportunas. Así lo entendió la STS 1 julio 2000[41], que condenó a la comunidad en virtud del art. 1902 CC por los daños sufridos por una propietaria como consecuencia de las filtraciones procedentes de la piscina comunitaria situada en la terraza común del edificio. Y ello por cuanto la comunidad conocía de la defectuosa construcción de la cubierta y de los daños que se venían causando en el piso de la actora, y aun así no hizo nada para repararlos o ejercitar las acciones necesarias para conseguir su efectiva y total reparación frente a los que considera responsables de tales defectos constructivos, no siendo bastante el que se exigiese extrajudicialmente a la constructora esa reparación.

III. LA RESPONSABILIDAD DE LA COMUNIDAD DE PROPIETARIOS POR FALTA DE REPRACIÓN DE ELEMENTOS COMUNES.

El art. 10.1 a) de la Ley 49/1960, de 21 de julio, sobre propiedad horizontal (en adelante, LPH), incluye la obligación a cargo de la comunidad de propietarios de realizar los "trabajos y las obras que resulten necesarias para el adecuado mantenimiento y cumplimiento del deber de conservación del inmueble y de sus servicios e instalaciones comunes, incluyendo en todo caso, las necesarias para satisfacer los requisitos básicos de seguridad, habitabilidad y accesibilidad universal, así como las condiciones de ornato y cualesquiera otras derivadas de la imposición, por parte de la Administración, del deber legal de conservación". La realización de estos trabajos tiene carácter obligatorio y no requiere acuerdo previo de la junta de propietarios, y pueden venir impuestos por las Administraciones Públicas o solicitados a instancia de los propios propietarios.

Consiguientemente, si como consecuencia del mal estado de un elemento común se produce una filtración de agua, la comunidad de propietarios sería la responsable

41 STS 1 julio 2000 (RJ 2000, 6876).

en virtud de los arts. 1910 y 1902 CC, dependiendo del caso (como vamos a tener ocasión de comprobar).

De hecho, nuestro Tribunal Supremo viene considerando que cuando los daños tienen su origen en defectos existentes en los elementos comunes, el propietario no está obligado a repararlos, sino que es la comunidad la obligada (STS 29 febrero 2012)[42]. Estamos hablando, por ejemplo, de humedades que provienen del muro-fachada exterior o de la cubierta del edificio, cuando para su reparación se precisa impermeabilización desde el exterior para evitar filtraciones de agua, o de la inundación por obstrucción de desagües comunitarios. En estos y otros casos similares, el arrendatario se deberá dirigir al propietario del inmueble, cuando la vivienda esté alquilada, y este a su vez directamente, en el caso de que no lo esté, al administrador o al presidente de la comunidad, sin que pueda emprender la reparación por cuenta propia, de acuerdo con lo dispuesto en los arts. 7.1 pf. 2.º, 9.1 apdos. a), b) y g) y 10.1.a) LPH.

Una de las cuestiones que puede plantear más problemas en la práctica, es la determinación del carácter común o privativo del elemento que ha causado el daño, teniendo en cuenta que en el propio espacio físico de los pisos o locales se encuentran elementos comunes. Lo que puede plantearse en el caso de una tubería que discurre por una zona común y luego privativa que ha producido una filtración de agua o de una terraza de uso exclusivo del propietario del ático. Cuestión que no es baladí, por cuanto si resulta ser un elemento comunitario, de acuerdo con lo anteriormente señalado, será responsable la comunidad de propietarios por los daños que se hayan podido derivar de esas filtraciones de agua [arts. 10.1 a) LPH, y 1902 y 1910 CC]. En cambio, si resulta que el elemento causante del daño es un elemento privativo, deberá responder el propietario del piso o local (arts. 1902 y 1910 CC).

Con todo, como vamos a ver seguidamente, la naturaleza del elemento cuya mala conservación ha producido el daño no es el único factor a tener en cuenta a la hora de determinar los daños causados por filtraciones de agua, particularmente si hablamos de las terrazas, sino que también resulta importante la forma en la que esté atribuido el uso de ese elemento en el título constitutivo o en los estatutos. De tal manera que, con carácter general, en el caso de elementos comunes de uso exclusivo a favor de uno de los propietarios, será este el que tenga la obligación de costear todas las obras de conservación que deriven del uso ordinario y la comunidad la que deba realizar las reparaciones extraordinarias. Por lo que el primero responderá por

42 STS 29 febrero 2012 (RJ 2012, 4994).
En la misma línea, véase SSTS 7 diciembre 1984 (RJ 1984, 6038), 2 diciembre 1991 (RJ 1991, 8905) y 18 mayo 2006 (RJ 2006, 2368).
La jurisprudencia menor sigue con carácter general los criterios de la Sala 1.º, entre otra, véase la SAP Pontevedra, Secc. 6.ª, 22 febrero 2013 (JUR 2013, 127287) y SAP Álava, Secc. 1.ª, 24 julio 2019 (JUR 2019, 275310).

los daños producidos por la falta de conservación derivada del uso, mientras que la comunidad lo deberá hacer solo por las reparaciones extraordinarias que eran necesarias y no se produjeron[43].

1. Tuberías.

Empezando por el caso de las tuberías, para resolver la cuestión de determinar si el tramo de tubería en el que se produce la avería es común o privativo, habrá que atender a lo dispuesto en el art. 396 CC, interpretado junto con el art. 3 LPH. El primero de ellos considera elementos comunes "las instalaciones, conducciones y canalizaciones para el desagüe y para el suministro de agua, gas o electricidad, incluso las de aprovechamiento de energía solar; las de agua caliente sanitaria, calefacción, aire acondicionado, ventilación o evacuación de humos". Por otro lado, y según el art. 3 a) LPH, en el régimen de propiedad establecido en el art. 396 CC, corresponde a cada piso o local el "derecho singular y exclusivo de propiedad sobre un espacio suficientemente delimitado y susceptible de aprovechamiento independiente, con los elementos arquitectónicos e instalaciones de todas clases, aparentes o no, que estén comprendidos dentro de sus límites y sirvan exclusivamente al propietario".

La interpretación conjunta de ambos preceptos arroja como resultado que para que se trate de una tubería privativa deberán darse las siguientes condiciones. En primer lugar, la instalación averiada debe encontrarse en un espacio suficientemente delimitado y susceptible de aprovechamiento independiente. De tal manera que las tuberías privativas tendrán esta condición cuando formen parte de todas aquellas instalaciones ubicadas dentro de una vivienda, esto es, a partir de su entrada y hacia el interior de las distintas estancias. En segundo lugar, para ser privativa la tubería solo puede prestar servicio a ese propietario. Y, en tercer lugar, otro elemento que a tener en cuenta es que la llave de paso esté situada dentro de la vivienda.

En cuanto a este último elemento, cabe señalar que, constructivamente, antes los contadores de agua estaban a la entrada de las viviendas, de manera que, aplicando los criterios señalados, del contador hacia dentro sería una tubería privativa y desde el contador hacia fuera sería común. Lo cual facilita la determinación de la naturaleza privativa de las tuberías que sirven a una casa y con ellas el responsable del daño (*ex* art. 1910 CC). Para ello será fundamental las pruebas periciales realizadas en el procedimiento judicial donde se indique la causa de la fuga de agua y su posible localización.

43 Navarro Castro, M.: "La responsabilidad civil de las comunidades de propietarios en régimen de propiedad horizontal por los daños causados por el inadecuado mantenimiento de los elementos comunes", en AA.VV.: *Cuestiones clásicas y actuales del Derecho de daños. Estudios en Homenaje al Profesor Dr. Roca Guillamón* (dir. J. Ataz López y J.A. Cobacho Gómez), t. III, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2021, p. 678.

En los edificios de moderna construcción, sin embargo, el contador suele estar en la plata baja del edificio, en el cuadro de contadores. Atendiendo al criterio anteriormente señalado que toma como referencia la llave de paso, todas las tuberías que van desde el contador a cada una de las viviendas deberían ser consideradas privativas, independientemente de que pasen por elementos comunes o por las viviendas de otros propietarios. De manera que solo serían comunitarias, las tuberías que van desde la llave de acometida general hasta el cuadro de contadores y las que van a las instalaciones comunitarias (por ejemplo, las de riego, la piscina, etc.).

Bajo mi punto de vista, este criterio que toma como referencia el contador debe conjugarse, en estos supuestos de casas de más moderna construcción, con las facultades fácticas de control que sobre la tubería en cuestión tiene el propietario. De manera que este solo debería responder por aquellas fugas que se han producido en el tramo sobre el que puede ejercer el control, que normalmente corresponderá con la parte de tubería que pasa por su vivienda o local. Este criterio solo quedaría excepcionado en el caso en el que el título constitutivo de la propiedad horizontal estableciera otra cosa y diera carácter privativo a las tuberías que sirven a una sola vivienda desde el cuadro de contadores.

En cuanto a las tuberías de saneamiento, como no hay contador, habría que tener en cuenta que, si recibe solo aguas de una propiedad, entonces sería privativa de esa vivienda en el tramo que pasa por la misma. Cuando empieza a recibir de otras viviendas o de elementos comunes, sería comunitaria, por cuanto todos se benefician de ella[44].

La jurisprudencia en torno al carácter privativo o común de las tuberías no es pacífica y uniforme. La posición dominante es la que pone el acento en el lugar en el que se produce la avería, considerando que es un elemento común cuando la fuga se produce antes de llegar a la vivienda y privativa cuando lo hace en los tramos que circulan dentro de los elementos de aprovechamiento privativo, con independencia del destino que tenga el agua que circula por su interior[45].

En otras sentencias se conjuga como mejor criterio, bajo mi punto de vista, el lugar donde se produce la fuga, el destino que tenga el agua y las facultades de control sobre la tubería. Es el caso de la SAP Jaén, Secc. 1.ª, 6 mayo 2021[46], que considera que la tubería es común cuando discurre por zonas comunes, aunque el cuadro de

44 Así, por ejemplo, la SAP Madrid, Secc. 8.ª, 23 mayo 2022 (JUR 2022, 286152) condena a la comunidad de propietarios a realizar las obras que sean necesarias para mantener la estanqueidad de una bajante comunitaria y evitar el rebosamiento de agua que se producía en una de las viviendas. El problema surge como consecuencia de una obra anterior realizada por la comunidad en la bajante, que trasladó el problema a la vivienda de la demandante.

45 En esta dirección, SAP Tarragona, Secc. 1.ª, 18 julio 1997 (AC 1997, 1600); SAP Zaragoza, Secc. 4.ª, 23 noviembre 2006 (JUR 2007, 123126); SAP Asturias, Secc. 1.ª, 24 abril 2008 (JUR 2008, 233998); y SAP Madrid, Secc. 21.ª, 12 febrero 2009 (JUR 2009, 238178).

46 SAP Jaén, Secc. 1.ª, 6 mayo 2021 (ECLI:ES:APJ:2021:719).

contadores esté fuera de la vivienda. Así afirma expresamente que "la distinción que pretende el recurrente entre el cuarto donde se encuentra centralizado todo el grupo de contadores, que sería comunitario, y la derivación de cada vecino que parte de cada contador, que todo comunero tiene y que va parar individualmente a cada vivienda, por elementos comunes, sería privativa, no puede aceptarse, de acuerdo con el art. 396 CC, en relación con el art. 3.a) LPH, que atribuye a cada propietario el derecho singular y exclusivo sobre las instalaciones de todas clases, cuando solo se reúne dos requisitos: Que estén comprendidos dentro de los límites de un piso o local, y sirvan exclusivamente a su dueño". Y ello por cuanto, entre otras razones, el propietario no puede proceder de modo adecuado al mantenimiento de una tubería que pasa por elementos comunes, para lo que no resulta facultado a proceder sin estar autorizado por los órganos de la comunidad de propietarios.

Para otras, como la SAP Madrid, Secc. 13.ª, 17 julio 2007[47] "lo determinante para distinguir si cierta tubería constituye un elemento común o privativo dentro de la comunidad de propietarios no es tanto el lugar en que se encuentre ni el beneficiario exclusivo de su servicio, cuanto el control que sobre la misma ostenta el titular del elemento privativo o, en su caso, la comunidad de propietarios". Por lo que considera que la tubería seria comunitaria o general cuando, aunque transcurra por una de las paredes de la vivienda, cerrando la llave de paso no interrumpe la fuga de agua. Esta línea es seguida por otras, como la SAP Orense, Secc. 1.ª, 27 enero de 2015[48]. En el supuesto litigioso de esta última sentencia, la conducción del agua caliente del edificio servía a todos los vecinos, sin que cada comunero pudiera actuar de forma individualizada, además la avería se produjo en un tramo anterior a la llave de paso de la vivienda y se comprobó que, cerrada esa llave, el agua continuaba corriendo, por lo que se consideró el carácter común de la tubería.

En suma, creo que podemos concluir afirmando que la tubería tendrá carácter privativo cuando sirva a un solo propietario y respecto del tramo de tubería que esté dentro de su vivienda o local de negocio, pues es donde aquel puede ejercer una actividad de control y obtiene un beneficio directo de la cosa que puede producir daños. En el resto de los casos la tubería tendrá carácter de elemento común, salvo que el título constitutivo o los estatutos de la comunidad hayan previsto otra cosa.

2. Terrazas.

El caso de las terrazas es también problemático cuando hablamos de filtraciones de agua. Tanto doctrina como jurisprudencia suelen distinguir tres supuestos: i)

47 SAP Madrid, Secc. 13.ª, 17 julio 2007 (ECLI:ES:APM:2007:12635).

48 SAP Ourense, Secc. 1.ª, 27 enero 2015 (JUR 2015, 68583).

cuando la terraza es un elemento común; ii) cuando es elemento privativo; y iii) si es elemento común de uso privativo[49].

El caso más sencillo es cuando la terraza tiene condición de elemento común de acuerdo con lo dispuesto en el título constitutivo y, por tanto, es accesible a todos los propietarios. En este supuesto la comunidad de propietarios será responsable por los daños causados por filtraciones de agua en caso de falta de reparación de los elementos comunes. Sin perjuicio de su consideración como un incumplimiento de una obligación legal (*ex* art. 10.1 LPH), que el perjudicado puede accionar cuando sea propietario frente a la comunidad[50], desde la perspectiva de la responsabilidad extracontractual, la doctrina jurisprudencial ha encuadrado la responsabilidad por filtraciones de la comunidad tanto en el art. 1902 CC[51], como en el art. 1910 CC[52]. Sin que haya en estos casos presunción legal alguna de responsabilidad, ni inversión de la carga de la prueba que permita considerar que cuando haya filtraciones o caída de agua se trata de daños producidos por elementos comunes[53]; ni tampoco objetivación de la responsabilidad cuando ha concurrido la acción negligente o culpable de algún vecino[54].

El caso más frecuente en las comunidades de propietarios es cuando el acceso a la terraza solo puede hacerse a través de la vivienda de uno de los comuneros, que es quien tiene asignado de manera exclusiva su uso y disfrute en el título constitutivo o en los estatutos. A pesar de tener un uso privativo, la terraza no pierde en este caso su consideración de elemento común, pero sí tiene consecuencias en orden a los gastos. Pues, salvo que se haya previsto otra cosa en el título constitutivo o en los estatutos[55], los gastos de conservación y las obras de simple reparación corresponderán al titular o titulares del uso, que tendrán que hacer las reparaciones derivadas del uso normal; mientras que correrá a cargo de la comunidad de propietarios las reparaciones extraordinarias o las obras de reconstrucción (como reparación de forjados o de tela asfáltica), necesarias por el mero transcurso del

49 *Vid*. aquí con más detalle, Barceló Doménech, J.: "La reparación de las terrazas de los áticos en el Régimen de Propiedad Horizontal", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 2011, n.º 726, pp. 1872 y ss.

50 Rebolledo Varela, Á.L.: "Cuestiones sobre responsabilidad civil de las comunidades de propietarios", en AA.VV.: *Estudios de Derecho Civil en Homenaje al Profesor Joaquín José Rams Albesa* (coord. M. Cuena Casas, L.A. Anguita Villanueva y J. Ortega Doménech), Dykinson, Madrid, 2013, p. 994.
Asimismo, véase SAP Pontevedra, Secc. 1.ª, 21 enero 2010 (JUR 2010, 91314), y SAP Islas Baleares, Secc. 3.ª, 26 julio 2013 (JUR 2013, 277177), entre otras.

51 SAP Burgos, Secc. 3.ª, n.º 402/2019 31 julio 2019 (JUR 267757), entre las más recientes.

52 Así, SAP Alicante, Secc. 5.ª, 29 marzo 2001 (JUR 155565).

53 Rebolledo Varela, Á. L.: "Cuestiones", cit., p. 1003.

54 Un ejemplo de ello lo encontramos en la STS 29 diciembre 1993 (RJ 1993, 10159) en un caso en el que los daños se producen por la obstrucción de una tubería de desagüe comunitaria por una toalla cuyo origen se desconoce. El Tribunal considera que la comunidad no debe responder "porque tras el taponamiento de la tubería están los usuarios o no usuarios de parte del edifico por la que aquélla desagua, y no cabe generalizar la supuesta, que no probada, imprudencia a todos los comuneros".

55 La STS 7 junio 2018 (RJ 2018, 2403).

tiempo (STS 24 abril 2013) [56] o por la errónea elección de los materiales constructivos (STS 30 diciembre 2015)[57], salvo que obedezcan esas filtraciones a negligencia o dolo del usuario[58].

Este es el criterio seguido usualmente por la jurisprudencia para atribuir la responsabilidad por filtraciones de agua, considerando responsable al propietario u ocupante de la vivienda cuando el daño producido se deba a su actuación[59]; o los desperfectos traen causa de su mal uso o conservación, lo que ha podido afectar a la terraza como elemento común (por ejemplo, por falta de limpieza de sumideros, colocación de macetas[60], no reponer correctamente baldosas rotas o desprendidas[61], o realizar obras que han supuesto un deterioro de la terraza[62]), incumpliendo de esta forma su obligación legal de respeto a las instalaciones comunes [art. 9.1.a) LPH][63]. Mientras que si el daño es fruto de la falta de reparaciones extraordinarias, como la falta de impermeabilización de la terraza, responderá la comunidad de propietarios.

Para Barceló Doménech, más que atender al carácter ordinario o extraordinario de la reparación, habría que apreciar si el daño tiene origen en la superficie de la terraza (que puede ser un elemento privativo o de uso exclusivo de algún vecino) o en la estructura de separación entre la terraza y los pisos inferiores (que sirve de cubierta al edificio y por tanto tendrá necesariamente la condición de elemento común)[64]. Este planteamiento resulta más coherente con las consecuencias que se derivan de la configuración jurídica de las terrazas y evita, entre otras cosas, que todas las reparaciones vayan a parar al propietario del último piso que tiene la terraza como elemento privativo o bien de uso exclusivo.

56 STS 24 abril 2013 (RJ 2013, 3497).

57 STS 30 diciembre 2015 (RJ 2015, 197).

58 Así, por ejemplo, en la SAP Islas Baleares, Secc. 5.ª, 29 septiembre 2015 (JUR 2015, 249157), donde el demando colocó una puerta para acceder a la azotea, de manera que solo tenía acceso él y los miembros de su familia, dejando unas varillas de hierro allí, que fueron también causa de que se produjeran las humedades y filtraciones en el piso inferior.

59 Como es el caso de la SAP Barcelona, Secc. 13.ª, 16 septiembre 2019 (JUR 2019, 277941), donde la colocación de un cierre en la terraza comunitaria de uso exclusivo por el propietario impidió la correcta impermeabilización de las obras emprendidas por la comunidad y causó las filtraciones.

60 La SAP Asturias, Secc. 4.ª, 8 junio 2020 (AC 2020, 1969) que tiene que resolver un problema de humedades procedente de la terraza comunitaria de uso privativo de un propietario. En ella se apreció responsabilidad solidaria del titular de la terraza y de la comunidad. La del primero por "utilizar la terraza como si de una finca rústica se tratara". La de la comunidad, porque "la lámina impermeabilizante está deteriorada, picada en varios puntos lo que posibilita la entrada de agua", lo que podía ser debido, aparte del mal uso que hizo el propietario de la terraza, a la mala colocación o defectuosa calidad del material empleado.

61 En este sentido, STS 17 febrero 1993 (RJ 1993, 1239), que considera obras que responden al normal uso y conservación de las terrazas, y por ende incumbencia del propietario, las que consisten en la reposición de baldosas rotas.

62 Es el caso de la SAP Asturias, 23 octubre 2001 (JUR 2002, 17065).

63 De acuerdo con el art. 9.1.b) LPH son obligaciones de cada propietario: "Mantener en buen estado de conservación su propio piso o local e instalaciones privativas, en términos que no perjudiquen a la comunidad o a los otros propietarios, resarciendo los daños que ocasione por su descuido o el de las personas por quienes deba responder".

64 Barceló Doménech, J.: "La reparación", cit., p. 1909.

Esta línea es la seguida por las sentencias del TS de 17 febrero 1993[65], 18 junio 2012[66] y 24 abril 2013[67]. La primera de ellas resume la doctrina jurisprudencial en la materia, al indicar que, si las obras de reparación están dirigidas a suprimir filtraciones de agua y humedades derivadas de determinados vicios constructivos, corresponde su abono a la comunidad de propietarios. Pero si estamos ante obras que responden a un normal uso de las terrazas, como las consistentes en la reposición de baldosas rotas, corresponderán a los propietarios que tienen su uso exclusivo[68].

Con mayor detalle la STS 24 abril 2013 afirma que no hay que confundir la terraza con la cubierta del inmueble (elemento común). Pues mientras que las primeras son elementos comunes por destino, lo que permite atribuirles un uso privado a uno de los propietarios, "las cubiertas de los edificios configurados en régimen de propiedad horizontal donde se sitúan las cámaras de aire, debajo del tejado y encima del techo, con objeto de aislar del frío y del calor y que resulta ser uno de los elementos esenciales de la comunidad de propietarios tal como los cimientos o la fachada del edificio por ser el elemento común que limita el edificio en la parte superior. La cubierta del edificio no puede perder su naturaleza de elemento común debido a la función que cumple en el ámbito de la propiedad horizontal, y ello pese a que la terraza situada en la última planta del edificio, se configure como privativa" (FJ 3.º).

Consiguientemente, habrá que tener en cuenta que cuando se trata, por ejemplo, de filtraciones de agua procedentes de la mala impermeabilización de la cubierta del inmueble, al tener la consideración de elemento común (arts. 396 CC y 3 LPH), deberá responsabilizarse a la comunidad de propietarios por los daños causados por su falta de mantenimiento o reparación (arts. 10.1 LPH y 1902 y 1910 CC).

Cuando no sea posible atribuir al propietario que tiene el uso privativo de la terraza o a la comunidad la responsabilidad por las filtraciones de agua de forma individualizada, la condena será solidaria, según la jurisprudencia mayoritaria[69].

65 STS 17 febrero 1993 (RJ 1993, 1239).

66 STS 18 junio 2012 (RJ 2012, 9318).

67 STS 24 abril 2013 (RJ 2013, 3497).

68 Observa Ordás Alonso, M.: *Propiedad horizontal: derechos y deberes de los propietarios*, Bosch, Madrid, 2023, p. 103, que la fata de sellado de las juntas entre las baldosas de la terraza no tiene que imputarse necesariamente a su mal uso, pues puede tener su origen en el hecho de estar a la intemperie y al cambio de temperaturas, máxime si no se ha usado un material específico para exteriores. Por lo que su reparación, como elemento básico de impermeabilización del inmueble, debería ser responsabilidad de la comunidad de propietarios, en tanto que supera las labores de mera conservación. Solo le sería imputable al titular del uso de la terraza si el sellado hubiera desaparecido como consecuencia del uso de técnicas agresivas de limpieza o por cualquier otro motivo de mal uso. Y la misma solución entiende que sería aplicable cuando las filtraciones se producen por falta de pendiente del suelo de la terraza.

69 Así, entre otras, SAP Barcelona, Secc. 1.ª, 30 junio 2006 (JUR 2007, 9141); SAP Asturias, Secc. 6.ª, 17 noviembre 2003 (JUR 2003, 277682); y SAP Asturias, Secc. 4.ª, 8 junio 2020 (AC 2020, 1969).

3. Plazo de prescripción de la acción.

Existe una larga discrepancia jurisprudencial, cuando estamos hablando de daños causados por falta de reparación de elementos comunes, sobre si el plazo a considerar es el plazo general para las acciones personales que prevé el art. 1964 CC de 5 años (antes 15), por el incumplimiento de la obligación legal que corresponde a las comunidades de mantener en buen estado los elementos comunes, realizando las reparaciones necesarias (art. 10.1 LPH); o bien estamos ante el ámbito de la responsabilidad extracontractual, por lo que resultaría de aplicación el plazo prescriptivo de un año de acuerdo con el art. 1968.2.º CC.

La STS 14 septiembre 2018[70] ha terciado en el debate, considerando que sería de aplicación el plazo del art. 1964 CC, al menos cuando se refiere a daños sufridos por otros propietarios u ocupantes del inmueble por cualquier título[71], en la medida que "la acción de reclamación de indemnización de daños y perjuicios causados parte de la afirmación, no discutida, de que los daños y perjuicios que se dicen producidos nacen necesariamente del incumplimiento de una obligación legal que a las comunidades de propietarios impone el artículo 10 de la Ley de Propiedad Horizontal en el sentido de llevar a cabo las obras que resulten necesarias para el mantenimiento y conservación de los elementos comunes, de modo que no causen daño alguno a otros bienes comunes o a los privativos. Se trata de una obligación legal, en el sentido a que se refiere el artículo 1089 del Código civil, que no resulta asimilable a las derivadas de actos u omisiones ilícitas, que comprenden un ámbito distinto y a las que resulta de aplicación el plazo de prescripción del artículo 1968-2.º. No cabe disociar el plazo de prescripción para exigir el cumplimiento de las obligaciones legales del correspondiente a la acción para exigir las consecuencias dañosas de dicho incumplimiento" (FJ 3.º).

Habrá que tener en cuenta, además, que los daños que se producen por filtraciones desde un elemento superior, como consecuencia del mal estado de las terrazas, pueden ser calificados como continuados, al continuar produciéndose y agravándose con el transcurso del tiempo hasta la subsanación de los defectos que dan lugar a los mismos, en este caso no se inicia el cómputo del plazo de prescripción hasta la consolidación del resultado definitivo.

70 STS 14 septiembre 2018 (RJ 2018, 5139).

71 Como advierte Navarro Castro, M.: "La responsabilidad", cit., p. 691, cuando quien reclama es un tercero ajeno a las relaciones vecinales, la responsabilidad es extracontractual y el plazo prescriptivo sería de un año, pues ni la comunidad ni los propietarios tendrían obligación legal alguna de mantener adecuadamente los elementos del inmueble. Esto sería así, bajo mi punto de vista, cuando el tercero no es una persona que ocupe el inmueble por cualquier título, porque entonces operaría la obligación de realizar las reparaciones necesarias del bien a cargo del propietario, en particular si estamos hablando de un inmueble alquilado (art. 21 LAU) y también las de la comunidad como límite a esta última.

Es lo que sucedió en el caso resuelto por la STS 20 febrero 2019[72], donde la Sala 1.ª casó la sentencia de instancia que había considerado prescrita la acción, atendiendo a que "la consideración de los daños como permanentes («que se mantienen en el tiempo») o continuados («que no sólo se mantienen, sino que se van agravando en cuanto su causa productora no cesa»), no es una mera cuestión fáctica -como sostiene la parte recurrida- sino que alcanza efectos jurídicos en tanto que influye en la determinación del *dies a quo* para el comienzo del plazo de prescripción, siendo por otra parte incontestable que los daños que se producen por filtraciones desde un elemento superior continúan produciéndose y agravándose con el transcurso del tiempo hasta la subsanación de los defectos que dan lugar a los mismos; por lo que se podrán considerar como permanentes, como sostiene la Audiencia, pero también son continuados pues se agravan por las sucesivas filtraciones que se producen en cada momento en que cae agua sobre la terraza superior. La aplicación de lo dispuesto por artículo 1969 CC da lugar a que la fijación del *dies a quo*, en el caso de daños continuados, haya de coincidir con la fecha en que los mismos cesan y, en consecuencia, cuando cabe cuantificar su alcance definitivo, pues es entonces -no antes- cuando la acción puede ejercitarse" (FJ 4.º).

Esta interpretación ayuda al perjudicado a poder reclamar frente al verdadero responsable del daño cuando no resulta claro el origen de una filtración, pues como el mismo Tribunal Supremo aclara en la sentencia citada: "El artículo 1969 CC establece que el comienzo del plazo de la prescripción coincide con el momento en que la acción «pudo ejercitarse», para lo que no basta el conocimiento del daño sino que es necesario, además, que se conozca la identidad del responsable del mismo a efectos de poder ejercer adecuadamente la acción, siendo así que en el caso presente el demandante dirigió en un primer momento la acción reclamatoria contra los propietarios de los pisos superiores los que, a su vez, demandaron a la comunidad; de modo que la responsabilidad de esta última sólo fue judicialmente determinada cuando se dictó sentencia en el anterior proceso".

IV. LA RESPONSABILIDAD DEL OCUPANTE POR DAÑOS CAUSADOS POR FILTRACIONES DE AGUA.

La STS (Pleno) 15 abril 2021, recopilando sentencias anteriores, afirma que la responsabilidad civil extracontractual que deriva del art. 1910 CC es imputable al sujeto o persona que "*habita la casa* o parte de ella «por cualquier título como personaje principal de la misma»", incluso "a pesar de no encontrarse en el inmueble cuando se produce el daño" (la cursiva es propia). Es más, considera que "el término habitar se entiende referido a cualquier tipo de uso, residencial o no, del que sea susceptible, desde una perspectiva material, el edificio o construcción de que se

72 STS 20 febrero 2019 (RJ 2019, 679).

trate. Además, la jurisprudencia considera que la casa es habitada por el que posee el título para usar y disfrutar de la «casa» en cuestión aun cuando todavía no la utilice, como acontece en el caso de edificios en construcción" (FJ 4.º).

De ahí que haya que entender que la responsabilidad del art. 1910 debe recaer en el sujeto que utilice y disfrute de la vivienda, con independencia de que lo haga como propietario o en virtud de otro título de naturaleza distinta, lo importante es que haga un uso de hecho del inmueble[73] y pueda tener un control efectivo sobre este[74].

Un dato importante cuando hablamos de la responsabilidad por los daños causados por cosas arrojadas o caídas desde una vivienda, es que la mayoría de los propietarios tienen un seguro de responsabilidad civil por daños en el hogar. Debemos tener en cuenta aquí, que es jurisprudencia en la materia la que considera que "el riesgo cubierto por el seguro de responsabilidad civil es del nacimiento a cargo del asegurado de la obligación de indemnizar a un tercero por un hecho de cuyas consecuencias sea civilmente responsable, conforme a derecho, dicho asegurado, de suerte que si no hay responsabilidad civil del asegurado no nacerá la obligación del asegurador" (STS 4 diciembre 2007 FD 3.º *in fine*)[75]. De manera que, salvo que se incluya expresamente en la póliza del propietario que los daños causados por el arrendatario están cubiertos, su aseguradora no debe responder por las actuaciones de este. Y cuando sí lo están, podrá ejercitar la acción subrogatoria prevista en el art. 43 de la Ley del Contrato de Seguro, cuando los daños le sean imputables al arrendatario o a las personas de las que debe responder.

1. Viviendas y locales arrendados.

Uno de los daños más frecuentes que puede producir el arrendatario frente a terceros es el causado por filtraciones de aguas procedentes del piso o local alquilado. Las SSTS 20 abril 1993[76] y 6 abril 2001[77], sientan las bases de la reclamación de daños por filtraciones, estableciendo la responsabilidad del arrendatario que habita el inmueble, y no la del propietario-arrendador, por aplicación del art. 1910 CC, en la medida en que es aquél quien ostenta el control de la cosa[78]. Este criterio ha sido

73 Así, López Más, P.: "La responsabilidad", cit., p. 235.

74 Callejo Rodríguez, C.: *Responsabilidad*, cit., p. 79.

75 STS 4 diciembre 2007 (RJ 2008, 39).

76 STS 20 abril 1993 (RJ 3103)

77 STS 6 abril 2001 (RJ 3636). Tanto en esta sentencia como en STS 20 abril 1993 se condena al arrendatario que no había comunicado a los propietarios arrendadores del piso la existencia de ninguna avería en el tubo exterior o latiguillo del bidé (en la de 20 de abril de 1993) o en las tuberías (en la de abril de 2001), ni les había requerido para proceder a su reparación.

78 Seguida también por la jurisprudencia menor, entre otras, SAP Cantabria, Secc. 1.ª, 11 marzo 2002 (JUR 2002, 162023) y SAP Islas Baleares, Secc. 3.ª, 28 septiembre 2006 (JUR 2006, 278867), donde el arrendatario no comunicó al propietario el mal estado de las tuberías; SAP Madrid, Secc. 21.ª, 15 enero 2016 (JUR 2016, 53564) filtraciones de agua provocadas por el deficiente funcionamiento de una lavadora

seguido también por la STS (Pleno) 15 abril 2021, que no considera responsable al propietario por las filtraciones derivadas de la rotura del tubo flexible del inodoro de un baño, por cuanto desconocía la necesidad de su reparación, pues nada se le comunicó por parte del arrendatario. Es más, nuestro Alto Tribunal ha llegado a extender la responsabilidad del arrendatario a situaciones donde este control no era directo o inmediato. Como hemos visto que ocurrió en el caso de la STS de 12 abril 1984[79], imputándole responsabilidad en aplicación del art. 1910 CC cuando no estaba en la vivienda porque se estaban ejecutando obras y fue uno de los obreros el causante de los daños al dejar un grifo abierto[80].

De la casuística jurisprudencial, se desprende que el arrendatario responderá en aquellos casos en los que quede acreditado que el daño se debió a una actuación negligente suya o de las personas de las que debe responder[81]. En este sentido, hay que tener en cuenta que la ley establece una presunción en contra del arrendatario, que deberá de probar que no es el causante de los daños objeto de la reparación (arts. 1563 CC y 21.1 LAU)[82]. Así, a modo de ejemplo, en la SAP Barcelona, Secc. 17.ª, 9 octubre 2001[83] quedó acreditada la culpa del arrendatario en la medida en que las filtraciones se debieron a la obstrucción parcial de la bajante, como consecuencia de las hojas almacenadas en el sumidero por las plantas colocadas en la terraza por la arrendataria.

Pese a la naturaleza objetiva del art. 1910 CC, existen ciertas causas por las cuales el arrendatario se podría exonerar de responsabilidad por los daños causados por filtraciones de agua. Entre ellas estaría, en primer lugar, la circunstancia de que la filtración se haya producido por un incumplimiento de la obligación de realizar las reparaciones necesarias por el propietario, siendo responsable el arrendatario cuando no haya comunicado la necesidad de las mismas[84].

ubicada en el domicilio de la arrendataria demandada; y SAP Pontevedra, Secc. 6.ª, 11 julio 2016 (AC 2016, 1388), por filtraciones de agua provocadas por la rotura de un manguito del suministro de agua del fregadero, donde el arrendatario no prueba haber comunicado su existencia al arrendador.

79 STS 12 abril 1984 (RJ 1984, 1958).

80 En cambio, y pese a la naturaleza objetiva del art. 1910 CC, podemos encontrar casos donde el propietario se ha podido eximir de responsabilidad, probando, por ejemplo, haber contratado a una empresa de fontanería para reparar una avería y como consecuencia de dicha reparación se produce la filtración de agua. Así, la SAP Murcia, Secc. 1.ª, 14 febrero 2012 (JUR 2012, 104863), exonera de responsabilidad al propietario de la fuga de aguas por cuanto esta se produjo al día siguiente en el que una empresa de fontanería contratada por él colocara uno de los tapones del cuarto de baño para la posterior instalación de los sanitarios.

81 Otras sentencias de interés son la SAP Sevilla, Secc. 5.ª, 27 octubre 2016 (JUR 2017, 22874); y SAP Asturias, Secc. 6.ª, 18 enero 2019 (JUR 2019, 46825).

82 De acuerdo con el art. 1563 CC: "El arrendatario es responsable del deterioro o pérdida que tuviere la cosa arrendada, a no ser que pruebe haberse ocasionado sin culpa suya". Y a este se remite expresamente el art. 21.1 LAU de 1994.

83 SAP Barcelona, Secc. 17.ª, (JUR 2002, 5916).

84 En este último sentido, SAP Islas Baleares, Secc. 3.ª, 28 septiembre 2006 (JUR 2006, 278867) y SAP Pontevedra, Secc. 6.ª, 11 julio 2016 (AC 2016, 1388).

Debemos tener en cuenta en este punto, que la ley pone a cargo del arrendador la obligación de realizar las obras de reparación necesarias para garantizar la habitabilidad del bien que debe de proporcionar al arrendatario para servir al uso convenido, cuyo régimen jurídico se encuentra previsto en los arts. 1554.2º, 1558 y 1559 CC, y 21 y 30 Ley de Arrendamientos Urbanos de 1994. Asimismo, debe realizar las obras de reparación necesarias impuestas por la autoridad competente (art. 26 LAU). Si el arrendatario acredita que el daño tiene como causa precisamente el incumplimiento imputable al arrendador de la obligación de realizar las reparaciones que precisa el bien alquilado, podrá exonerarse de responsabilidad o bien disminuir su cuantía si concurre también culpa de su parte en la producción del daño.

Cuando la urgencia de la reparación así lo requiera, para "evitar un daño inminente o una incomodidad grave", el arrendatario podrá realizar las reparaciones precisas, previa comunicación al arrendador, y luego exigir su importe (art. 21.3 LAU). La jurisprudencia del Tribunal Supremo, interpretando este precepto, ha señalado que el arrendatario está facultado para realizar la obra urgente, pero no tiene obligación alguna de ejecutarla, solo de ponerlo en conocimiento del arrendador[85]. No obstante, en mi opinión, la buena fe contractual y el deber de evitar o mitigar el daño (arts. 7.1 y 1258 CC) deberían ser valorados en la actuación del arrendatario en los casos de inminencia y gravedad del daño[86].

En la práctica, resulta conveniente que el arrendatario se asegure que el arrendador tuvo conocimiento de la necesidad de ejecutar las reparaciones necesarias y le facilitó la posibilidad de ver el estado de la vivienda o local (por sí o por técnicos que designe), para prevenir posibles reclamaciones por los daños causados o sufridos por la finca. Para ello, podrá acudir a cualquier medio de prueba reconocido en Derecho (como puede ser un burofax, un correo electrónico -art. 4.6 LAU-, un correo con acuse de recibo, etc.), en orden a dejar constancia de que se produjo esta notificación. No obstante, al no haber establecido la Ley de Arrendamientos Urbanos ningún procedimiento específico al efecto, los tribunales han considerado suficiente en ocasiones que se produzca de cualquier forma, incluso verbal[87].

Siguiendo con las causas de exoneración que podría alegar el arrendatario en los casos aquí estudiados de filtraciones, otra de ellas sería que la tubería en la que se ocasionó la avería no era un elemento privativo de la vivienda ocupada por el arrendatario, sino un elemento común –como hemos explicado en anteriores líneas–[88].

85 SSTS 28 enero 1981 (RJ 1981, 116) Cdo. 2.º y 2 diciembre 1991 (RJ 1991, 8905) FD 6.º.

86 Sobre este tema véase en particular el trabajo de Extremera Fernández, B.: *La carga de mitigar el daño*, Dykinson, Madrid, 2022, pp. 195 y ss.

87 SAP Cantabria, Secc. 4.ª, 27 febrero 2007 (JUR 2007, 265269, FD. 1.º), en relación con la sustitución de una caldera de gas por un termo eléctrico.

88 SAP Cuenca, Secc. 1.ª, 14 enero 2004 (AC 2004, 793).

En tercer lugar, se podría alegar que el suceso es consecuencia de un fallo de la instalación no visible del inmueble y difícilmente advertible por el arrendatario[89]. Así como también, otra causa de exoneración de responsabilidad que ha sido apreciada por nuestros tribunales es que el arrendatario no tenga la disposición efectiva o control sobre el inmueble al estar subarrendado, siendo además el origen de las filtraciones la actuación del subarrendatario[90], ya que en este caso el ocupante efectivo de la vivienda no es él sino el subarrendatario.

Como resumen de todo lo anterior, podemos concluir que el propietario-arrendador solo responderá en los casos en los que la causa determinante de las filtraciones o fugas de agua fuera el mal estado de las instalaciones (por ejemplo, estuvieran las tuberías en mal estado o alguno de los elementos del baño, como el bote sifónico) y, sabiendo de este estado, porque así se lo ha comunicado el arrendatario (arts. 1559 pf. 2.º CC y 21.3 LAU) o incluso la propia comunidad o algún vecino, no hubiera actuado o simplemente hubiera incumplido su obligación de repararlas por culpa o negligencia (arts. 1554.2.º CC y 21.1 LAU). En estos casos respondería del daño en virtud del art. 1902 CC, pero no con base en el art. 1910 CC (como señala la STS 20 abril 1993 FD 5.º)[91]. Y ello por cuanto las filtraciones serían consecuencia del incumplimiento de su deber legal de mantener en buen estado de conservación el piso o local [art. 9.1.b) LPH], así como de su obligación contractual frente al arrendatario de no realizar las reparaciones necesarias para conservar la finca arrendada en el estado de servir al uso para el que ha sido destinada (arts. 1554.2.º CC y 21 LAU)[92].

No cabría alegar falta de litisconsorcio pasivo necesario por la circunstancia de que se demande solo al arrendador o al arrendatario, cuando se estima responsabilidad por parte de ambos. Pues, como es sabido, es doctrina jurisprudencial que, en materia de responsabilidad civil extracontractual, el perjudicado se puede dirigir

89 SAP Barcelona, Secc. 19.ª, 30 enero 2018 (JUR 2018, 85349).

90 SAP Pontevedra, Secc. 1.ª, 21 septiembre 2017 (JUR 2017, 252024)

91 STS 20 abril 1993 (RJ 1993, 3103) FD 5.º

92 En este sentido, podemos traer a colación la SAP, Sevilla, Secc. 5.ª, 3 diciembre 2002 (JUR 2003, 147437), relativa a daños por el deficiente estado de conservación del tejado que provocó las filtraciones de lluvia; SAP Alicante, Secc. 5.ª 20 mayo 2003 (JUR 223035), donde los dueños de la vivienda conocían de la fuga de agua que produjo filtraciones a los pisos vecinos y nada dispusieron para su arreglo; SAP Navarra, Secc. 3.ª, 21 julio 2003 (JUR 2004, 3013), que versa sobre una fuga de agua por el mal estado de la tubería; SAP Valencia, Secc. 7.ª, 8 junio (JUR 2005, 13486), relativa a filtraciones de agua procedentes del desgaste de la tubería privativa; SAP Barcelona, Secc. 1.ª, 10 noviembre 2009 (JUR 2010, 44922), donde se observa negligencia del propietario al no dotar a la vivienda de un plato de ducha adecuado; SAP Valencia, Secc. 7.ª, n.º 351/2004 24 junio 2004 (JUR 2005, 13389) y SAP Madrid, Secc. 14.ª, 12 mayo 2006 (JUR 2006, 192554), en ambas las filtraciones procedían del fregadero que se encontraba en unas pésimas condiciones, siendo antiguas las instalaciones y los desagües de la vivienda; y SAP A Coruña, Secc. 5.ª, 21 abril 2016 (JUR 2016, 103401), que resuelve sobre los daños sufridos en la vivienda de abajo consecuencia del agua filtrada por la falta de mantenimiento del bote sifónico del baño. En todas ellas se condena al propietario con base en el art. 1902 CC por las filtraciones causadas.

contra cualquiera de los obligados sin necesidad de demandar a todos (art. 1144 CC)[93].

Cuando no queda suficientemente acreditada a quién corresponde la actuación productora del daño[94], o bien se debe a las acciones tanto del propietario (por omisión de realizar las reparaciones necesarias), como del arrendatario (por ejemplo, por no liberar de obstáculos el sistema de drenaje de aguas o no poner en conocimiento del arrendador la necesidad de las reparaciones necesarias o urgentes, o no permitir la localización inicial de la avería desde su vivienda), sin que se pueda discriminar la específica responsabilidad de los partícipes en el resultado dañoso, deberán responder todos los posibles agentes de forma solidaria por el perjuicio causado a terceros, de acuerdo con la casuística jurisprudencial mayoritaria[95].

2. Viviendas "okupadas".

El fenómeno de la "okupación" en España, preocupa y mucho, no solo por las consecuencias de normas como el RD 11/2020, de 31 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes para hacer frente al COVID-19 (vigente hasta el 31 de diciembre de 2022), y que ha dificultado el desahucio de arrendatarios sin recursos[96], sino sobre todo por la Ley 12/2023, de 24 de mayo, por el derecho a la vivienda, que ha tenido un efecto rebote no deseado, y este no es otro que la reducción del 30% del mercado de la vivienda en España. Todo ello unido a la poca inversión en vivienda social que se ha realizado en nuestro país en años y al sobreendeudamiento de las familias españolas en materia de vivienda, por encima de la media europea[97], da lugar un panorama poco alentador. Y puede conducir al aumento de la ocupación ilegal y su mantenimiento como consecuencia de unas políticas sociales y económicas poco creativas, que no encuentran otra salida a todas estas situaciones de sinhogarismo que se están produciendo, que trasladar este problema a los propietarios de viviendas que las tienen vacías.

93 SAP Toledo 6 marzo 1995 (AC 1995, 527) y SAP Islas Baleares 15 enero 1998 (AC 1998, 2705).

94 SAP Islas Baleares 16 diciembre 2002 (JUR 2003, 74395) donde se produjo la rotura accidental en un tramo del tubo de plomo que alimenta la cisterna del inodoro del baño.

95 En este sentido, entre otras, SAP Valencia, Secc. 8.ª, 3 abril 2002 (JUR 2002, 142693) y SAP Las Palmas, Secc. 4.ª, 25 enero 2006 (JUR 2006, 155587) donde ninguno de los demandados consiguió probar que las filtraciones se produjeron por una causa ajena a ellos; SAP Islas Baleares, Secc. 4.ª, 29 marzo 2005 (JUR 2005, 144149), donde surge la duda sobre si una actitud más diligente de los arrendatarios hubiera permitido apreciar los problemas de la bomba de agua del retrete; SAP Málaga, Secc. 4.ª, 31 octubre 2006 (JUR 2007, 165854), porque el arrendatario no facilitó la entrada para reparar la avería, estando convencido de que las filtraciones procedían del piso superior al suyo; y SAP Madrid, Secc. 12.ª, 31 mayo 2010 (JUR 2010, 251048), rotura en el sistema de evacuación de aguas residuales en el piso superior, al desatascar el arrendatario las tuberías con un líquido corrosivo que provocó su rotura; y ATS 14 octubre de 2020 (JUR 2020, 302234).

96 En palabras de Carrasco Perera, Á.: "La responsabilidad de los daños causados por el «okupa»: riesgos e incentivos en tiempos de COVID-19", *Centro de Estudios CESCO*, 9 mayo 2020: "va a convertir prácticamente a todo arrendatario pobre en *okupa* oficializado" p. 3. Disponible en: https://centrodeestudiosdeconsumo.com/images/La_responsabilidad_de_los_da%C3%B1os_causados_por_el_okupa.pdf.

97 Según se puso de manifiesto en el Congreso Internacional "vivienda: cuestiones actuales", celebrado en la Universidad de Alicante el 30 de noviembre y 1 de diciembre de 2023.

Con todo, cabe observar que la ocupación ilegal de viviendas en España es una cuestión compleja, como expresa el preámbulo de la Ley 5/2018, por cuanto convergen casos de familias que se encuentran en una sobrevenida situación de vulnerabilidad económica y de exclusión residencial, con "fenómenos de ocupación ilegal premeditada, con finalidad lucrativa", esto es, con verdaderas organizaciones mafiosas que se aprovechan de estas situaciones de necesidad. Incluso –sigue diciendo la Ley–, "se han llegado a ocupar ilegalmente viviendas de alquiler social de personas en situación económica muy precaria o propiedad de ancianos con pocos recursos y para abandonarlas se les ha exigido el pago de cantidades a cambio de un techo inmediato, o se ha extorsionado al propietario o poseedor legítimo de la vivienda para obtener una compensación económica como condición para recuperar la vivienda de su propiedad o que legítimamente venía poseyendo".

La Ley 5/2018, de 11 de junio, de modificación de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, en relación a la ocupación ilegal de viviendas, pretende ofrecer una vía adecuada al fenómeno de la ocupación ilegal, sin tener que recurrir a la vía penal. Para ello adecúa y actualiza el tradicional interdicto de recobrar la posesión previsto en el art. 250.1 LEC para una recuperación inmediata de la vivienda ocupada ilegalmente, mediante un procedimiento desarrollado en los arts. 437, 441 y 444 de la misma Ley procesal. Una de las modificaciones que introduce es el art. 437. 3 bis LEC, según el cual: "Cuando se solicitase en la demanda la recuperación de la posesión de una vivienda o parte de ella a la que se refiere el párrafo segundo del numeral 4.º del apartado 1 del artículo 250, aquélla podrá dirigirse genéricamente contra *los desconocidos ocupantes* de la misma, sin perjuicio de la notificación que de ella se realice a quien en concreto se encontrare en el inmueble al tiempo de llevar a cabo dicha notificación. A la demanda se deberá acompañar el título en que el actor funde su derecho a poseer". Asimismo, el art. 441 1 bis LEC concreta a quien se le podrá hacer la notificación de la demanda ("la notificación se hará a quien se encuentre habitando aquélla. Se podrá hacer además a los ignorados ocupantes de la vivienda").

Esta previsión legal de poder dirigir la demanda "contra los desconocidos ocupantes" de una vivienda, viene a reconocer de manera expresa un criterio jurisprudencial anterior que ya permitía en estos casos la demanda frente a los ocupantes ignorados o desconocidos, a los efectos de obtener una viabilidad práctica del procedimiento y soslayar así las dificultades de la determinación subjetiva de la parte demandada. Además, resulta de mucha utilidad en el caso que aquí nos ocupa, pues permitiría con esta fórmula genérica poder demandar a los ocupantes ilegales que viven en el piso superior desde el que provienen las filtraciones de agua.

Nuestra doctrina no se ha ocupado mucho del tema del daño causado por los okupas y menos aún cuando se trata de filtraciones de agua. Entre las escasas opiniones vertidas sobre la materia quizás la más clara sea la expresada por Carrasco Perera cuando afirma que "si en el piso habita una cuadrilla de okupas, el «padre de familia» que responde a efectos del art. 1910 no es el dueño «ocupado», sino el jefe o jefes de la tribu okupante". Entre otras razones, porque sobre el propietario de una vivienda no pesa ninguna obligación de garante respecto de daños que puedan sufrir sus vecinos causados por terceros de los que no deba responder (como es el caso de los okupas o de un ladrón que asalte su casa, y destroce grifos y cañerías, por ejemplo)[98]. Y no le falta razón, puesto que –como hemos tenido ocasión de comprobar– el art. 1910 CC hace responsable al que efectivamente habite en la vivienda o local causante del daño por cualquier título, o sin título añadiría yo, excluyendo la responsabilidad del propietario cuando no habita[99].

Uno de los problemas que se plantea en el caso de los okupas es el de su determinación, al ser un grupo de personas difícil de identificar. Como hemos visto, a la hora determinar la legitimación pasiva de la demanda, no habría problema con la fórmula que permite el art. 437. 3 bis LEC ("contra los desconocidos ocupantes" de la vivienda). Más complicada es la cuestión de atribuir responsabilidad al colectivo que se encuentre viviendo allí. En este caso creo que deberían entrar en juego las reglas sobre la responsabilidad por los daños causados por miembro indeterminado de un grupo, de manera que tendrá la consideración de "cabeza de familia" todos los que como "principal" habiten esa vivienda en ese momento, respondiendo de forma solidaria[100]. Se trataría de una responsabilidad solidaria impropia, en la que no se podría oponer la excepción de falta de litis consorcio pasivo necesario, pues el art. 1144 CC señala que el acreedor se podrá dirigir contra cualquiera de los deudores.

Por ahora, son pocas las sentencias que hemos podido encontrar que resuelvan sobre daños por filtraciones de agua causados por okupas. En ellas se ha venido a exonerar de responsabilidad a los propietarios no ocupantes, cuando conste acreditado que estos actuaron de forma diligente para evitar los daños, atendiendo a si habían interpuesto o no una demanda civil para recuperación de la posesión del bien ilegalmente ocupado.

98 Carrasco Perera, Á.: "La responsabilidad", cit., p. 2.

99 Para Callejo Rodríguez, C.: *La responsabilidad*, cit., p. 81, también en el caso de que la casa esté habitada por un okupa, sería este quien debería responder, pues es el que usa y disfruta de la vivienda.
Para Salanova Villanueva, M.: "La responsabilidad", cit., p. 377, en el caso de que entren unos okupas en una casa abandonada y produzcan un daño por algo que arrojen, considera que si el inmueble está abandonado el responsable será el Estado, quien es propietario de todos los bienes vacantes de acuerdo con el art. 21 de la Ley de Patrimonio del Estado.

100 Para un mejor conocimiento de los presupuestos de la responsabilidad por daños causados por miembro indeterminado de grupo véase mi trabajo*: La responsabilidad civil por los daños causados por un miembro indeterminado de un grupo*, Dykinson, Madrid, 2005, pp. 92 y ss.

En esta dirección, la SJPI n.º 7 de Las Palmas de Gran Canaria, Provincia de Las Palmas, de 15 de marzo de 2021[101] no considera que el propietario deba responder por los daños causados por los ocupantes ilegales de la vivienda desde la que se produjeron las filtraciones de agua, porque la propiedad había iniciado un procedimiento de recuperación de la posesión del inmueble y había dado de baja la luz y el agua (sin tener en cuenta que los okupas manipularon la toma de agua para disponer de suministro de agua y eso fue precisamente lo que causó la filtración). Esta sentencia toma como referencia la SAP Barcelona, Secc. 16.ª, 10 octubre 2019[102], que también exonera a la SAREB, pese a las advertencias anteriores de inundaciones por agua realizadas por los vecinos del piso inferior, en la media en que consta que la propietaria del piso (la SAREB) emprendió todos los procedimientos legales a su alcance para recuperar la posesión del inmueble.

En otras resoluciones, sin embargo, se aprecia la responsabilidad de la entidad propietaria del piso ocupado, atendiendo a la posición en la que se encontraba y si ha estado en disposición de controlar y, eventualmente, evitar los riesgos (tanto de ocupación como de causación de daños por parte de los okupas) derivados del inmueble del que es propietario, trasladándole la responsabilidad por los daños al amparo de lo dispuesto en los arts. 1902[103] y 1910 CC.

Así, la SAP Málaga, Secc. 5.ª, 25 abril 2019[104], condena a la propietaria del piso ocupado ilegalmente (Bankia) y a su entidad aseguradora, por el daño causado al propietario del piso inferior como consecuencia de filtraciones de agua causadas por la retirada de grifería llevada a cabo por las personas que lo ocuparon (que dejaron las tomas de agua sin ninguna protección). El fundamento de la condena lo encuentra la Audiencia en el artículo 1902 (por falta de cuidado en el inmueble por parte de Bankia al permitir la ocupación del piso), en relación con la responsabilidad objetiva del 1910 respecto de las filtraciones de agua procedentes de un piso superior.

En el mismo entendimiento se pronuncia la SAP Barcelona, Secc. 16.ª, 22 diciembre 2021[105], que condena a la propietaria del piso ocupado (la Sociedad Cooperativa de Crédito Cajamar Caja Rural) por los desperfectos causados en la vivienda inferior por humedades y filtraciones de agua (*ex* arts. 1902 y 1910 CC), ante la pasividad adoptada frente al requerimiento realizado por la propietaria de

101 SJPI n.º 7 de Las Palmas de Gran Canaria, Provincia de Las Palmas, de 15 de marzo de 2021 (JUR 2021, 146256).

102 SAP Barcelona, Secc. 16.ª, 10 octubre 2019 (JUR 2019, 305594).

103 Sobre la base de este solo precepto considera responsable de los daños causados por los ocupantes ilegales de un inmueble la SAP Jaén, Secc. 1.ª, 29 marzo 2023 (ECLI:ES:APJ:2023:355), pues considera que la demandada sí conocía el riesgo que tenía la vivienda adquirida en subasta judicial de ocupación ilegal y, pese a ello, no adoptó ninguna medida para impedir que terceros tomaran posesión de la vivienda.

104 SAP Málaga, Secc. 5.ª, 25 abril 2019 (JUR 2020, 34263).

105 SAP Barcelona, Secc. 16.ª, 22 diciembre 2021 (ECLI:ES:APB:2021:15157).

la vivienda afectada por las filtraciones para que se tomaran medidas. Pues "es evidente -concluye la Audiencia- que una oportuna intervención de la propietaria, mediante el despliegue de los medios adecuados –tanto los de naturaleza material como jurídica–, habría impedido, o al menos moderado, la producción de los repetidos desperfectos". Según los hechos del caso, no consta que Cajamar hubiera promovido el lanzamiento de los ocupantes mediante la incoación del correspondiente procedimiento civil, como tampoco que les haya dirigido requerimiento alguno para que abandonen la vivienda o al menos se le permitiera la reparación de la avería origen de los desperfectos.

Con mejor criterio –en mi opinión– resuelve, por un lado, la SAP Málaga, Secc. 5.ª, 29 junio 2023[106], por cuanto tiene en cuenta la STS (Pleno) de 15 de abril de 2021 y que el art. 1910 CC resulta solo de aplicación al "cabeza de familia" que efectivamente habite en el inmueble causante del daño. En ella se absuelve a la empresa propietaria de un inmueble ocupado. La Audiencia razona que la empresa demandada no habitaba la vivienda causante de las filtraciones de agua, al estar ocupada ilegalmente, por lo que la persona responsable (en virtud del art. 1910 CC) debe ser quien actualmente esté ocupando el piso, aunque sea sin ningún título. Para ello los magistrados de la Audiencia se hacen eco del concepto de "cabeza de familia" mantenido por el Supremo que lo refiere "al que, por cualquier título, habita una vivienda, como personaje «principal» de la misma, en unión de las personas que con él conviven, formando un grupo familiar o de otra índole" (STS 20 abril 1993 FD 4.º). Asimismo, el Tribunal de apelación ha tenido en cuenta que la empresa demandada no tenía constancia de la existencia de ningún problema de filtraciones por fuga de agua, ni de la necesidad de realizar ninguna reparación, además nunca había tenido la posesión del inmueble y está intentando su recuperación por vía judicial.

Por otro lado, creemos que la propietaria del inmueble sí podría responder por los daños causados por filtraciones de agua producidos por los okupas en virtud del art. 1902 CC, cuando la ocupación por terceros no era algo imprevisible, atendiendo al estado del inmueble y a su forma de adquisición, y conociendo la situación de fuga de agua no pone ningún remedio, ni para repararla ni para recuperar la posesión del bien causante del daño, dejando a su suerte al vecino perjudicado.

En esta dirección va precisamente la SAP Madrid 5 diciembre 2019[107], que a su vez afirma que: "las consecuencias de dicha ocupación no tienen por qué ser soportadas por terceros ajenos a la relación de la propiedad con los terceros ocupantes, y en cualquier caso quedarían, al alcance de la entidad demandada, el ejercicio de las acciones de responsabilidad procedentes contra los terceros

106 SAP Málaga, Secc. 5.ª, 29 junio 2023 (ECLI:ES:APMA:2023:1414).

107 SAP Madrid 5 diciembre 2029 (ECLI:ES:APM:2019:17349).

ocupantes del inmueble, por más que las posibilidades de recuperar alguna cantidad fueran verdaderamente ilusorias dada la normal carencia de medios que los ocupantes ilegales suelen aducir, pero en cualquier caso lo que no es procedente es trasladar a terceros que ninguna relación tienen con la propiedad de la vivienda, y que tan sólo son propietarios del piso inmediatamente inferior las consecuencias del uso abusivo que un tercer ocupante pueda hacer de la vivienda", cuando el dueño de esta ha actuado de forma negligente –añadiría yo–.

V. A MODO DE CONCLUSIÓN.

El art. 1910 CC pretende proteger a los perjudicados frente a las cosas arrojadas o caídas desde un inmueble, lo que incluye fluidos o agua procedentes del piso superior, no de elementos que formen parte del inmueble (art. 1907 CC), responsabilizando al "cabeza de familia", esto es a la persona que habite en la vivienda desde la que se produce el daño, por cualquier título (como es el caso del arrendatario, usufructuario, comodatario o precarista) o sin él (como los okupas), lo importante es que utilice y tenga facultades de control sobre la vivienda.

La responsabilidad del propietario-arrendador por los daños procedentes de filtraciones o fugas de agua queda limitada a aquellos supuestos donde el inquilino ha advertido de las deficiencias (mal estado de las conducciones o instalaciones de la vivienda…) y la necesidad de realizar las reparaciones, y aquel no hubiera procedido a hacerlas, dejando de cumplir la obligación que le impone los arts. 1554.2 CC y 21 LAU. La infracción de este deber legal (que tiene como fin último evitar daños), equivale a culpa extracontractual, cuando el daño efectivamente se haya producido. En estos casos el propietario-arrendador responderá frente al perjudicado en virtud del art. 1902 CC, pero no por el 1910 CC, al no ser él quien habita en el bien inmueble.

En los casos de ocupación ilegal de viviendas, la responsabilidad del propietario de la vivienda ocupada solo podrá derivarse del art. 1902 CC, cuando no haya evitado el riesgo de la producción del daño (lo que incluye el riesgo de que sea ocupada), o bien cuando se demore en las acciones de recuperación de la posesión y esta demora agrave la producción del perjuicio causado.

Teniendo en cuenta la *vis expansiva* que del art. 1910 CC lleva realizando vía interpretativa el Tribunal Supremo, me parece acorde a ella la idea de mantener que sea aplicable esta norma al que ilegalmente ocupa bienes ajenos, pues al fin y al cabo es el que habita la casa, aunque sea sin título, y tiene facultades de control sobre la misma. Esto no sería otra cosa que el resultado de realizar una interpretación extensiva y sociológica del art. 1910 CC, adecuándolo a la realidad existente en este momento actual, donde muchos bienes inmuebles han sido ocupados de manera ilegal en España.

BIBLIOGRAFÍA

Albaladejo, M.: "La responsabilidad del artículo 1910 del Código civil", en AA.VV.: *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Aurelio Menéndez* (coord. J.L. Iglesias Prada), vol. IV, Civitas, Madrid, 1996, pp. 4761-4782.

Álvarez Lata, N.: "Comentario a la STS 4 diciembre 2007 (RJ 2008, 39)", *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, n.º 77, 2008, pp. 947-959.

Arana de la Fuente, I.: "Responsabilidad *ex* art. 1910 CC del arrendatario de vivienda y deberes del arrendador. Comentario a la STS (Sala 1.ª) de 4 de diciembre de 2007", *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid,* n.º 18, 2008-II, pp. 167-187.

Barceló Doménech, J.: "La reparación de las terrazas de los áticos en el Régimen de Propiedad Horizontal", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 2011, pp. 1869-1925.

Callejo Rodríguez, C.: *Responsabilidad por los daños resultantes de cosas caídas o arrojadas desde edificios*, Reus, Madrid, 2021.

Carrasco Perera, Á.: "La responsabilidad de los daños causados por el «okupa»: riesgos e incentivos en tiempos de COVID-19", *Centro de Estudios CESCO*, 9 mayo 2020, pp. 1-4. Disponible en: https://centrodeestudiosdeconsumo.com/images/La_responsabilidad_de_los_da%C3%B1os_causados_por_el_okupa.pdf.

Colás Escandón, A.M.ª: "La responsabilidad derivada del art. 1910 del Código civil y su aplicación en la práctica", *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, n.º 4, 2006, pp. 2135-2176.

De Franco Paz, F.: "La responsabilidad del «cabeza de familia» (examen del artículo 1910 del Código civil)", *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, n.º 11, 2009, pp. 2217-2256.

Extremera Fernández, B.: *La carga de mitigar el daño*, Dykinson, Madrid, 2022.

Fuenteseca Degeneffe, C.: "El artículo 1910 del Código Civil es aplicable a los daños negligentes causados por cosas que se arrojaren o cayeren dentro de un recinto (discoteca) (Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de mayo de 2001)", *Actualidad Civil*, n.º 4, 2001, pp. 1579-1590.

López Más, P.J.: "La responsabilidad civil por daños causados por cosas caídas o arrojadas. Un comentario del art. 1910 del Código civil", *Revista de Derecho Civil*, vol. VIII, n.º 3, 2021, pp. 223-271.

López Richart, J.: *Responsabilidad personal e individualizada y responsabilidad solidaria en la Ley de Ordenación de la Edificación*, Dykinson, Madrid, 2003.

Múrtula Lafuente, V.: *La responsabilidad civil por los daños causados por un miembro indeterminado de un grupo*, Dykinson, Madrid, 2005.

- "Responsabilidad civil contractual y extracontractual por los daños causados por el arrendatario", en AA.VV.: *Cuestiones clásicas y actuales del Derecho de daños. Estudios en Homenaje al Profesor Dr. Roca Guillamón* (dir. J. Ataz López y J.A. Cobacho Gómez), t. III, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2021, pp. 621-674.

Navarro Castro, M.: "La responsabilidad civil de las comunidades de propietarios en régimen de propiedad horizontal por los daños causados por el inadecuado mantenimiento de los elementos comunes", en AA.VV.: *Cuestiones clásicas y actuales del Derecho de daños. Estudios en Homenaje al Profesor Dr. Roca Guillamón* (dir. por J. Ataz López y J.A. Cobacho Gómez), T. III, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2021, pp. 675-694.

Ordás Alonso, M.: *Propiedad horizontal: derechos y deberes de los propietarios*, Bosch, Madrid, 2023.

Pantaleón Prieto, F.: "Comentario a la STS de 12 de abril de 1984", *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, 1984, n.º 5, pp. 1601-1612.

Peña López, F.: "Comentario a la STS de 21 de mayo de 2001", *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, n.º 57, 2001, pp. 859-880.

- "Artículo 1909 y Artículo 1910", en AA.VV.: *Comentarios al Código civil* T. IX (dir. por R. Bercovitz Rodríguez-Cano), Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 13042-13056.

Ramos Maestre, Á.: *La responsabilidad civil por los daños causados por las cosas arrojadas o caídas (Análisis del art. 1910 del C.c.),* Editorial práctica de Derecho, Valencia, 2001.

Rebolledo Varela, Á.L.: "Cuestiones sobre responsabilidad civil de las comunidades de propietarios", en AA.VV.: *Estudios de Derecho Civil en Homenaje al Profesor Joaquín José Rams Albesa* (coord. M. Cuena Casas, L.A. Anguita Villanueva y J. Ortega Doménech), Dykinson, Madrid, 2013, pp. 993-1015.

Salanova Villanueva, M.: "Responsabilidad por daños causados por cosas arrojadas o caídas, en Derecho español y francés", *Revista de Derecho Privado*, n.º 5, 1999, pp. 366-398.

SIRVENT GARCÍA, J.: "Responsabilidad civil derivada de los daños causados por lo arrojado, caído o filtrado", *Revista Aranzadi de derecho patrimonial*, n.º 27, 2011, pp. 23-44.

YZQUIERDO TOLSADA, M: "Comentario de la Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de abril de 2021 (204/2021). Filtraciones de agua procedentes de piso superior. ¿Responsabilidad del propietario o del arrendatario?", en A.A.VV.: *Comentarios a las sentencias de unificación de Doctrina (Civil y Mercantil)* (dir. M. YZQUIERDO TOLSADA), vol. 13, 2021, pp. 293-306.

IL SUBAPPALTO

SUBCONTRACTING

Rev. Boliv. de Derecho Nº 37, enero 2024, ISSN: 2070-8157, pp. 196-223

Antonio
ALBANESE

ARTÍCULO RECIBIDO: 3 de noviembre de 2023
ARTÍCULO APROBADO: 4 de diciembre de 2023

RESUMEN: Il subappalto è il modello contrattuale più diffuso nell'ambito dell'integrazione fra le imprese; esso non è invece adatto a regolare i rapporti tra imprese con dimensioni equivalenti e che intendono collaborare in posizione paritaria. Il subappalto è un vero e proprio appalto, che si caratterizza per essere un contratto derivato da un altro appalto che ne costituisce il presupposto. Anche per il contratto di subappalto, l'autonomia costituisce un elemento naturale. Il committente non ha azione diretta contro il subappaltatore. L'autonomia del subappaltatore incide anche sul piano della responsabilità civile, con riferimento ai danni arrecati a terzi nell'esecuzione dell'opera o del servizio.

PALABRAS CLAVE: Imprese; appalto; autonomia; responsabilità.

ABSTRACT: *Subcontracting is the most widespread contractual model in the field of integration between companies; on the other hand, it is not suitable for regulating relations between companies of equivalent size and which intend to collaborate on an equal footing. Subcontracting is a real contract, which is characterized by being a contract derived from another contract which constitutes its prerequisite. Also for the subcontract, autonomy is a natural element. The client has no direct action against the subcontractor. The autonomy of the subcontractor also affects civil liability, with reference to damages caused to third parties in the execution of the work or service.*

KEY WORDS: *Enterprises; contract; autonomy; responsibility.*

SUMARIO.- I. SUBAPPALTO *E JOINT VENTURE*. NECESSITÀ DELL'AUTORIZZAZIONE DEL COMMITTENTE.- II. IL SUBAPPALTO COME CONTRATTO DERIVATO.- III. L'AUTONOMIA DEL SUBAPPALTATORE.- IV. LA RESPONSABILITÀ DEL SUBAPPALTATORE PER I VIZI O LE DIFFORMITÀ DELL'OPERA.- V. LA RESPONSABILITÀ DEL SUBAPPALTATORE PER ILLECITO EXTRACONTRATTUALE: I DANNI AI TERZI; I DANNI AL COMMITTENTE.- VI. SUBCONTRATTUALITÀ E CEDIBILITÀ DEL CONTRATTO: RIFLESSIONI CONCLUSIVE.

I. SUBAPPALTO E JOINT VENTURE. NECESSITÀ DELL'AUTORIZZAZIONE DEL COMMITTENTE.

La figura del subappalto risponde alle esigenze del moderno sistema produttivo quale sistema "integrato", fondato sulla collaborazione fra più imprese per l'esecuzione dell'opera o del servizio. L'integrazione produttiva può assumere due configurazioni: quella dell'integrazione *orizzontal*e fra più imprese, che cooperano fra loro per realizzare una medesima opera; quella della integrazione *verticale* tra le due imprese, l'una delle quali dirige l'altra. Nel secondo caso, il subappalto ha lo stesso oggetto dell'appalto principale e l'impresa subappaltante riserva a sé solo la direzione dei lavori[1].

Il subappalto, pur così comune nella prassi, si mostra poco adatto a regolare i rapporti tra imprese con dimensioni equivalenti e che intendono collaborare in posizione paritaria; esso è inoltre assoggettato al consenso del committtente (art. 1656 c.c.). Negli appalti di grandi opere e negli appalti internazionali, difficilmente l'appaltatore è un imprenditore individuale. La necessità di energie superiori, sul piano dei materiali, degli investimenti, della manodopera e delle competenze specialistiche, induce di norma più imprenditori a unire le proprie forze per far fronte a lavori articolati e complessi e, spesso, al fine di vincere la gara messa a

1 Cfr. Galgano: *Tratt. dir. civ.*[2], II, *Le obbligazioni in generale. Il contratto in generale. I singoli contratti*, Padova, 2010, p. 656 s., che porta come esempio di integrazione orizzontale quello dell'impresa la quale, incaricata di costruire uno stabilimento industriale, dà in subappalto le opere edilizie e riserva per sé l'attività di produzione e installazione delle apparecchiature. Sul subappalto, in dottrina: Albanese: *L'appalto*, in *Tratt. dir. comm.* fondato da V. Bonocore, dir. da R. Costi, Torino, 2023, p. 227 ss.; Baccigalupi: "Appunti per una teoria sul subcontratto", in *Riv. dir. comm.*, 1943, I. p. 181; Cagnasso: "Il contratto di appalto", in *Contratti commerciali* a cura di Cottino, in *Tratt. dir. comm.* e *dir. pubbl. econ*, diretto da Galgano, XVI, Padova, 1991; Cigliola: *Il contratto di subappalto*, in *I contratti del commercio, dell'industria e del mercato finanziario*, in Trattato diretto da Galgano, Torino, II, Torino, 1995; Giannattasio: *L'appalto*[2], in *Trattato dir. civ. comm.*, diretto da A. Cicu-F. Messineo-L. Mengoni, continuato da P. Schlesinger, Milano, 1977; Grasso: "Il subappalto nel sistema del codice civile", in *L'appalto privato*, a cura di Costanza, Torino, 2000; Id.: *Il subcontratto*, Napoli, 1987; Messineo: "Contratto derivato-subcontratto", in *Enc. dir.*, X, Milano, 1962; Montanari: "Profili del subappalto nel diritto privato e nella legislazione delle opere pubbliche", in *Riv. trim. Dir. Proc. civ.*, 1993, p. 27 ss.; Moscarini: "L'appalto", in *Tratt. Rescigno*, 11, Torino, 1984; Rubino e Iudica: *Dell'appalto*[4], cit.; Rubino Sammartano: *Appalti di opere e contratti di servizi*, Padova, 1996; Vignali: "Formazione del corrispettivo", in *L'appalto privato*, a cura di Costanza, Torino, 2000.

• Antonio Albanese
Professore Associato dell'Alma Mater Studiorum Università di Bologna. E-mail: a.albanese@unibo.it

bando dalla stazione appaltante. Si parla in questi casi, genericamente, di appalti in *joint venture*.

Peraltro, lo stesso ordinamento comunitario, così come il diritto interno, manifestano uno spiccato apprezzamento per i raggruppamenti temporanei di imprese e di professionisti, costituiti per ottenere l'affidamento di contratti e di servizi pubblici. Tali aggregazioni svolgono, sul piano economico, una obiettiva funzione antimonopolistica, consentendo un ampliamento della dinamica concorrenziale e favorendo l'ingresso sul mercato di imprese di minore dimensione, o specializzate in particolari settori produttivi e tecnologici, fisiologicamente selezionate attraverso il confronto negoziale tra i prezzi offerti.

Uno strumento generale che il sistema mette a disposizione degli appaltatori è quello societario. L'impresa appaltatrice, in particolare, assume sovente la forma della società di capitali, in tal modo creando un soggetto giuridico nuovo e distinto rispetto alle singole imprese e assoggettato alle relative regole. Ma la costituzione *ad hoc* di una società di capitali per l'assunzione di un unico, per quanto rilevante, appalto può risultare svantaggiosa sul piano economico, in ragione dei costi da sostenere, e sconveniente su quello organizzativo, in virtù delle rigorose norme imperative cui tali enti sono assoggettati. Con la forma societaria, inoltre, le singole imprese perdono la propria autonomia sul piano giuridico e rischiano di compromettere l'indipendenza nell'esecuzione del lavoro assegnato a ciascuna.

A fronte di tali inconvenienti, si può preferire ricorrere a modalità alternative allo strumento societario, come quella dei contratti di rete, quella dei consorzi e quella delle associazioni in partecipazione[2].

Anche tali strumenti, per quanto preziosi, non sempre soddisfano le esigenze degli appaltatori o corrispondono precisamente al loro intento: il contratto di rete, solitamente, non è previsto per il raggiungimento di un unico obiettivo, ma dà luogo a un'organizzazione stabile e duratura nel tempo che ha come finalità primaria l'accrescimento delle potenzialità delle singole imprese; l'associazione in partecipazione sconta la limitazione della responsabilità dell'associato all'apporto (art. 25523 c.c.) e l'insufficienza dei suoi poteri di controllo sulla gestione dell'associazione (art. 2552 c.c.).

Scarso successo ha avuto, infine, il Gruppo Europeo di Interesse Economico (GEIE), che è strumento necessariamente transnazionale ed è in ogni caso privo di autonomia patrimoniale, sicché i suoi membri sono assoggettati a solidarietà illimitata, seppure sussidiaria rispetto a quella del GEIE.

2 Cfr. Rubino e Iudica: *Dell'appalto*[4], cit., p. 100 ss.; Albanese: *L'appalto*, cit., p. 179 ss.; Trapuzzano: *L'appalto privato*, Milano, 2020, p. 49 ss.

Più indicato si presenta il consorzio, ma esso comporta (così come la società o l'associazione in partecipazione) la formazione di un nuovo ente: per suo tramite, gli imprenditori riuniti danno vita a un autonomo centro di imputazione giuridica, sebbene essi si accontenterebbero, di norma, di una mera aggregazione finalizzata ad agevolare, grazie alla sommatoria dei requisiti degli aderenti, il dispiegarsi del gioco della concorrenza.

Ciò non è conforme allo scopo principale della collaborazione delle imprese interessate: ottenere l'aggiudicazione di un appalto mediante la presentazione di un'offerta unitaria, ma conservando la propria indipendenza giuridica. Quando l'opera o il servizio presentano dimensioni notevoli o particolare complessità esecutiva, la reale intenzione dei singoli appaltatori è di attuare un'aggregazione, tra le loro imprese, che sia solo temporanea e occasionale, per lo svolgimento di una determinata attività e limitatamente al periodo necessario per il suo compimento. Essi hanno quindi interesse ad associarsi soltanto temporaneamente, senza obbligo di assumere vincoli societari o consortili che imporrebbero oneri e obblighi sproporzionati rispetto a un rapporto caratterizzato dalla durata limitata e dalla unicità dell'affare.

Da qui, la possibilità ulteriore e più conforme alle esigenze delle imprese che vogliano riunirsi per assumere congiuntamente l'impegno, di utilizzare lo strumento giuridico della "Associazione temporanea di imprese". L'associazione (o raggruppamento) temporanea di imprese[3] consiste in un «collegamento temporaneo di più imprese in funzione del compimento di un'opera, nella esecuzione della quale ciascuna conserva la propria individualità» (così la relazione al disegno di l. n. 652, poi accolto nella legge n. 584 del 1977). Lo scopo del raggruppamento temporaneo è dunque diverso da quello del subappalto, perché mira alla più ampia partecipazione a gare di appalto, in relazione alle quali le singole imprese non posseggono, singolarmente, tutte le competenze tecnico-operative e le caratteristiche richieste dal bando (scopo che risulta accentuato dalle facilitazioni offerte dalla L. 18 novembre 1998, n. 415, che ha escluso la necessità di costituzione preventiva dell'associazione ai fini della partecipazione alla gara).

Diversamente dal raggruppamento temporaneo di imprese, oggetto di un'articolata e dettagliata disciplina, la figura del subappalto è considerata, nel codice civile, unicamente da due norme: l'art. 1656 e l'art. 1670 c.c.

3 Introdotta nell'ordinamento italiano dalla L. 8 agosto 1977, n. 584, con la quale furono recepite le direttive comunitarie nn. 304 e 305 del 1971, e fu di seguito ulteriormente disciplinata dal D.Lgs. 19 dicembre 1991, n. 406, dalla L. 11 febbraio 1994, n. 109 e dal D.P.R. 21 dicembre 1999, n. 584. La menzionata legge del '77 aveva introdotto "l'istituto del raggruppamento delle imprese per la partecipazione agli appalti e per la esecuzione delle opere pubbliche".

La prima sancisce che l'appaltatore non può affidare in subappalto l'esecuzione dell'opera o del servizio, se non sia stato autorizzato dal committente.

È affermazione ricorrente che l'*intuitus personae* sia elemento caratteristico del rapporto di appalto, tale che la prescrizione dell'autorizzazione del committente, necessaria all'appaltatore per subappaltare, discenderebbe dal rilievo assunto dalla persona dell'appaltatore. L'ammissibilità del subappalto, infatti, non sarebbe incompatibile con l'*intuitus personae* che caratterizza il rapporto di appalto, dato che il committente rimane estraneo al subappalto e che, nell'ambito del rapporto principale tra lui e l'appaltatore, la sua autorizzazione indica che la fiducia riposta nell'appaltatore stesso si estende alla bontà ed oculatezza della scelta, da parte di costui, del subappaltatore.

In realtà, altre disposizioni smentiscono l'inclusione dell'appalto fra i contratti "di fiducia", perché considerano rilevante non la persona, ma l'organizzazione dell'impresa: basti pensare alla continuità del rapporto nonostante la morte (art. 1674 c.c.) o il fallimento (art. 81, 2° comma, l. fall.) dell'appaltatore.

Si è così sostenuto che la reale ragione della norma risiederebbe nell'intenzione legislativa di evitare che nel mercato si inseriscano imprese che, sotto la veste di assuntrici di appalti, svolgano funzione di mera intermediazione tra i committenti e gli effettivi esecutori, con aggravio dei costi di produzione e dispersione di responsabilità[4].

È probabile che la perdurante *ratio* della norma consista nella necessità di impedire che all'esecuzione dell'appalto prendano parte imprese non gradite al committente. È pur vero, per altri versi, che un simile divieto, solitamente assente presso gli altri ordinamenti europei, può apparire anacronistico, anche alla luce della prassi degli appalti, ove è consueto l'affidamento di parti dell'opera ad altri imprenditori specializzati: basti pensare, negli appalti di costruzione, ai lavori elettrici o idraulici. L'apertura verso il subappalto è inoltre confermata anche per gli appalti di opere pubblici, giacché il futuro Codice degli appalti, anche al fine di uniformarsi alla prassi degli appalti internazionali, ammette il subappalto in termini molto più ampli del passato, conferendo legittimità al c.d. appalto a cascata.

E d'altronde, se è vero che nell'appalto assume rilievo la scelta (se non della persona) almeno dell'impresa appaltatrice, la fiducia a questa accordata dovrebbe

4 Mirabelli: *Dei singoli contratti*, in *Comm. Utet*, Libro IV, tomo 3°, Torino, 1991, p. 404; Greco: *La compravendita e altri contratti*, Milano, 1947, p. 225; Villanacci: voce "Appalto", in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, Agg., Torino, 2007, p. 55. *Contra*, gli Autori che collegano il divieto di subappalto non autorizzato con la rilevanza dell'*intuitus personae*: Rubino: *L'appalto*[4], con aggiornamenti di Moscati, in *Trattato di diritto civile*, diretto da F. Vassalli, VII, 3, Torino, 1980, p. 85; Ugas: in *Codice dell'appalto privato*[2], a cura di A. Luminoso, Milano, 2016, p. 175; Rubino e Iudica: *Dell'appalto*[4], cit., p. 217. In giurisprudenza, nel secondo senso, Cass., 5 settembre 1994, n. 7649, in *Contratti*, 1995, p. 21; Cass., 18 maggio 1955, n. 1466, in *Sett. Cass.*, 1955, p. 294, e in *Foro it.*, Rep. 1955, voce *Appalto*, n. 20.

comprendere anche le forme di collaborazione di cui essa abitualmente si serve per portare a compimento l'opera.

Quanto all'autorizzazione richiesta dall'art. 1656 c.c., non è sufficiente un mero atteggiamento di tolleranza: il consenso del committente deve essere espresso; può essere contestuale al contratto, e quindi preventivo, o successivo e può assumere anche forma di ratifica o approvazione dell'attività del subappaltatore. La richiesta di un consenso espresso non coincide, come ovvio, con la forma scritta (non necessaria per lo stesso appalto), sicché è valido un consenso che sia stato espresso in forma orale. La giurisprudenza, invero, si spinge fino a riconoscere la validità anche del consenso che risulti da *facta concludentia*[5].

Secondo un'impostazione, il subappalto concluso senza il consenso del committente sarebbe nullo. In coerenza con la tesi che riconosce quale fondamento del divieto la rilevanza dell'*intuitus personae*, si è sostenuto che l'invalidità potrebbe essere fatta valere dal solo committente, nel cui interesse è posta la necessità di autorizzazione, e non potrebbe essere rilevata d'ufficio dal giudice; sicché si tratterebbe di nullità relativa[6]. Si è aggiunto, seguendo questa linea di pensiero,

5 Cass., 5 settembre 1994, n. 7649, in *Contratti*, 1995, p. 21; Cass., 4 maggio 1982, n. 2757, in *Giur. it.*, Rep. 1982, voce *Appalto*, n. 5. Di recente, Cass., Ord., 16 novembre 2022, n. 33702, in *www.leggiditalia.it:* Il subappalto "deve ritenersi a forma libera, non ostando in senso contrario la necessità, imposta dall'art. 1656 c.c., dell'autorizzazione - o della successiva adesione - del committente, la quale non solo non deve essere espressa, ben potendo risultare anche da *facta concludentia*, ma produce il solo effetto di rendere legittimo il ricorso dell'appaltatore a tale modalità di esecuzione della propria prestazione e non anche di instaurare un diretto rapporto tra committente e subappaltatore, restando il subappalto, nonostante tale autorizzazione, un rapporto obbligatorio intercorrente tra appaltatore e subappaltatore, al quale il committente è estraneo, non acquistando diritti né assumendo obblighi verso il subappaltatore".

6 Panetta, *Il contratto di appalto*, Torino, 2016, p. 137 ss.; Rubino e Iudica: *Dell'appalto*[4], cit., p. 217. In giurisprudenza, si è espressa per la nullità del subappalto non autorizzato dal committente, Cass., 18 maggio. 1955, n. 1466, cit. Cass., 18 maggio 1955, n. 1466, cit.: "L'art. 1656 c.c., nell'esigere, per i contratti di subappalto, il consenso del committente, intende tutelare, con riguardo allo *intuitus personae*, l'interesse di quest'ultimo: trattasi, pertanto, di nullità relativa che può essere fatta valere soltanto da lui e non può essere rilevata d'ufficio". In questo senso, in dottrina, Rubino e Iudica: *Dell'appalto*[4], cit., 207; Rubino: *L'appalto*[4], cit., p. 112.
Per Giannattasio: *L'appalto*[2], cit., p. 75, il subappalto non autorizzato sarebbe annullabile, ma la sua tesi non si discosta negli effetti da quella della nullità relativa. Parla di annullabilità per incapacità speciale dell'appaltatore a stipulare un subappalto non autorizzato, Montanari: "Profili del subappalto", cit., p. 49, ove un parallelismo tra art. 1656 e art. 1471, 1° comma, n. 4. Cass., 25 ottobre 1974, n. 3142, in *Rep. Foro it.* 1975, voce *Opere pubbliche*, n. 118, in materia di appalti pubblici, aveva affermato che la mancanza di autorizzazione consentirebbe alla sola parte committente "la rescissione" del contratto (con un riferimento, evidentemente atecnico, che sembrerebbe richiamare l'annullabilità). Il medesimo riferimento è contenuto nella motivazione di Cass., 19 febbraio 2000, n. 1911, in *Foro it.*, 2001, I, c. 265. Laconicamente, in motivazione, Cass, 9 luglio 2018, n. 18016, in *www.leggitialia.it*, ha affermato che "la norma dell'art. 1656 c.c., non sanziona i subappalti non autorizzati con la nullità del contratto, essendo la stessa norma diretta a tutelare l'interesse del solo committente".
Cass., 16 luglio 2003, n. 11131, in *Arch. civ.*, 2004, p. 644, e in *Contratti*, 2004, p. 168, è invece intervenuta a proposito dell'art. 21 della legge 646 del 1982 (modificata dalle leggi n. 726 del 1982 e n. 936 del 1982), contenente la normativa penale antimafia in materia di appalti pubblici, vieta all'appaltatore di opere appaltate dalla p.a. di concedere in subappalto o a cottimo, in tutto o in parte, le opere stesse senza l'autorizzazione dell'amministrazione committente. Per il Collegio, il subappalto stipulato in violazione di tale norma imperativa è nullo ai sensi dell'art. 1418 c.c., perché in contrasto con una norma imperativa, e costituisce nel contempo grave inadempimento dell'appaltatore, che legittima la stazione appaltante a chiedere la risoluzione del contratto. Pertanto, posto che detto comportamento vietato dalla menzionata norma costituisce un fatto illecito dell'appaltatore in danno dell'amministrazione committente, lo stesso non può nel contempo rappresentare il titolo sul quale detto imprenditore fonda la richiesta di pagamento

che mentre il committente avrebbe senz'altro il potere di fare cessare l'ingerenza abusiva da parte del subappaltatore da lui non autorizzato, potrebbe però ottenere il risarcimento del danno esclusivamente quando l'abusivo subappaltatore abbia eseguito l'opera peggio del normale. In tal caso, la responsabilità dell'appaltatore sarebbe contrattuale, mentre quella del subappaltatore avrebbe natura extracontrattuale e richiederebbe quindi l'esistenza dei presupposti costitutivi dell'illecito *ex* art. 2043 c.c.[7]

Si è obiettato che al committente non può essere riconosciuta la legittimazione a far valere la nullità di un contratto a cui è estraneo, se non si tratta di nullità assoluta, in conformità ai principi generali. Per altri versi, la conclusione del subappalto in spregio all'art. 1656 c.c. concretizza una lesione dell'interesse del committente da parte dell'appaltatore, il quale è dunque inadempiente al contratto; ma tale inadempienza non potrebbe ripercuotersi sulla validità di un altro contratto, il subappalto, che l'appaltatore ha stipulato con un terzo. Pertanto, il committente può esperire nei confronti dell'appaltatore «le pretese proprie di ogni ipotesi di inadempimento, rimanendo del tutto estraneo ai rapporti tra appaltatore e subappaltatore»[8].

II. IL SUBAPPALTO COME CONTRATTO DERIVATO.

Il subappalto è un vero e proprio contratto di appalto che ha natura di contratto derivato (o subcontratto): l'appaltatore (o subcommittente) incarica un terzo (subappaltatore) di eseguire, in tutto o in parte, l'opera o il servizio che egli ha assunto[9]. La natura di contratto derivato comporta che ogni causa di estinzione dell'appalto abbia efficacia anche nel subappalto.

Il codice non fornisce né una definizione né una disciplina generale della subcontrattualità, ma essa è espressamente ammessa dalla legge, oltre che nel caso di subappalto, anche in quelli di sublocazione (art. 1594 c.c.; art. 2 e 36 legge 27 luglio 1978, n. 392), subaffitto (art. 1624 e 1649 c.c.), subdeposito (art. 1770 c.c.), submandato (art. 1717 c.c.), subcomodato (art. 1804, 2° comma, c.c.), submezzadria (art. 2149 c.c.), riassicurazione (art. 1929 c.c.), fideiussione (art. 1940 c.c.), subnoleggio (art. 394 cod. nav.).

---

delle prestazioni fatte eseguire da un terzo in violazione della norma integratrice del contratto di appalto risolto per inadempimento; il che, peraltro, si tradurrebbe nell'esecuzione di quest'ultimo contratto, invece già risolto proprio in conseguenza dell'illiceità delle prestazioni suddette. Nello stesso senso, in tema, Trib. Nocera Inferiore, 5 novembre 1997, in *Giur. mer.*, 1999, p. 889, secondo cui il contratto di subappalto stipulato in violazione di tale norma imperativa è nullo, ai sensi dell'art. 1418 c.c., ed il subappaltatore non ha titolo neppure per esercitare l'azione di indebito arricchimento.

7 Rubino e Iudica: *Dell'appalto*[4], cit., p. 218.

8 Mirabelli: *Dei singoli contratti*, cit., p. 405. Così anche Rubino Sammartano: *Appalti di opere e contratti di servizi*, Padova, 1996, p. 599.

9 Cass., 18 giugno 1975, n. 2429, in *Giust. civ. Mass.*, 1975, p. 1133, e in *Mass. Foro it.*, 1975.

Il fenomeno subcontrattuale è peraltro rimesso, quando non è esplicitamente vietato ([10]), all'autonomia dei privati, i quali possono adattarlo ad altri contratti, sia tipici – come l'appalto o il trasporto – [11], sia atipici – come il *leasing* – , purché a effetti obbligatori. Nel caso di contratti a effetti reali, invece, non sembra configurabile un subcontratto di vendita sotto forma di rialienazione del bene prima del pagamento del prezzo, giacché il trasferimento della proprietà avviene con effetto immediato per effetto del consenso e costituisce una nuova vicenda giuridica incompatibile con la permanenza dell'originario contratto che caratterizza invece il subcontratto.

La connessione del subcontratto al contratto-base è tale che il primo non può sopravvivere al secondo: mentre la cessione determina una successione nel rapporto, il subcontratto è caratterizzato da un rapporto di stretta dipendenza in termini di derivazione e subordinazione. Proprio tale dipendenza fa sì che esso venga meno, come accennato, in coincidenza con la scadenza del contratto principale o con la sua risoluzione o col suo invalidamento.

La natura giuridica del subcontratto come contratto derivato è stata variamente spiegata ([12]) e sebbene prevalgano coloro che la giustificano alla stregua del

10 Come avviene nei casi di: subenfiteusi (art. 957, 2° comma e 968 c.c.); subpegno (art. 2792 c.c.); subaffitto, sublocazione e subconduzione di fondi rustici (art. 21, legge 3 maggio 1982, n. 203); subfornitura (art. 4, legge 18 giugno 1998, n. 192); subcontratto di lavoro subordinato (legge 23 ottobre 1960, n. 1369). Si noti che la riconducibilità della subfornitura è, per lo più, negata: v., già prima della legge 18 giugno 1998, n. 192, Alpa, voce "Sub-fornitura (contratto di)", in *Noviss. Dig. it.*, Appendice VII, p. 597 ss.; nonché, adesso: Padovini: "La nuova disciplina della subfornitura nelle attività produttive", in *Studium iuris*, 1999, I, p. 1. Ma cfr. anche l'art. 4 legge cit., il quale configura, sotto la rubrica "divieto di interposizione", la possibilità di dar luogo ad un subcontratto (sub-subfornitura).

11 Cass., 7 maggio 1999, n. 4593, in *Dir. maritt.*, 2001, p. 1377, con nota di Contini, in motivazione, dopo aver premesso che il subtrasporto "per quanto non previsto da una specifica norma deve ritenersi ammissibile sulla base dei principi generali, ha affermato che «si ha contratto di trasporto con subtrasporto, quando il vettore, impegnatosi ad eseguire il trasporto delle cose dal luogo di consegna a quello di destinazione, esegue con i mezzi propri soltanto una parte di esso, avvalendosi, quanto al resto, dell'opera di altro vettore, con il quale conclude in nome e per conto proprio un contratto di subtrasporto, nel quale assume la veste di mittente e che opera indipendentemente dal primo, non istituendosi alcun rapporto tra l'originario mittente ed il vettore del subtrasporto che, di fronte a quello, agisce quale ausiliario del vettore originario". Ha poi aggiunto che, poiché nel contratto di trasporto di cose con subtrasporto non esiste un rapporto contrattuale tra il mittente ed il subvettore, non esiste una responsabilità solidale contrattuale di quest'ultimo nei confronti del mittente, nei cui confronti risponde esclusivamente il vettore.
Cass., 26 maggio 1994, n. 5165, in *Dir. maritt.*, 1995, p. 1012, con nota di Pesce: "nell'ambito del trasporto con pluralità di vettori si individua la figura del trasporto con sub - trasporto la quale ricorre nell'ipotesi in cui il vettore si obbliga verso il mittente ad eseguire il trasporto del luogo di consegna delle cose da trasportare al luogo di destinazione, avvalendosi, in tutto o in parte, dell'opera di un sub - vettore. In tal caso il primo si obbliga ad eseguire la prestazione di trasporto per l'intero percorso e perciò assume, egli soltanto ed interamente, gli obblighi e le responsabilità ed acquista i diritti inerenti alla esecuzione del contratto. Questa circostanza, peraltro, non esclude la legittimazione del destinatario a fare valere i propri diritti verso il sub - vettore ciò in quanto, configurandosi il contratto di trasporto come stipulazione a favore di terzo, il detto destinatario può esercitare tali pretesi nella qualità di terzo beneficiario del contratto". Conf.: Cass., 21 ottobre 1991, n. 11108, in *Mass. Foro it.*, 1991.

12 Albanese: *L'appalto*, cit., p. 230 ss.; Chinè e Miliano: "Il subcontratto tra teoria generale ed ipotesi tipiche", in *Giust. civ.*, 1993, II, p. 573; Pisani: "Il subcontratto", in *Nuova Giur. civ. comm.*, 1999, II, p. 245); Ricciuto: in *Enc. giur.*, voce "Sub-contratto", XXX, p. 1 ss.; Messineo: in *Enc. del dir.*, voce "Contratto derivato-Subcontratto", X, p. 80 ss.; Baccigalupi: "Appunti per una teoria del subcontratto", in *Riv. dir. comm.*, 1943, I, p. 190. V. in giurisprudenza Cass., 11 agosto 1990, n. 8202, in *Mass. Giur. it.*, 1990.

collegamento negoziale[13], v'è chi preferisce fare riferimento alla accessorietà[14] o alla subderivazione quale autonoma figura di dipendenza di un contratto rispetto ad un altro[15], mentre non ha riscosso successo il tentativo di ricostruire il fenomeno come contratto a favore di terzo, intendendo come terzo il titolare della posizione attiva del contratto-base[16].

Sembra più convincente la tesi prevalente. Con specifico riguardo al rapporto tra appalto e subappalto, si è chiarito in dottrina che il contratto "derivato" deve considerarsi un caso di collegamento tra due contratti, i quali, pur conservando autonoma causa ed esistenza, sono coordinati in funzione di unitaria operazione economica, con la possibilità che le vicende di uno si ripercuotano sull'altro[17]. Trattasi di un collegamento unilaterale, in cui il contratto derivato è accessorio al contratto base, del quale presuppone l'esistenza e dal quale è condizionato quanto a validità ed efficacia. Pertanto, determinando il collegamento contrattuale una

13 Carresi: *La cessione del contratto*, Milano, 1950, p. 317; Gasperoni: "Collegamento e connessione tra negozi", in *Riv. dir. comm.*, 1955, I, p. 378; Ricciuto: in *Enc. giur.*, cit., p. 10; Chinè e Miliano: "Il subcontratto", cit., p. 589 ss., p. 593); Clarizia: *La cessione del contratto*, in *Commentario Schlesinger*, Milano, 2005, p. 81 ss.
Contro: Bianca: *Diritto civile*, 3, *Il contratto*, 2ª ed., Milano, 2002, p. 730, e Gazzoni: *Manuale di diritto privato*, 13ª ed., Napoli, 2007, p. 1044, secondo i quali manca l'obiettivo del raggiungimento di un interesse unitario, cui dovrebbero tendere i vari negozi se si trattasse di collegamento negoziale.
Cass., 27 aprile 1995, n. 4645, in *Mass. Foro it.*, 1995: "Il collegamento contrattuale, che può risultare tipizzato legislativamente, come nel caso della sub-locazione, o può essere espressione dell'autonomia negoziale, è un meccanismo attraverso il quale le parti perseguono un risultato economico unitario e complesso non per mezzo di un singolo contratto ma attraverso una pluralità coordinata di contratti, ciascuno dei quali, pur conservando una causa autonoma, è finalizzato ad un unico regolamento di interessi, sicché le vicende che investono uno dei contratti, quali quelle relative all'invalidità, l'inefficacia o la risoluzione, possono ripercuotersi sull'altro. Pertanto il criterio distintivo fra contratto unico e contratto collegato non è dato da elementi formali quali l'unità o la pluralità dei documenti contrattuali (ben potendo un contratto essere unico anche se ricavabile da più testi e, per converso, un unico testo riunire più contratti) e la mera contestualità delle stipulazioni, ma dall'elemento sostanziale consistente nell'unicità e pluralità degli interessi perseguiti".
Anche il richiamo ad una generica derivatività è frequente nella giurisprudenza, che ne trae conseguenze sul piano processuale. Cass., 10 febbraio 1996, n. 1038, in *Giur. it.*, 1997, I, 1, p. 496: "Nel caso in cui venga concessa in affitto a terzi l'azienda del conduttore di un bene immobile, non si verifica la cessione del contratto di locazione (con la conseguente successione del cessionario nei diritti contrattuali prima facenti capo al conduttore cedente), ma si realizza un'ipotesi di sublocazione, che non determina successione nel rapporto contrattuale di locazione, ma dà vita invece ad un rapporto derivato, senza alcun vincolo diretto tra il locatore originario ed il subconduttore. Quest'ultimo non essendo titolare di alcuna posizione giuridica avente ad oggetto il rapporto di locazione primario, può partecipare al giudizio in cui si discute della risoluzione di tale rapporto, solo in veste di interventore adesivo dipendente (in appoggio al conduttore - subconduttore), per i riflessi che quel giudizio è in grado di produrre sul rapporto derivato di sublocazione, e non è quindi legittimato a riassumere il processo interrotto, essendo i poteri dell'interventore subordinati all'attività della parte principale adiuvata".

14 Carbone: "La cessione del contratto", in *Trattato di diritto privato*, diretto da M. Bessone, vol. XIII, *Il contratto in generale*, tomo VI, Torino, 2000, p. 321.

15 Bianca: *Diritto civile*, 3, *Il contratto*, cit., p. 730.

16 Si tratterebbe di un accollo *ex lege*, aperto, tramite l'azione diretta, all'adesione del contraente originario, la quale avrebbe «natura di requisito o di presupposto dell'efficacia esterna dell'accollo contenuto in ognuna delle ipotesi subcontrattuali», per Grasso: *Il subcontratto*, Napoli, 1977, p. 133; Id.: "Il subappalto nel sistema del codice civile", in *L'appalto privato*, a cura di Costanza, Torino, 2000, p. 17 ss. In senso contrario, può osservarsi che le parti non hanno alcun intento di favorire il titolare della posizione attiva del contratto-base.

17 De Tilla: *L'appalto privato: percorsi giurisprudenziali*, Milano, 2011, p. 39 ss.; Anzani: in *Codice dell'appalto privato*[2], a cura di A. Luminoso, Milano, 2016, p. 362 ss.; Cigliola: *Il contratto di subappalto*, in *I contratti del commercio, dell'industria e del mercato finanziario*, in Trattato diretto da Galgano, Torino, II, Torino, 1995, p. 1403.

subordinazione del subappalto all'appalto principale, le vicende di quest'ultimo si ripercuotono sul subcontratto e si trasmettono, quindi, per una sorta di osmosi, le cause di invalidità e di risoluzione.

La sorte del subappalto è condizionata a quel che avverrà nel rapporto principale di appalto: ad esempio, se nei confronti del subappaltatore vi è stata accettazione senza riserva da parte dell'appaltatore, tale accettazione è da ritenere condizionata al fatto che il committente a sua volta accetti l'opera senza riserve[18].

Poiché il subappalto è a sua volta un appalto, vale per esso la medesima regolamentazione normativa prevista dagli artt. 1655 ss. c.c. Se non esiste un patto specifico, quindi, al subappalto, quale contratto derivato, si applica la stessa disciplina legale del contratto base, non diversamente da quanto avviene negli altri subcontratti (subcomodato, sublocazione), escluse quelle disposizioni normative che fanno eccezione alla regola e che concedono particolari benefici[19].

Quanto, invece, alle previsioni pattizie contenute nel contratto base, la legge non richiede che patti e condizioni del contratto di appalto si trasfondano nel subappalto, il quale conserva la sua autonomia: subcommittente e subappaltatore ben possono regolare il rapporto in modo difforme da quello del contratto di appalto, stabilendo condizioni, modalità, prezzi, tempi di esecuzione e consegna e in generale clausole diverse da quelle del contratto base[20]. L'applicazione delle clausole dell'appalto al subappalto non è quindi automatica, bensì rimessa all'autonomia contrattuale delle parti, ciascuna delle quali è vincolata nei limiti del rapporto cui partecipa.

Negli accordi che danno vita a una integrazione orizzontale, peraltro, è frequente la clausola del subappalto che commisura il corrispettivo del subappaltatore su quello stabilito nel contratto principale, detratta una percentuale trattenuta dal

18 Cass., 11 agosto 1990, n. 8202, in *Mass. Giur. it.*, 1990.

19 Cass., 18 giugno 1975, n. 2429 (*Mass. Foro it.*, 1975, 580). Di Gregorio, in Di Gregorio, *L'appalto privato e pubblico*, Torino, 2013, p. 122 ss.; Piroddi: "Il contratto di subappalto", in Cuffaro (a cura di), *I contratti di appalto privato*, in *Trattato dei contratti*, a cura di P. Rescigno-E. Gabrielli, Torino, 2011, p. 335 ss.; Cervale: "La responsabilità dei subappaltatori", in *Domenico Rubino*, a cura di P. Perlingieri e Polidori, II, Napoli, 2009, p. 1055 ss.; Giannattasio: *L'appalto*[2], cit., p. 70 s.

20 Cass., 24 luglio 2000, n. 9684, in *Contratti*, 2000, p. 1155: "Non v'è ragione, quindi, per ritenere che al subappalto di opera pubblica debba integralmente applicarsi la disciplina del contratto da cui deriva, nel senso che le parti non possano stabilire condizioni, modalità e clausole diverse da quelle che nel contratto base trovano applicazione in attuazione della normativa in tema di appalti pubblici: a questa conclusione è pervenuta autorevole dottrina, secondo cui appalto e subappalto sono disciplinati ciascuno dalle proprie pattuizioni e solo nel silenzio delle parti al subappalto si applica la disciplina dell'appalto di opera pubblica, con la conseguenza che, nei rapporti tra p.a. ed appaltatore, il subappalto autorizzato non influisce in alcun modo sugli obblighi e diritti che sorgono dall'appalto e, nei rapporti tra p.a. e subappaltatore, l'autorizzazione al subappalto significa solo che esso è consentito, non importando la comparsa di un nuovo soggetto nel rapporto originario, né il nascere di un rapporto giuridico tra la stessa p.a. ed il subappaltatore". Nella specie, le parti avevano stabilito pattiziamente il foro esclusivo del tribunale poi adito per la decisione di qualsiasi controversia; così facendo, avevano inteso chiaramente escludere la competenza arbitrale e regolare autonomamente tale aspetto del rapporto tra loro instaurato. Negli stessi termini, Cass., 26 luglio 2000, n. 9791, in *Giust. civ.*, 2001, I, p. 767.

subappaltante a remunerazione della direzione dei lavori e del rischio contrattuale che incombe su di lui (nei confronti del committente). Se il corrispettivo pattuito nell'appalto principale si incrementa per effetto di mutamenti successivi, come varianti in corso d'opera, revisioni dei prezzi, ecc., muta correlativamente il corrispettivo del subappaltatore, giacché "il contratto di subappalto fa riferimento al contratto di appalto principale non come all'originario documento contrattuale, ma come alla fonte dei diritti e delle obbligazioni delle parti, quale risulta dal testo originario e dalle sue modifiche successive"[21].

In generale, per tutti i tipi di subappalto è frequente la c.d. clausola *if and when*, in base alla quale il subappaltante dovrà versare il corrispettivo al subappaltatore solo dopo che sia stato a sua volta pagato dal committente: per conseguenza, il rischio dell'insolvenza del committente o del suo ritardo nell'adempimento non incombe più soltanto sul subappaltante, ma vi partecipa anche il subappaltatore. Resta inteso che la clausola del contratto di subappalto, che subordini l'obbligazione del pagamento del corrispettivo al pagamento da parte del committente principale, regola il "quando" e non l'*an* della prestazione, con la conseguenza che l'appaltatore sarà tenuto all'adempimento al momento dell'esecuzione della prestazione da parte del committente principale o dell'intervenuta impossibilità della medesima[22].

Il contratto di subappalto fa piena prova degli impegni assunti dal subappaltatore. Delle eventuali discordanze fra quanto stabilito nel contratto di appalto e quanto nel contratto di subappalto, circa l'esecuzione dell'opera, è il subappaltante che deve rispondere nei confronti del committente[23].

III. L'AUTONOMIA DEL SUBAPPALTATORE.

Anche per il contratto di subappalto, non diversamente da quello di appalto, l'autonomia costituisce un elemento naturale.

Dall'autonomia del subappaltatore, nell'esecuzione delle opere affidategli dall'appaltatore - subcommittente, discende altresì che il committente sia estraneo al rapporto obbligatorio che intercorre tra appaltatore e subappaltatore: il committente non acquista diritti né assume obblighi verso il subappaltatore. Il consenso del committente, preventivo o successivo, richiesto dall'art. 1656 c.c., vale solo a rendere legittimo il subappalto, ma non è idoneo ad instaurare alcun diretto rapporto tra committente e subappaltatore. È solo verso il subcommittente e non

21 Galgano: *Tratt. dir. civ.*[2], II, cit., p. 658.

22 App. Milano, 28 novembre 2000, in *Giur. it.*, 2001, p. 1200. In dottrina, sulle clausole, apposte al contratto di appalto, *if and when* e *pay when paid*: Polidori: *Appalto*, in *Tratt. Dir. Civ. CNN* diretto da P. Perlingieri, Napoli, 2015, p. 220.

23 Cass., 19 agosto 2010, n. 18745, in *Contratti*, 2010, p. 1031.

anche nei confronti del committente, che il subappaltatore può rivolgersi ai fini del pagamento[24].

Analogamente, il subappaltatore si deve considerare terzo rispetto al contratto di appalto e non vincolato ad esso, salvo che per le clausole richiamate nel contratto di subappalto. Salvo diversi accordi, egli risponde della relativa esecuzione nei confronti del solo appaltatore.

L'autonomia del subappaltatore nell'esecuzione della prestazione comporta che egli sia tenuto a segnalare al subcommittente gli inconvenienti derivanti dalle direttive ricevute, giacché rimane responsabile anche nel caso di affidamento dell'incarico sulla base di un progetto già predisposto. Il subappaltatore può essere esentato da responsabilità soltanto nel caso estremo che, nonostante le sue segnalazioni, il subcommittente abbia confermato le precedenti disposizioni, riducendosi così, il ruolo del subappaltatore, al rango di *nudus minister*[25].

Per altri versi, da tale premessa di principio non può trarsi il convincimento che debba essere necessariamente escluso il concorso di responsabilità del subcommittente, dovendosi aver riguardo alla specificità dei singoli episodi ed alle modalità con le quali si è verificato l'evento dannoso.

Va tenuto presente che, esattamente come avviene nei rapporti tra committente e appaltatore, anche in quelli tra subcommittente e subappaltatore occorre adottare tutte le misure necessarie a tutelare l'integrità e la salute dei lavoratori; misure, queste, in assenza delle quali ben può ravvisarsi, assieme alla responsabilità del subappaltatore, una responsabilità concorrente del subcommittente, anche qualora i soggetti danneggiati siano i lavoratori dell'impresa subappaltatrice[26].

24 Cass., Ord., 27 agosto 2019, n. 21719, in *Studium juris*, 2020, p. 336; Cass., 18 luglio 1984, n. 4186, in *Mass. Foro it.*, 1984. A tale principio non si sottrae l'esperimento dell'azione per il pagamento dell'indennizzo spettante all'appaltatore in caso di recesso del committente, di cui all'art. 1671 c.c., rivestendo anche quest'ultima natura contrattuale (Cass., 2 agosto 2011, n. 16917, in *Mass. Foro it.*, 2011).

25 Cass., 13 febbraio 2009, n. 3659, in *Contratti*, 2009, p. 593; Cass., sez. lav., 2 marzo 2005, n. 4361, *ivi*, 2005, p. 921; Cass., 6 agosto 2004, n. 15185, in *Giur. Bollettino legisl. tecnica*, 2005, p. 156; Cass., sez. lav., 23 marzo 1999, n. 2745, in *Bollettino legisl. tecnica*, 1999; Cass., 24 settembre 2008, n. 24008, in *Contratti*, 2008, p. 1143: "Nei confronti del committente scatta un diritto di risarcimento in via solidale se l'appaltatore abbia smistato una parte dei lavori al subappaltatore sorvegliando opera e organizzazione, trattandosi di autonomia limitata del subappaltatore. Anche in tema di subappalto, il sub-committente risponde nei confronti dei terzi in luogo del subappaltatore, ovvero in via solidale con lui, quando - esorbitando dalla mera sorveglianza sull'opera oggetto del contratto al fine di pervenire alla corrispondenza tra quanto pattuito e quanto viene ad eseguirsi - abbia esercitato una concreta ingerenza sull'attività del subappaltatore al punto da ridurlo al ruolo di mero esecutore ovvero agendo in modo tale da comprimerne parzialmente l'autonomia organizzativa, incidendo anche sulla utilizzazione dei relativi mezzi".

26 Riguardo al subappalto v. Cass., sez. lav., 19 aprile 2006, n. 9065, in *Impresa*, 2006, p. 1179; Cass., 15 novembre 2013, n. 25758, in *Dir. e Giust.*, 2013, p. 1479 (nella cui fattispecie il giudice di legittimità - in relazione ai danni subiti da un artigiano a causa della caduta da un'impalcatura alta dodici metri, ove si era arrampicato, privo di cinture di sicurezza e di altri dispositivi di protezione, per eseguire su incarico della società subappaltatrice un intervento all'interno di un cantiere edile della società appaltatrice - ha riconosciuto un concorso di colpa delle due società, sul presupposto che la vittima del sinistro, abilitato ad accedere al cantiere, avrebbe dovuto trovare "in loco" tutte le provvidenze necessarie a garantirgli

Quando, poi si tratti dell'esecuzione di lavorazioni pericolose per la loro natura, l'appaltatore che subappalti a terzi l'esecuzione di parte dei lavori oggetto del contratto di appalto, non può trasferire tutti gli obblighi collaterali del contratto di appalto sul subappaltatore, ancorché lo stesso debba considerarsi autonomo ed esperto. Restano infatti a carico dell'appaltatore i doveri protettivi e di sicurezza, il cui inadempimento rende configurabile a suo carico la responsabilità di cui all'art. 2050 c.c., per gli eventuali danni riportati dal subappaltatore[27]. In tali ipotesi, la qualificazione dell'attività svolta come oggettivamente pericolosa, per gli stessi mezzi adoperati pone, inoltre, il tema della applicabilità dell'art. 2050 c.c. con il relativo regime dell'onere della prova di avere adottato tutte le misure idonee ad evitare danni; tenuto presente che la prova di aver adottato tutte le misure idonee ad evitare il danno richiesta dalla giurisprudenza è particolarmente rigorosa, nel senso che "non basta la prova negativa di non aver commesso alcuna violazione delle norme di legge o di comune prudenza, ma occorre quella positiva di avere impiegato ogni cura o misura volta ad impedire l'evento dannoso, di guisa che anche il fatto del danneggiato o del terzo può produrre effetti liberatori solo se per la sua incidenza e rilevanza sia tale da escludere, in modo certo, il nesso causale tra attività pericolosa e l'evento e non già quando costituisce elemento concorrente nella produzione del danno, inserendosi in una situazione di pericolo che ne abbia reso possibile l'insorgenza a causa dell'inidoneità delle misure preventive adottate"[28].

Si applica anche al subappalto la previsione contenuta nell'art. 1676 c.c., in base alla quale i dipendenti dell'appaltatore hanno azione diretta verso il committente, fino a concorrenza del debito del committente verso l'appaltatore, per conseguire quanto loro dovuto per l'attività prestata nell'esecuzione dell'appalto. La soluzione, infatti, non può che valere anche per i dipendenti del subappaltatore nei confronti del subcommittente, in considerazione della *ratio* della norma, ravvisabile nell'esigenza di assicurare una particolare tutela in favore dei lavoratori ausiliari dell'appaltatore, atta a preservarli dal rischio del suo inadempimento; *ratio*, questa, che ricorre identica nell'appalto e nel subappalto[29].

---

di lavorare in condizioni di sicurezza, non essendo stato provato che l'onere dell'apprestamento delle necessarie cautele gravasse, in via esclusiva, sulla società subappaltatrice).

27 Cass., 2 luglio 2010, n. 15723, in *CED Cassazione*, 2010. In applicazione di tale principio, la S.C. ha cassato la sentenza impugnata, la quale aveva escluso la responsabilità dell'impresa appaltatrice delle operazioni di taglio di un albero di alto fusto per la morte di un operaio al quale era stata affidata in subappalto l'esecuzione dell'incarico.

28 Cass. 4 giugno 1998 n. 5484, in *Giur. it.*, 1999, p. 707 (a proposito del danno provocato dallo scoppio di una bombola di gas). Secondo la giurisprudenza il limite della responsabilità di cui all'art. 2050 c.c. sta nel fortuito, che attiene al modo di causazione del danno. Viene così considerato come "fortuito" il fatto imprevedibile o eccezionale che è anche dello stesso danneggiato.

29 Trib. Catania, 21 novembre 2019, in *www.leggiditalia.it,* nonché, per gli appalti pubblici, App. Catania, sez. lav., 25 ottobre 2019, *ivi*, secondo cui l'art. 1676 c.c. si applica anche al subappalto di lavori pubblici, "sia perché il subappalto è un vero e proprio contratto di appalto, seppure caratterizzato da derivazione da altro contratto di appalto, sia perché, nell'appalto e nel subappalto, ricorre la stessa esigenza di tutela dei lavoratori, onde preservarli dal rischio di inadempimento del datore di lavoro".

L'azione non compete, invece, al subappaltatore, il quale non può richiedere di essere retribuito al committente se non vi provveda il subcommittente: l'art. 1676 cit. legittima all'azione diretta verso il committente soltanto gli ausiliari dell'appaltatore. Il subappalto, invero, costituisce un contratto autonomo (sia pure derivato) dal contratto di appalto, al quale il committente rimane estraneo nonostante l'autorizzazione *ex* art. 1656 c.c. Ne consegue che il subappaltatore è privo di azione nei confronti del committente per far valere le pretese nascenti dal contratto, in applicazione della regola generale di cui all'art. 1372 c.c., 2° comma, c.c., a norma del quale il contratto non produce effetto rispetto ai terzi se non nei casi previsti dalla legge.

IV. LA RESPONSABILITÀ DEL SUBAPPALTATORE PER I VIZI O LE DIFFORMITÀ DELL'OPERA.

Caratteristica del subcontratto è, in genere, l'azione diretta concessa al titolare della posizione attiva del contratto-base nei confronti del titolare della posizione passiva del subcontratto. L'art. 1595 c.c., ad esempio, sancisce il diritto del locatore, senza pregiudizio dei suoi diritti verso il conduttore, di agire in via diretta contro il subconduttore per esigere il prezzo della subconduzione e per costringerlo ad adempiere tutte le altre obbligazioni derivanti dal contratto di sublocazione. Analogamente, il 4° comma dell'art. 1717 c.c. afferma che il mandante può agire direttamente contro la persona sostituita dal mandatario.

È fortemente discusso, peraltro, che l'azione diretta possa essere esercitata, quanto meno grazie all'analogia, in tutte le altre ipotesi di subcontrattualità ove non è espressamente prevista ([30]). Ciò è stato ammesso in materia di subleasing ([31]). È stato escluso, all'opposto, per l'appalto.

Infatti, l'assenso del committente al sub-appalto va inteso come mera autorizzazione, essendo diretta la norma dell'art. 1656 c.c. a tutelare l'interesse del committente e non già a costituire un nuovo e diverso rapporto tra committente e subappaltatore; ne consegue che nonostante l'autorizzazione, il subappalto resta un rapporto obbligatorio che intercorre tra appaltatore e subappaltatore, al quale il committente è estraneo, non acquistando diritti né assumendo obblighi verso il subappaltatore.

30 Cfr. la ricostruzione del dibattito in Vecchi: *L'azione diretta*, Padova, 1990.

31 Trib. Milano, 30 marzo 1987, in *Riv. it. leasing*, 1987, p. 451, ha concesso l'azione diretta alla società di leasing, affinché ottenesse dal subutilizzatore le somme non corrisposte dall'utilizzatore. Trib. Milano, 6 febbraio 1986 (*ibid.*, p. 451), si è invece soffermato sulla distinzione tra subleasing e cessione del contratto di leasing: "Nel caso di subentro del sub-utilizzatore nel contratto di locazione finanziaria, ove la società concedente richieda canoni nella stessa misura pattuita originariamente tra essa e l'utilizzatore sub-concedente, il rapporto è qualificabile come ordinaria cessione del contratto; al contrario, ove la società concedente richieda al sub-utilizzatore canoni nella stessa misura pattuita tra il sub-utilizzatore ed il sub-concedente, il rapporto è qualificabile come subleasing".

Il committente, dunque, non ha azione diretta contro il subappaltatore[32].

In linea generale, egli può agire soltanto contro l'appaltatore, per far valere i vizi e le difformità ai sensi degli artt. 1667 e 1668 c.c.

Il subappaltatore, a sua volta, gode di autonomia nell'esecuzione delle opere affidategli dal subcommittente, sicché è, di massima, responsabile soltanto nei confronti della sua controparte contrattuale (l'appaltatore-subcommittente), mentre non ha rapporti col committente, con il quale non ha stipulato alcun contratto.

Nei confronti del subappaltatore, pertanto, il committente può soltanto esercitare i controlli e le verifiche di cui all'art. 1662 c.c., non in proprio, ma attraverso l'azione surrogatoria, e quindi soltanto qualora l'appaltatore-subcommittente trascuri di esercitare tale diritto.

Per il resto, il committente può e deve rivolgersi esclusivamente all'appaltatore-subcommittente, il quale potrà, eventualmente, agire poi in regresso nei confronti del subappaltatore, purché, ai sensi dell'art. 1670 c.c., gli abbia comunicato la denuncia dei vizi (ad opera del committente) entro sessanta giorni da quando l'ha ricevuta: sia che il committente faccia valere la garanzia *ex* art. 1667 c.c. sia che lamenti rovina o gravi difetti *ex* art. 1669 c.c.

Tuttavia, laddove il subappaltatore, diversamente, intrattenga rapporti contrattuali diretti con il committente, deve per ciò solo escludersi l'esistenza di un subappalto, con conseguente piena ed esclusiva responsabilità dell'asserito subappaltatore per i danni arrecati nella esecuzione dei lavori[33].

Il termine di sessanta giorni fissato dall'art. 1670 c.c., che è termine di decadenza, risponde all'esigenza di consentire al subappaltatore di accertare le lamentate irregolarità ed eventualmente porvi rimedio. I sessanta giorni decorrono dal momento in cui l'appaltatore ha ricevuto la contestazione del committente.

L'appaltatore è tenuto alla denuncia non soltanto nell'ipotesi in cui agisca in regresso nei confronti del subappaltatore, ma anche in quella, speculare, in cui sia il subappaltatore ad agire nei suoi confronti per inadempimento. In entrambe le

32 Rubino e Iudica: *Dell'appalto*[4], cit., p. 215; Giannattasio: *L'appalto*[2], cit., 76; Mirabelli, *Dei singoli contratti*, cit., p. 404. In senso contrario, Vecchi: *L'azione diretta*, cit.; Baccigalupi: "Appunti per una teoria del subcontratto", in *Riv. dir. comm.*, 1943, I, p. 196; Messineo: *Dottrina generale del contratto*, cit., p. 429, per i quali l'azione diretta sarebbe propria di ogni figura di subcontratto. Tra le tante, Cass., 11 agosto1990, n. 8202, in *Mass. Giur. it.*, 1990.

33 È il caso posto all'attenzione di App. Genova, 10 luglio 2007, in *www.leggiditalia.it*. I rapporti contrattuali diretti con il committente erano nella specie provati da produzioni documentali, quali il preventivo-capitolato dattiloscritto con timbro dell'asserito subappaltatore, le quietanze per alcuni pagamenti in acconto, la ricevuta fiscale rilasciata dallo stesso soggetto.

ipotesi, la pretesa dell'appaltatore di andare esente dal pagamento del corrispettivo trova fondamento nel vizio dell'opera, contestato dal committente. Diversamente opinando, si differenzierebbero le due situazioni, che sono il rovescio della stessa medaglia, del tutto irragionevolmente: la pretesa di andare esente dal pagamento del corrispettivo dell'appaltatore, infatti, trova fondamento, in entrambe le ipotesi (nel primo, agendo in regresso, e nel secondo, eccependo l'avverso inadempimento) nel vizio dell'opera contestato dal committente[34].

L'art. 1670 c.c. si applica anche nell'ipotesi dei vizi palesi, diversamente dalla denunzia del committente prevista dagli artt. 1667 s. e 1669 c.c., che è atto successivo all'accettazione e vale quindi soltanto in relazione ai vizi occulti[35].

Prima della formale denuncia del committente, l'appaltatore non ha interesse ad agire in regresso nei confronti del subappaltatore, atteso che il committente potrebbe accettare l'opera nonostante i vizi palesi, non denunciare mai i vizi occulti oppure denunciarli tardivamente. "L'azione dell'appaltatore è condizionata alla sua condanna nei confronti del committente; l'appaltatore convenuto in giudizio da questo può, però, chiamare nello stesso giudizio il subappaltatore, ma può anche iniziare azione separata, il cui esito rimarrà condizionato all'esito della lite con il committente. In ogni caso, il contenuto della responsabilità del subappaltatore è determinato dalla domanda del committente ed avrà come oggetto l'eliminazione del vizio, la riduzione del prezzo o la risoluzione del rapporto, a seconda che l'una o l'altra pretesa sia stata avanzata dal committente, indipendentemente dalla rilevanza del vizio o della difformità nell'ambito del rapporto di subappalto"[36].

Peraltro, è discusso se la denuncia effettuata, anziché dall'appaltatore, dal committente direttamente al subappaltatore, consentendo a quest'ultimo di eliminare tempestivamente i vizi o di contestarli, sia o meno idonea a raggiungere il medesimo scopo della denuncia effettuata dall'appaltatore ai sensi dell'art. 1670 c.c.

In senso affermativo, "se lo scopo della denuncia prevista dall'art. 1670 c.c., è di informare il subappaltatore dell'esistenza della denuncia che l'appaltatore ha ricevuto dal committente, nonché di consentirgli di eliminare i vizi tempestivamente o di contestarli, si deve ritenere che tale scopo sia raggiunto nel caso in cui il committente comunichi direttamente la denuncia al subappaltatore, com'è avvenuto nella fattispecie in esame"[37].

34 Cass., Ord., 22 ottobre 2020, n. 23071, in *Studium juris*, 2021, p. 644, in motivazione.

35 De Renzis: "La responsabilità dei subappaltatori e le cause di estinzione dell'appalto disciplinate dagli artt. 1671, 1672 e 1673 c.c.", in *L'appalto privato*, a cura di Costanza, Torino, 2000, p. 190.

36 Mirabelli: *Dei singoli contratti*, cit., p. 454; Così anche Cass., 11 novembre 2009, n. 23903, in *Bollettino legisl. tecnica*, 2010, p. 185.

37 Cass., 18 dicembre 2014, n. 26686, cit.

In senso contrario, si è affermato che poiché i rapporti di appalto e di subappalto sono autonomi e la detta comunicazione ha natura comunicativa o partecipativa, la denuncia debba "provenire dall'appaltatore o da suo incaricato e non già *aliunde* come, ad esempio, dal committente-appaltante principale». Occorre infatti che «non solo il destinatario, ma anche la fonte della dichiarazione si identifichino con i soggetti sulle cui sfere giuridiche gli effetti legali, impeditivi della decadenza, sono destinati a prodursi"[38].

La natura recettizia della comunicazione induce questo secondo, più rigoroso, orientamento a escludere la sufficienza della conoscenza *aliunde* da parte del destinatario del contenuto dichiarativo per la produzione dell'effetto giuridico, in quanto legata a visioni della recettizietà degli atti unilaterali parificata a un mero meccanismo a finalità informativa[39]. In realtà, va sottolineata anche per gli atti giuridici in senso stretto la necessità che il comportamento che li genera sia sorretto da coscienza e volontà del comportamento stesso (c.d. *suitas*), anche se non degli effetti; onde una ricezione di un contenuto dichiarativo da parte del destinatario, in assenza di attribuibilità della dichiarazione al dichiarante legittimato, non consente di ritenere non solo e non tanto il sussistere della "ricezione", ma ben più pregnantemente il sussistere, necessariamente preliminare, di un atto qualificabile come dichiarazione a riceversi.

Nel caso di specie, ammettere al di fuori di ogni conferimento di poteri rappresentativi che un terzo - quale è e resta l'appaltatore principale - possa effettuare in luogo del subcommittente legittimato la comunicazione (o suo equipollente) al subappaltatore *ex* art. 1670 c.c. equivale a ridurre - come ritenuto appunto dal primo orientamento giurisprudenziale riportato - la comunicazione a mera acquisizione di informazione, surrogabile quindi quanto alla fonte, laddove essa ha invece natura appunto comunicativa o partecipativa, non priva cioè di un coefficiente relazionale che impone, in base agli artt. 1669 e 1670 c.c., per quanto qui interessa, che non solo il destinatario ma anche la fonte della dichiarazione si identifichino con i soggetti sulle cui sfere giuridiche gli effetti legali (per quanto rileva, impeditivi della decadenza) sono destinati a prodursi, con *suitas* dell'attività comunicativa rispetto all'emittente.

Va inoltre ribadito e considerato, ancora una volta, che la giurisprudenza non riconosce all'appaltatore interesse ad agire in regresso nei confronti

38 Cass., Ord., 8 ottobre 2018, n. 24717, cit., che in motivazione prende espressamente posizione contro la sentenza di cui alla nota prec.

39 Cfr. ad es. per altre tipologie di atti Cass., 6 maggio 1986, n. 3032, in *Mass. Giur. it.*, 1986; Cass., 26 marzo 1997, n. 2678, in *Giust. civ.*, 1990, I, p. 149; e v., *mutatis mutandis* rispetto al tema trattato della recettizietà degli atti tributari, Cass., sez. un., 2 ottobre 2015, n. 19704, in *Dir. e Prat. Trib.*, 2015, p. 1225; v. ancora, quanto all'esigenza che il rappresentante sia munito di procura, nella denuncia dei vizi della cosa venduta e nell'appalto, Cass., 30 ottobre 1998, n. 10854, in *Mass. Giur. it.*, 1998; Cass., 14 maggio 2008, n. 12130, in *Mass. Giur. it.*, 2008.

del subappaltatore *ex* art. 1670 c.c., prima della formale denuncia (*rectius* - è da ritenersi - o della mancata accettazione) del committente principale, sull'argomento che il committente stesso potrebbe accettare l'opera nonostante i vizi palesi, non denunciare mai i vizi occulti oppure denunciarli tardivamente. Ebbene, l'argomento è probante: anche l'appaltatore che abbia ricevuto denuncia dal proprio committente, stante la specularità di situazioni, potrebbe farsi carico in proprio dell'eliminazione dei vizi, senza voler agire in regresso (eventualmente, ma non necessariamente, in relazione a intese tra le parti del contratto derivato).

Rispetto a tale dato parrebbe dunque incoerente ammettere che, da un lato, le parti del contratto derivato restino sovrane circa la sorte sostanziale del loro rapporto, mentre il rapporto stesso, d'altro lato, resti soggetto a iniziative di un terzo (ad es. il committente principale). Se ciò fosse concesso, un terzo, partecipando in via diretta al subappaltatore l'esistenza di difetti (semmai senza portare nel contempo la denuncia a conoscenza dell'appaltatore-subcommittente), si arbitrerebbe di intervenire sullo stesso rapporto derivato, impedendo un effetto decadenziale legale non privo di valore ai fini della certezza delle situazioni giuridiche.

Va quindi apprezzato il principio di diritto secondo il quale la denuncia al subappaltatore deve essere effettuata dall'appaltatore (o da suo incaricato) e non ha valore giuridico ai sensi dell'art. 1670 c.c. se effettuata, invece, dal committente direttamente.

La natura di contratto derivato o subcontratto comporta che, poiché la sorte del subappalto è condizionata a quella del contratto di appalto, le norme sulla responsabilità per difformità e vizi dell'opera (artt. 1667 e 1668 c.c.) troveranno applicazione, con le seguenti differenze:

a) con riguardo all'opera eseguita dal subappaltatore, l'accettazione senza riserve dell'appaltatore è condizionata dal fatto che il committente accetti l'opera senza riserve;

b) l'appaltatore non può agire in responsabilità contro il subappaltatore prima ancora che il committente gli abbia denunciato l'esistenza di vizi o difformità, essendo prima di tale momento privo di interesse ad agire, per non essergli ancora derivato alcun pregiudizio, poiché il committente potrebbe accettare l'opera nonostante i vizi palesi o non denunciare mai quelli occulti o farne denuncia tardiva;

c) l'appaltatore può agire in giudizio contro il subappaltatore non appena il committente gli abbia tempestivamente denunciato l'esistenza dei predetti vizi o

difformità. L'appaltatore non è quindi tenuto alla denunzia stragiudiziale, se entro sessanta giorni preferisce citare direttamente in giudizio il subappaltatore[40].

Come detto, l'art. 1670 c.c. estende ai subappaltatori anche la responsabilità *ex* art. 1669 c.c. Infatti, l'onere di denunzia vale sia che il committente agisca *ex* artt. 1667-1668 sia che proceda *ex* art. 1669[41]. Nell'ambito dei lavori preparatori, può richiamarsi che, nella relazione del guardasigilli al c.c., si dà atto che era apparsa ingiustificata una norma del progetto del 1936 che esonerava i subappaltatori dalla responsabilità di cui all'articolo precedente; nella logica del perseguimento di tale identità di posizioni pur nei separati rapporti contrattuali, sul presupposto del pervenimento all'appaltatore di una "denunzia", di vizi era parso al ministro proponente "opportuno di subordinare l'azione di regresso contro il subappaltatore ad una comunicazione che l'appaltatore deve dare della denuncia del committente entro 60 giorni".

L'art. 1670 c.c. opera anche quando l'acquirente di un immobile agisca contro il costruttore-venditore ai sensi dell'art. 1669 c.c. e quest'ultimo si rivolga contro il terzo cui aveva affidato, in tutto o in parte, l'esecuzione dell'opera: anche in tal caso, quindi, il venditore dovrà denunciare entro sessanta giorni, a pena di decadenza, la contestazione dell'acquirente al terzo esecutore, sebbene questi non possa essere ritenuto subappaltatore in senso tecnico[42].

V. LA RESPONSABILITÀ DEL SUBAPPALTATORE PER ILLECITO EXTRACONTRATTUALE: I DANNI AI TERZI; I DANNI AL COMMITTENTE.

La disciplina del subappalto, per la quale il subappaltatore assume, sia nei confronti dell'appaltatore suo committente sia nei confronti dei terzi, le stesse responsabilità dell'appaltatore verso il committente e verso i terzi, è ispirata al principio per cui tra committente e subappaltatore, nonostante l'autorizzazione *ex* art. 1656 c.c., non si costituisce alcun rapporto giuridico; in tal senso, va sottolineato - anche in base a confronto con l'art. 1676 c.c., quale norma eccezionale - come

40 Rubino: *L'appalto*[4], con aggiornamenti di Moscati, cit., p. 118. In giurisprudenza: Cass., 11 novembre 2009, n. 23903, cit.; Trib. Sondrio, 13 gennaio 2020, in *www.leggiditalia.it*

41 In dottrina: Rubino e Iudica: *Dell'appalto*[4], cit., p. 496; Giannattasio: *L'appalto*[2], cit., p. 74; Cianflone, Giovannini: *L'appalto di opere pubbliche*[14], Milano, 2021, p. 2317 ss. In giurisprudenza: Cass., Ord., 8 ottobre 2018, n. 24717, in *CED Cassazione*, 2018; Cass., 18 dicembre 2014, n. 26686, in *CED Cassazione*, 2014; Cass., 11 novembre 2009, n. 23903, in *Bollettino legisl. tecnica*, 2010, p. 185.

42 Cass., 8 agosto 2002, n. 11947, in *Giur. Bollettino legisl. tecnica*, 2003: "Premessa l'applicabilità della norma di cui all'art. 1669 c.c., in tema di responsabilità dell'appaltatore verso il committente, anche all'analoga fattispecie di responsabilità del costruttore-venditore verso l'acquirente, deve ritenersi parallelamente applicabile anche la successiva disposizione di cui all'art. 1670 (che disciplina l'ipotesi dell'azione di regresso spettante all'appaltatore nei confronti del subappaltatore stabilendo, per il suo esercizio, un termine di decadenza di 60 giorni) all'ipotesi in cui il costruttore-venditore, chiamato a rispondere, ai sensi dell'art. 1669 cit., da parte dell'acquirente, intenda agire contro il soggetto cui aveva affidato l'esecuzione (in tutto o in parte) delle opere, con la conseguenza che anch'egli sarà tenuto all'osservanza del termine di decadenza breve, pur non potendosi qualificare il terzo esecutore come subappaltatore in senso tecnico". Negli stessi termini già Cass., 27 agosto 1997, n. 8109, in *Mass. Giur. it.*, 1997.

l'art. 1670 c.c. venga a escludere l'esistenza di qualsiasi responsabilità diretta del subappaltatore nei confronti del committente.

L'autonomia del subappaltatore, pertanto, incide anche sul piano della responsabilità civile: dei danni arrecati a terzi dal subappaltatore nell'esecuzione dell'opera o del servizio, risponde solo il subappaltatore e non anche il subcommittente: non può applicarsi, nella specie, l'art. 2049 c.c., perché il primo non è un dipendente del secondo, ma è un lavoratore autonomo. Egli assume, con l'autonoma gestione del lavoro, la piena responsabilità di quanto si svolge nel luogo di lavoro, anche se attua lavori in precedenza appaltati ad altri. E, ancora una volta, l'eventuale ingerenza dell'appaltatore esclude la responsabilità del subappaltatore soltanto se questi divenga un suo mero esecutore.

Solo in un caso (eccezionale) il subcommittente può essere chiamato a rispondere dell'illecito extracontrattuale del subappaltatore per danni cagionati ai terzi: quando il primo abbia esercitato una concreta ingerenza sull'attività del secondo, al punto da ridurlo al ruolo di mero esecutore ovvero agendo in modo tale da comprimerne parzialmente l'autonomia organizzativa, incidendo anche sull'utilizzazione dei relativi mezzi[43]. Anche in caso di subappalto vale il principio analogo a quello che la giurisprudenza fa valere nei rapporti tra committente e appaltatore: la responsabilità del subcommittente per i danni derivati ai terzi dall'attività esecutiva dell'opera commessa al subappaltatore può essere affermata solo nel caso che il primo abbia esercitato sull'attività del secondo una ingerenza talmente penetrante da averlo reso mero esecutore dei suoi ordini.

La condotta negligente del subappaltatore integra inadempimento contrattuale nei confronti del subappaltante: si tratta di due soggetti vincolati a un contratto, il contratto di subappalto.

Non può invece sorgere, in capo al subappaltatore, una responsabilità verso il committente ai sensi dell'art. 1669 c.c. L'operatività di tale norma presuppone infatti il rapporto diretto tra committente e appaltatore, solo legittimato passivo, quale unico garante della stabilità e sicurezza dell'edificio, rispetto all'azione in tal senso proposta dal primo[44].

43 Cass., 15 ottobre 2007, n. 21540, in *Nuova Giur. civ. comm.*, 2008, p. 480, con nota di Cinque. Per ipotesi in cui il subcommittente risponde nei confronti dei terzi in luogo del subappaltatore: Cass., sez. lav., 19 aprile 2006, n. 9065, in *Impresa*, 2006, p. 1179 (nella specie, la S.C. ha rigettato il ricorso proposto dalla subcommittente in ordine all'affermazione della sua corresponsabilità con riferimento ai danni subiti da un lavoratore dipendente della ditta subappaltatrice, alla stregua della corretta valutazione contenuta nella sentenza impugnata circa la sua ingerenza e l'assunzione dell'obbligo di attuazione delle misure di prevenzione relative all'esecuzione dei lavori oggetto del contratto di subappalto). Cass., 12 giugno 1990, n. 5690, in *Mass. Giur. it.*, 1990, in tema di responsabilità dell'appaltatore per danni provocati a terzi da cosa in custodia di un subappaltatore parziale e di esercizio di attività pericolosa.

44 Qualora, poi, in un contratto di subappalto il subappaltatore si sia obbligato a prestare garanzia di legge sulla qualità dei materiali impiegati e sulla perfetta esecuzione dei lavori di contratto, a mezzo di polizza assicurativa, senza che nel contratto siano specificati la durata ed il contenuto della garanzia, non si può

Il fatto doloso o colposo del subappaltatore può però dar luogo a responsabilità nei confronti del committente, seppure non *ex* art. 1669 c.c., *ex* art. 2043 c.c.

Detto fatto è illecito in quanto idoneo a ledere il diritto del committente, nonché a cagionare un pregiudizio ingiusto[45]. Infatti, la condotta negligente del subappaltatore, che integra inadempimento contrattuale nei confronti del subappaltante, ben può dare luogo a responsabilità extracontrattuale nei confronti del committente originario. Si tratta della lesione di un diritto di credito del committente: il diritto ad una corretta esecuzione del rapporto contrattuale di appalto. Il danno ingiusto consiste negli esborsi necessari ai fini della rimozione di vizi e difformità.

Ma questa responsabilità extracontrattuale riferita al subappaltare è riconducibile, appunto, non all'art. 1669 c.c., bensì alla normativa di cui all'art. 2043 c.c.: nella specie, il subappaltatore è un terzo che ha ostacolato o reso impossibile l'adempimento di un obbligo. Nei confronti del subappaltatore non potrebbe invocarsi direttamente o analogicamente la disposizione di cui all'art. 1669 c.c. poiché sebbene questa consenta un'azione diretta che prescinde dal rapporto contrattuale, la limita dal lato passivo al solo appaltatore (o al venditore costruttore), che il legislatore ha voluto porre come unico garante della solidità e stabilità dell'edificio.

D'altra parte, il consenso, sia antecedente sia successivo, espresso dal committente all'esecuzione, in tutto o in parte, delle opere in subappalto, vale soltanto a rendere legittimo, *ex* art. 1656 c.c., il ricorso dell'appaltatore a tale modalità di esecuzione della propria prestazione e non anche ad instaurare alcun diretto rapporto tra committente e subappaltatore.

Ciò premesso, nessun valore ha il richiamo all'autonomia organizzativa ed imprenditoriale del subappaltatore ai fini della sua responsabilità nei confronti del committente. È necessaria solo la dimostrazione del fatto illecito in tutte le sue componenti: il fatto dannoso, il danno, il nesso di casualità, la colpa o il dolo del danneggiante.

---

ritenere che la polizza debba coprire i rischi inerenti alla responsabilità decennale per rovina e difetti di cose immobili ai sensi dell'art. 1669 c.c. Si deve invece interpretare tale clausola con riferimento alla responsabilità biennale di cui all'art. 1667 c.c. (difformità e vizi dell'opera) e si può ragionevolmente ritenere che il massimale di indennizzo debba corrispondere al valore complessivo dei lavori eseguiti (Trib. Padova, 7 maggio 2003, n. 4078, in *Mass. Giur. Civ. Patavina*, 2006).

45 Cass., Ord., 27 agosto 2019, n. 21719, in *Studium juris*, 2020, p. 336. Nella specie, la S.C. ha confermato la decisione impugnata che, in relazione ai danni subiti dal committente a causa dei lavori di copertura di un edificio eseguiti dal subappaltatore e consistiti negli esborsi necessari conseguiti allo scoperchiamento del tetto, ha ricondotto la responsabilità del subappaltatore medesimo all'art. 2043 c.c. (Tuttavia, la domanda relativa alla responsabilità extracontrattuale era inammissibile perché introdotta in giudizio tardivamente e comunque l'attore non aveva dato prova della colpa del convenuto, secondo lo schema della responsabilità extracontrattuale).

Senza dire che non sussistendo, tra committente e subappaltatore, un rapporto contrattuale, quest'ultimo non può mai assumere la posizione di un *nudus minister* del committente.

VI. SUBCONTRATTUALITÀ E CEDIBILITÀ DEL CONTRATTO: RIFLESSIONI CONCLUSIVE.

Il subappalto altro non è che un vero e proprio appalto che si caratterizza per essere un contratto derivato da altro appalto stipulato a monte, che ne costituisce il presupposto.

La subcontrattualità, allora, può essere ricondotta alla successione nel contratto solo sotto questo limitato profilo: in entrambi i casi una parte reimpiega, nei confronti di un terzo, una posizione contrattuale che le deriva dal contratto-base[46].

Totalmente diversa è, però, la sostanza di questo reimpiego: se nella cessione il nuovo appaltatore (terzo) assume la posizione contrattuale dell'appaltatore cedente, il quale dismette la propria, nel subcontratto, «al contrario, la successione nei diritti e negli obblighi derivanti nel contratto base avviene *senza l'estromissione del dante causa*, il quale conserva la propria posizione contrattuale nei confronti dell'altro contraente originario, ed assume, invece, quella opposta nei riguardi del nuovo contraente»[47]. In definitiva, nell'ipotesi di subcontratto si ha una parte del contratto base che assume verso un terzo il ruolo inverso a quello che ha nel contratto originario: nel caso di subappalto, rispetto al terzo (il committente), l'appaltatore diviene committente[48] (così come il conduttore diviene locatore, l'agente preponente, il comodatario comodante, ecc.). Non si assiste, invece, ad alcuna sostituzione di un soggetto a un altro, non opera alcun trasferimento della posizione contrattuale: si ha solo l'aggiunta, al primo contratto, di un nuovo contratto, che dal primo deriva le posizioni giuridiche.

Ragionando, più precisamente, in termini di rapporto, col subappalto non si verifica la successione nel rapporto che caratterizza la cessione, ma si dà origine ad un rapporto derivato dal contratto base.

I giudici di legittimità non hanno dubbi sulla "diversità, ontologica e funzionale, delle due figure della cessione del contratto e del subcontratto, nel senso che la prima implica la mera sostituzione soggettiva di una parte dell'originario contratto,

46 Cass., 18 giugno 1975, n. 2429, in *Mass. Foro it.*, 1975.

47 Carbone: *La cessione del contratto*, cit., p. 319.

48 Cass., 11 agosto 1990, n. 8202, in *Mass. Foro it.*, 1990: "Dalla natura di contratto derivato o subcontratto del subappalto, deriva che la sorte di detto contratto è condizionata a quella del contratto principale, di guisa che con riguardo all'opera eseguita dal subappaltatore l'accettazione senza riserve dell'appaltatore, resta condizionata dal fatto che il committente accetti a sua volta l'opera senza riserve".

mentre la seconda è un contratto derivato da quello originario ed, inoltre, la prima è un negozio trilaterale mentre l'altra è un negozio bilaterale'[49].

La diversità, d'altra parte, è confermata in punto di disciplina anche al di fuori di quella dell'appalto: basti pensare alla locazione, ove il subcontratto è rimesso alla scelta del locatario, mentre la cessione dipende dal consenso del locatore (art. 1594 c.c.); ed al divieto di cui all'art. 21, legge 3 maggio 1982, n. 203, che inerisce al subaffitto, alla sublocazione ed alla subconduzione di fondi rustici, ma non alla cessione[50].

Nel caso dell'appalto, diversamente dalla locazione, si impone l'autorizzazione del committente; ma si tratta di un effetto della diversa incidenza del subcontratto rispetto al locatore o al committente: per il primo, il risultato perseguito è il pagamento del canone, ed egli ha a disposizione, a propria tutela, l'azione diretta nei confronti del subconduttore; per il secondo, il risultato voluto è il conseguimento dell'opera o lo svolgimento del servizio, e le qualità e l'affidabilità dell'impresa subappaltatrice assumono rilievo decisivo; tanto più che nel caso dell'appalto il titolare del rapporto base, committente, rimane estraneo al sub-rapporto: non acquista diritti né assume obblighi verso il subappaltatore, giacché la legge non prevede a suo vantaggio, come visto, l'azione diretta. Ma l'influenza della prestazione del subappaltatore sul risultato finale è considerata dal legislatore sotto un diverso profilo: quello della preventiva valutazione del committente, garantita dalla necessità della sua autorizzazione.

Nella cessione dell'appalto, all'opposto, il subappaltatore cessionario subentra nelle obbligazioni del cedente ed è quindi posto in relazione diretta con il committente[51].

Quanto alla posizione dell'originario appaltatore, nel subappalto, egli resta responsabile verso il committente, perché il subappalto, nonostante l'autorizzazione

49 Cass., 14 luglio 1994, n. 6602, in *Dir. e giur. agr. e ambiente*, 1994, p. 552, con nota di Triola. Cass., 2 dicembre 1980, n. 6295, in *Mass. Foro it.*, 1980: "Nella cessione del contratto, oggetto del trasferimento dall'uno all'altro soggetto è la complessiva posizione che un soggetto ha assunto nel rapporto nascente dal contratto, la quale deve restare immutata nei suoi elementi oggettivi originari, con la conseguenza che, nel caso in cui il conduttore dia in godimento ad un terzo (verso un corrispettivo) parte dell'immobile, non è configurabile una cessione parziale del contratto di locazione bensì una sublocazione parziale". In dottrina: Albanese: *L'appalto*, cit., p. 267; Dellacasa: "Il subappalto", in *Tratt. dei contratti* di Roppo, III, Milano, 2014, p. 161 ss.; Polidori: *Codice civile, annotato con la dottrina e la giurisprudenza*, IV, 2, a cura di Perlingieri, Napoli, 2010, p. 1641; Rubino e Iudica: *Dell'appalto*[4], cit., 214 s.; Montanari: "Profili del subappalto", cit., p. 27 ss.

50 Cass., 14 luglio 1994, n. 6602, in *Dir. e giur. agr. e ambiente*, 1994, p. 552, con nota di Triola, *Divieto di subaffitto e cessione del contratto*, che in motivazione ha sottolineato "la diversità, ontologica e funzionale, delle due figure della cessione del contratto e del subcontratto, nel senso che la prima implica la mera sostituzione soggettiva di una parte dell'originario contratto, mentre la seconda è un contratto derivato da quello originario ed, inoltre, la prima è un negozio trilaterale mentre l'altra è un negozio bilaterale".

51 Giannattasio: *L'appalto*[2], cit., p. 69; Rubino: *L'appalto*[4], con aggiornamenti di Moscati, cit., p. 93. Per l'appalto pubblico: Perfetti: "La cessione del contratto di appalto con la pubblica amministrazione", in *Dir. amm.*, 2002, p. 491.

del committente, per quest'ultimo resta *res inter alios*, rimane un accordo tra appaltatore e subappaltatore.

Al contrario, nella cessione del contratto, l'originario appaltatore è di regola liberato verso il committente ceduto e non risponde dell'operato del nuovo appaltatore cessionario.

La situazione dell'originario appaltatore è quindi di maggiore vantaggio, nella cessione, rispetto alla fattispecie del subappalto.

BIBLIOGRAFIA

ALPA: voce "Sub-fornitura (contratto di)", in *Noviss. Dig. it.*, Appendice VII, p. 597.

ANZANI: in *Codice dell'appalto privato*[2], a cura di A. Luminoso, Milano, 2016.

BACCIGALUPI: "Appunti per una teoria sul subcontratto", in *Riv. dir. comm.*, 1943, I. p. 181.

BIANCA: *Diritto civile*, 3, *Il contratto*, 2ª ed., Milano, 2002.

CAGNASSO: *Il contratto di appalto*, in *Contratti commerciali* a cura di Cottino, in *Tratt. dir. comm.* e *dir. pubbl. econ*, diretto da Galgano, XVI, Padova, 1991.

CARBONE: "La cessione del contratto", in *Trattato di diritto privato*, diretto da M. Bessone, vol. XIII, *Il contratto in generale*, tomo VI, Torino, 2000.

CARRESI: *La cessione del contratto*, Milano, 1950.

CERVALE: "La responsabilità dei subappaltatori", in *Domenico Rubino*, a cura di P. Perlingieri e Polidori, II, Napoli, 2009.

CHINÈ e MILIANO: "Il subcontratto tra teoria generale ed ipotesi tipiche", in *Giust. civ.*, 1993, II, p. 573.

CIANFLONE, GIOVANNINI: *L'appalto di opere pubbliche*[14], Milano, 2021.

CIGLIOLA: *Il contratto di subappalto*, in *I contratti del commercio, dell'industria e del mercato finanziario*, in Trattato diretto da Galgano, Torino, II, Torino, 1995.

CLARIZIA: *La cessione del contratto*, in *Commentario Schlesinger*, Milano, 2005, p. 81.

DE RENZIS, "La responsabilità dei subappaltatori e le cause di estinzione dell'appalto disciplinate dagli artt. 1671, 1672 e 1673 c.c.", in *L'appalto privato*, a cura di Costanza, Torino, 2000.

DE TILLA: *L'appalto privato: percorsi giurisprudenziali*, Milano, 2011.

DELLACASA: "Il subappalto", in *Tratt. dei contratti* di Roppo, III, Milano, 2014.

DI GREGORIO: *L'appalto privato e pubblico*, Torino, 2013.

GALGANO: *Tratt. dir. civ.*[2], II, *Le obbligazioni in generale. Il contratto in generale. I singoli contratti*, Padova, 2010.

GASPERONI: "Collegamento e connessione tra negozi", in *Riv. dir. comm.*, 1955, I, p. 378.

GAZZONI: *Manuale di diritto privato*, 13 ª ed., Napoli, 2007.

GIANNATTASIO: *L'appalto*[2], in *Trattato dir. civ. comm.*, diretto da A. Cicu-F. Messineo-L. Mengoni, continuato da P. Schlesinger, Milano, 1977.

GRASSO: *Il subcontratto*, Napoli, 1987.

GRASSO: "Il subappalto nel sistema del codice civile", in *L'appalto privato*, a cura di Costanza, Torino, 2000.

GRECO: *La compravendita e altri contratti*, Milano, 1947.

MESSINEO: "Contratto derivato-subcontratto", in *Enc. dir.*, X, Milano, 1962.

MIRABELLI: *Dei singoli contratti*, in *Comm. Utet*, Libro IV, tomo 3°, Torino, 1991.

MONTANARI: "Profili del subappalto nel diritto privato e nella legislazione delle opere pubbliche", in *Riv. trim. Dir. Proc. civ.*, 1993, p. 27.

MOSCARINI: "L'appalto", in *Tratt. Rescigno*, 11, Torino, 1984.

PADOVINI: "La nuova disciplina della subfornitura nelle attività produttive", in *Studium iuris*, 1999, I, p. 1.

PANETTA: *Il contratto di appalto*, Torino, 2016.

PERFETTI: "La cessione del contratto di appalto con la pubblica amministrazione", in *Dir. amm.*, 2002, p. 491.

PIRODDI: "Il contratto di subappalto", in CUFFARO (a cura di), *I contratti di appalto privato*, in *Trattato dei contratti*, a cura di P. Rescigno-E. Gabrielli, Torino, 2011.

PISANI: "Il subcontratto", in *Nuova Giur. civ. comm.*, 1999, II, p. 245.

POLIDORI: *Codice civile, annotato con la dottrina e la giurisprudenza*, IV, 2, a cura di Perlingieri, Napoli, 2010.

POLIDORI: *Appalto*, in *Tratt. Dir. Civ. CNN* diretto da P. Perlingieri, Napoli, 2015.

Ricciuto: in *Enc. giur.*, voce "Sub-contratto", XXX, p. 1 ss.

Rubino: *L'appalto*[4], con aggiornamenti di Moscati, in *Trattato di diritto civil*e, diretto da F. Vassalli, VII, 3, Torino, 1980.

Rubino e Iudica: *Dell'appalto*[4], in *Comm. c.c.* Scialoja-Branca, Bologna-Roma, 2007.

Rubino Sammartano: *Appalti di opere e contratti di servizi*, Padova, 1996.

Trapuzzano: *L'appalto privato*, Milano, 2020.

Triola: "Divieto di subafitto e cessione del contratto", in *Dir. e giur. agr. e ambient*e, 1994, p. 552.

Ugas: in *Codice dell'appalto privato*[2], a cura di A. Luminoso, Milano, 2016.

Vignali: "Formazione del corrispettivo", in *L'appalto privato*, a cura di Costanza, Torino, 2000.

Villanacci: voce "Appalto", in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, Agg., Torino, 2007.

Vecchi: *L'azione diretta*, Padova, 1990.

PEGNO NON POSSESSORIO: GARANZIA REALE ANOMALA. UNO STUDIO DI DIRITTO COMPARATO

NON-POSSESSORY PLEDGE: ANOMALOUS REAL GUARANTEE. A STUDY IN COMPARATIVE LAW

Rev. Boliv. de Derecho Nº 37, enero 2024, ISSN: 2070-8157, pp. 224-261

Salvatore
ACETO DI
CAPRIGLIA

ARTÍCULO RECIBIDO: 15 de septiembre 2023
ARTÍCULO APROBADO: 4 de diciembre de 2023

RESUMEN: È nata, nelle trame dell'attualità, una figura di pegno che, senza tradire la sua primigenia funzione di garanzia, si è conformata a precise esigenze derivanti dalle prerogative creditorie delle pratiche commerciali. La figura del pegno rotativo deve essere esaminata alla luce del diritto comparato al fine di considerarne il funzionamento essenziale ed individuarne le contemporanee criticità, in una prospettiva de iure condendo che possa svelare suggerimenti utili al legislatore riformatore del codice civile italiano.

PALABRAS CLAVE: Garanzie reali; pegno non possessorio; floating charge, prenda sin desplaziamento.

ABSTRACT: *A figure of pawn has arisen in the plots of current affairs that, without betraying its original function of guarantee, has complied with precise needs deriving from the creditor prerogatives of commercial practices. The figure of the floating charge must be examined in the light of comparative law in order to consider its essential functioning and identify its contemporary criticalities, in a de iure condendo perspective that can reveal useful suggestions to the reforming legislator of the Italian civil code.*

KEY WORDS: *Real warranties; non-possessory pledge; floating charge; pledge without transfer of possession.*

SUMARIO.- I. IL PEGNO FLUTTUANTE NELLA PIÙ AMPIA PROSPETTIVA SINOTTICA DELLE GARANZIE REALI. BREVI CENNI AL SISTEMA TEDESCO DELLE GARANZIE SENZA SPOSSESSAMENTO.- II. PROFILAZIONE DELL'ISTITUTO, ORIGINI E CRITICITÀ: IN PARTICOLARE IL PEGNO SU TITOLI FINANZIARI.- III. IL PEGNO ROTATIVO COME GARANZIA DINAMICA, NELL'EVOLUZIONE DELLA GIURISPRUDENZA DI LEGITTIMITÀ. IN PARTICOLARE IL PRINCIPIO DI "SUFFICIENTE INDICAZIONE DEL VALORE ECONOMICO DELLA COSA".- IV. SPECIALI TIPOLOGIE DI PEGNO ROTATIVO NEL SISTEMA DOMESTICO. PRIME ESPERIENZE NORMATIVE NEL SETTORE AGROALIMENTARE E LA RICEZIONE LEGISLATIVA DELL'ASSENZA DELLO SPOSSESSAMENTO. LA FATTISPECIE CONTEMPLATA DALL'ART. 46 DEL TESTO UNICO BANCARIO.- V. ULTERIORI FATTISPECIE DI PEGNO ROTATIVO. IL D.L. 59/2016 E LA NUOVA DISCIPLINA DEL PEGNO MOBILIARE NON POSSESSORIO IN ITALIA.- VI. IL *FLOATING CHARGE* IN DIRITTO ANGLOSASSONE: GENESI STORICA E PECULIARITÀ, IN PARTICOLARE L'ATTUAZIONE DELLA *CRYSTALLISATION*.- VII. L'APPLICAZIONE DA PARTE DEL DIRITTO VIVENTE. ELEMENTI ONTOLOGICI ESSENZIALI. DECLINO E RINASCITA DELL'ISTITUTO ALLA LUCE DELLA CRISI ECONOMICA GLOBALE DI INIZIO XXI SECOLO.- VIII. L'ESPERIENZA "PIONERISTICA" SPAGNOLA DELLA *PRENDA SIN DESPLAZIAMENTO*. L' "UTOPIA" DI UNA ARMONIZZAZIONE A LIVELLO UNIONALE?.- IX. PROSPETTIVE *DE IURE CONDENDO* PER UN "METAVERSO" GENERALE SUL PEGNO ROTATIVO**.**

I. IL PEGNO FLUTTUANTE NELLA PIÙ AMPIA PROSPETTIVA SINOTTICA DELLE GARANZIE REALI. BREVI CENNI AL SISTEMA TEDESCO DELLE GARANZIE SENZA SPOSSESSAMENTO.

1. Lo strumentario normativo finalizzato a permettere al creditore la realizzazione coattiva del proprio diritto, nonché il risarcimento del danno gravita sul principio della responsabilità patrimoniale del debitore. Superata ormai diacronicamente la sanzione penale, il debitore inadempiente non è privato della propria libertà per i debiti assunti, ma piuttosto risponde col proprio patrimonio[1]. Il legislatore domestico, per garantire il creditore circa l'adempimento del debitore, ha predisposto un microcosmo di norme all'interno del libro VI del codice civile, dedicato alla tutela dei diritti. La norma di apertura è l'art. 2740 c.c., che enuncia il fenomeno della garanzia patrimoniale. È stato efficacemente notato che l'espressione "garanzia" ha significato polisenso, in quanto riferibile ad una pluralità di fattispecie eterogenee[2].

1 La bibliografia sul tema, ovviamente, risulta di ampie dimensioni, *ex pluribus* si segnalano: Porcelli, M.: *Profili evolutivi della responsabilità patrimoniale*, Napoli, 2011, p. 13 ss.; Perlingeri, P. – Ferroni, L.: "Situazioni di garanzia patrimoniale", in Perlingeri, P.: *Manuale di diritto civile*, 11, Napoli, 2022 p. 387 ss.; Migliaccio, E.: *La responsabilità patrimoniale*, Napoli, 2012, *passim*; Sicchiero, G.: "La responsabilità patrimoniale", *Tratt. Dir. Civ.* R. Sacco, Milano 2011; Rojas Elgueta, G.: *Autonomia privata e responsabilità patrimoniale del debitore*, Milano 2012; Barbiera, L.: *La responsabilità patrimoniale*, Milano, 2010, *passim*. Gazzoni, F.: *Manuale di diritto privato*, Napoli, 2015, p. 655 ss.

2 Cfr. Galli, R.: *Nuovo corso di diritto civile*, Milano, 2016, p. 1085 ss.

• Salvatore Aceto di Capriglia
Professore Associato di diritto comparato, Università degli studi di Napoli Parthenope. E-mail: salvatore.acetodicapriglia@uniparthenope.it

Le garanzie in senso tecnico, rinvengono la loro funzione primaria nel rafforzamento della posizione del creditore o sul piano soggettivo – perché si aggiunge il patrimonio di un altro soggetto sul quale soddisfarsi – o sul piano oggettivo, potendo il creditore beneficiare di un *favor* sulla *res* rispetto agli altri creditori. In tale prospettiva, ogni garanzia ha una sua metrica: una logica economica che, oltre a quella intrinsecamente giuridica, sta alla base del rapporto di garanzia[3].

Dogmaticamente, si assiste di recente in Europa nel campo delle garanzie reali, a nuove manifestazioni della garanzia pignoratizia[4] che si sta modulando, soprattutto con riferimento al mercato finanziario. Fino a tempi risalenti l'ordinamento giuridico e la giurisprudenza avevano catalogato e inteso il pegno come un diritto reale di garanzia a somiglianza della sua tradizione storica, con le annesse rigidità antieconomiche sia nelle forme che nei requisiti costitutivi, nella modificabilità e nella sostituzione[5]. Se è vero che le garanzie sono un fenomeno di rafforzamento negoziale della tutela del credito, il cui obiettivo comune è quello di renderne maggiormente probabile la realizzazione, non appariva di immediata comprensione la circostanza che le tradizionali forme di pegno tipiche fossero da considerarsi inadeguate rispetto ai nuovi modelli economici sempre più globalizzati e accelerati.

Le moderne tecniche produttive e la necessità per le imprese di ricorrere a finanziatori esterni dimostrano da tempo che il sistema delle garanzie reali basate sul materiale spossessamento della *res,* si rivelano sempre più di frequente inadeguate sia per il debitore che si trova nell'impossibilità di mettere a reddito i beni *de quibus*, ma anche per il creditore che deve far fronte anche agli oneri su di lui gravanti in quanto, ad esempio, depositario del bene. Se l'imprenditore (debitore) offre in garanzia dei beni e questi non possono più essere utilizzati nella propria attività, quest'ultima subisce una paralisi economica che non soddisfa alcuno, men che mai il creditore pignoratizio. Il formante dottorale ha quindi da tempo risalente segnalato come la tradizionale forma del pegno sia sempre meno idonea a svolgere quella funzione cui è storicamente chiamata. Occorreva pertanto spostare il baricentro gravitazionale dalla tradizionale nozione statica basata sul possesso a quella dinamica basata sul valore economico, sia esso quello

3 Cfr. Katz, A.W.: "An Economic Analysis of the Guaranty Contract", University of Chicago Law Review: Vol. 66: n. 1, Article 2.

4 Su cui si vedano Ciccarello, S.: voce "Pegno", *Enciclopedia del Diritto*, XXXII, Milano, 1982, p. 684; Comporti, M.: "Diritti reali in generale", *Tratt. dir. civ. comm.* Cicu e Messineo, Milano, 1980, p. 244-245; Bigliazzi Geri, L. – Breccia, U. – Busnelli, F.D. – Natoli, U.: *Diritto Civile*, II, *Diritti reali*, Torino, 2007, p. 285; Realmonte, F.: "Il Pegno", *Tratt. dir. priv.* Rescigno, Torino 1982, p. 633.

5 Cfr. Veiga Copo, A.B.: "Prefazione", in Gabrielli, E.: *Il pegno "anomalo"*, Camerino, rist. 2022, p.10 ss. La figura del pegno, nota fin dagli albori della civiltà giuridica romana, è stata per secoli immobilizzata da una stratificazione concettuale e unificatrice che, anche in termini di disciplina, è riuscita ad offuscare le linee di apertura verso una più adeguata comprensione del profilo oggettuale in riferimento alla molteplice varietà dei beni che avrebbero potuto costituirne riferimento materiale. Così Franco, R.: *Le nuove forme di garanzia pignoratizia*, Napoli, 2022, p. 13 ss.

attuale, oppure il valore che il bene potrà assumere, ma solo in un momento ulteriore e a condizione che rimanga inserito nel ciclo produttivo. Esempio il famoso fenomeno del pegno "sui prosciutti d.o.p." che si configura mediante l'apposizione di un segno indelebile sulle parti anatomiche dell'animale prima che diventino il pregiato prodotto gastronomico. Il mancato spossessamento consente al produttore di continuare a svolgere la propria attività, mettendo a reddito un bene che con la stagionatura vedrà lievitare il proprio valore e così consenta la maggiore soddisfazione dei diritti del creditore. Se il settore agroalimentare ha svolto una funzione per così dire "apripista" nella creazione di nuove e più dinamiche forme di garanzia reale (al prodotto prosciutto si aggiunsero presto i prodotti caseari), non meno rilevante il ruolo rivestito dai prodotti finanziari di cui al d.lgs. 170/2004 il quale, come si vedrà, presenta la c.d. clausola di sostituzione volta a garantire dinamicità ed effettività alla funzione del pegno.

In questo contesto appare di estrema utilità metodologica il ricorso all'esperienza comparatistica, evidenziando come in altri sistemi giuridici l'esigenza di perseguire uno stato di apparenza della garanzia (quale è appunto quella esercitata dallo spossessamento che riveste una forma di pubblicità *in re ipsa*) appare conseguita mediante differenti strumenti, peraltro all'attualità ancora più performanti grazie allo sviluppo tecnologico e digitale[6].

È noto che la realità del diritto di pegno si manifesta nella costituzione, di un diritto per l'*accipiens* su di una *res*: Tale ultimo non attiene all'intero patrimonio del pignorato, ma si cristallizza *supra* un determinato bene, soggetto a una c.d. riserva di utilità[7].

Il creditore acquisisce un potere di natura quasi "reale" sul bene oggetto della garanzia. Tuttavia, una malleveria reale gravante su di un solo ed esclusivo bene che il debitore possiede e che può alienare senza limitazioni non rappresenta un solido rafforzamento delle possibilità satisfattorie del credito.

Pertanto, è sorto l'interrogativo se sia possibile sostituire l'oggetto del pegno e se sia all'uopo necessario a mezzo di una nuova scrittura con data certa. Le garanzie "flottanti", infatti, rappresentano una più performante risposta alle necessità produttivo-economiche delle imprese: vanno infatti bene al di là dei tradizionali limiti delle garanzie mobiliari e non limitano il livello di tutela degli interessi del finanziatore, grazie ad un negozio viepiú funzionale di quello tradizionale, ormai ben poco adeguato al cospetto dello sviluppo del finanziamento esterno alle

6 In prospettiva comparatistica si abbia riguardo a Candian, A.: *Le garanzie mobiliari. Modelli e problemi nella prospettiva europea*, Milano, 2001 e il recente contributo "Floating Charges", *Il pegno rotativo non possessorio in agricoltura* a cura di Landini, S. e Lucifero, N.: Torino, 2023, p. 61; Veneziano, A.: *Le garanzie mobiliari non possessorie. Profili di diritto comparato e di diritto del commercio internazionale*, Milano, 2000; Gabrielli, E.: "Spossessamento e funzione di garanzia nella teoria delle garanzie reali", *Fallimento*, 2002, p. 934.

7 Così Gabrielli, E.: *Il pegno "anomalo"*, cit., p. 66-67.

imprese[8]. Inoltre, in caso di risposta affermativa, ci si è chiesti se si è di fronte a un nuovo pegno o semplicemente ad una modificazione del rapporto originario. Ciò che appariva in ogni caso certo è che bisognava partire dalla costruzione di una nuova figura di pegno. In particolare, se si parte dalla tesi che il pegno sia un diritto di soddisfazione a riscuotere il credito, non nella cosa in sé, ma nel valore dell'oggetto della garanzia, risultano sostanzialmente levigati i principali spigoli verso l'ammissibilità della sostituibilità dei valori offerti in garanzia[9].

Anche il diritto spagnolo, già col regio decreto legge 11 marzo 2005, stabiliva col suo art. 9 il diritto di sostituzione e anche di disposizione dell'oggetto delle garanzie pignoratizie[10]. Si viene a dare un riconoscimento di natura legale alla possibilità, nel diritto spagnolo, di pegni sostitutivi o rotativi.

Il sistema tedesco si è dimostrato particolarmente idoneo al recepimento al suo interno di situazioni di garanzia mobiliare senza spossessamento. Basti pensare al caso del trasferimento semplice a fini di garanzia (*Sicherungsubereignung*): funzione analoga a un pegno senza spossessamento. Si tratta infatti di un negozio fiduciario di trasferimento della proprietà collegato a un finanziamento a opera di istituti di credito nel quale appunto il trasferimento funge allo scopo di garantire il credito.

Tale carattere origina da un cosiddetto "accordo fiduciario di garanzia", il quale lega l'acquirente ad un vincolo: il diritto oggetto del trasferimento non si trova in condizioni di piena proprietà, ma solo fiduciaria. Gli *assets*, vengono attribuiti anche al precedente proprietario a titolo di possesso "mediato", concedendogli in tal modo la possibilità di utilizzarli nei processi produttivi aziendali.

In Germania altro concetto paradigmatico è quello rappresentato dal *Raumsicherungsvertrang*, convenzione, sempre di natura fiduciaria, a seguito della quale la *res* data in garanzia ricomprende non un determinato bene, ma tutti quelli (sia attuali che futuri), destinati alla lavorazione, al momento collocati in uno specifico magazzino dell'imprenditore, ben descritto e determinato dal contratto[11]. Costui può prelevare quelli che occorrono sostituendoli al tempo stesso con altrettanti di pari valore e genere. L'Istituto di credito consente così all'imprenditore di proseguire l'attività lavorativa, trasformando e gestendo la merce già immagazzinata.

8 Cfr. Piscitiello, P.: *Le garanzie bancarie flottanti*, Torino, 1999, p. 2.

9 Cfr. Veiga Copo, A.B.: *ult. op. cit.*, p. 17.

10 Cfr. Real Decreto-ley 5/2005, de 11 de marzo, de reformas urgentes para el impulso a la productividad y para la mejora de la contratación pública, pubblicato nel BOE n. 62 del 14 marzo 2005. Per approfondimenti si veda Carrasco Perera, A.: *Los derechos de garantía en la Ley concursal*, Madrid, 2009.

11 Cfr. Bülow, P.: *Recht der Kreditsicherheiten*, Berlin, 2017, p. 531.

Successivamente i beni risultanti da tale processo vengono prelevati dal magazzino e trattenuti dall'istituto in virtù della c.d. "clausola di lavorazione", la quale consente il trasferimento della garanzia al bene che deriva al termine del processo produttivo.

"In tal modo si determina un equilibrato contemperamento degli opposti interessi: l'imprenditore mantiene la disponibilità delle merci, il finanziatore è garantito [...] mantenendo costante un *Sicherungsrahmen*, cioè una forma di garanzia che prevede in continuazione l'assorbimento di nuovi beni che sostituiscono quelli dello stesso genere in precedenza coperti dalla medesima garanzia"[12].

Il legislatore italiano, contrariamente ad altre esperienze normative euro-continentali, non ha mai dettato una disciplina organica di tale figura giuridica, lasciando agli interpreti e alla *law in action* l'arduo compito di dirimere il conflitto tra la sempre più pressante spinta proveniente dall'autonomia negoziale con il principio di tipicità e "numero chiuso" dei diritti (di garanzia) reali[13]. L'istituto del pegno, infatti, partecipa anche degli altri caratteri dei diritti reali, ossia della tipicità e, appunto, del numero chiuso. La fattispecie del pegno rotativo ha goduto di ampio utilizzo nella prassi bancaria negli anni Dieci del duemila.

In particolare, è stato il formante dottorale a svolgere un ruolo di promozione e ideazione dell'istituto al fine di creare uno strumento elastico, di efficace utilizzo all'interno delle operazioni economiche ordinarie e straordinarie[14].

II. PROFILAZIONE DELL'ISTITUTO, ORIGINI E CRITICITÀ: IN PARTICOLARE IL PEGNO SU TITOLI FINANZIARI.

Il fenotipo di garanzia rotativa vuole qualificare quella garanzia reale che permetta la sostituibilità diacronica del suo oggetto, senza che ciò comporti, ad ogni cambiamento, la rinnovazione degli atti formali necessari per la costituzione del legame, o per il perfezionamento della prelazione. In tal guisa non si vengono a creare le condizioni che possano evocare revocatoria (ordinaria o fallimentare) dell'operazione posta in essere[15]. *Recte*, la caratteristica peculiare del pegno rotativo insiste nella clausola di rotatività[16]. Occorre tuttavia operare un chiaro

12 Gabrielli, E.: *Sulle garanzie rotative*, Napoli, 1998, p. 34.

13 In tal senso si veda Ciccarello, S.: *op cit.*, p. 682 ss.; Gabrielli, E.: voce "Pegno", *Digesto Discipline Privatistiche*, XIII, Torino, 1995, p. 330.

14 È noto che ideatore della figura è stato Enrico Gabrielli, che lo ha compiutamente delineato in studi, tra i quali è utile mentovare, *Il pegno anonalo,* cit.*; Sulle garanzie rotative*, Napoli, 1998; "Il pegno", *Tratt. dir. civ.* Sacco, Torino, 2005; "Rotatività della garanzia", in *Dig. it.,* Torino, 2011; *Studi sulle garanzie reali*, Torino, 2015; nonché "Le garanzie rotative", *I contratti del commercio dell'industria e del mercato finanziario*, a cura di Galgano F., I, Torino, 1994, p. 853 ss.

15 Così la rotatività fu costruita dal suo ideatore Gabrielli, E.: *Il pegno anomalo,* cit., p. 181 ss.

16 Per approfondimenti si veda Tommasini, M.: *La garanzia mobiliare nel sistema che cambia: il pegno come impegno contrattuale*, Napoli, 2019. Sia inoltre consentito il rinvio a Aceto di Capriglia, S.: *Polifunzionalità dell'ipoteca.*

distinguo tra sostituzione dell'oggetto del pegno e la sua estensione. La prima è prevista sia in relazione al pegno che all'ipoteca *ex* artt. 2742 c.c. dell'art. 2803 e dell'art. 2825. In tutti i casi la ammissibilità è condizionata all'equivalenza di valore dei beni oggetto della garanzia[17].

Storicamente, la genesi della figura si rinviene in alcune norme uniche bancarie relative alla anticipazione in conto corrente su garanzia di titoli costituiti in pegno dallo stesso cliente o da un soggetto terzo.

Un problema di rotatività del pegno può prospettarsi, però, anche per le merci, sulle quali può ugualmente darsi un pegno irregolare[18]. In particolare, per primo l'art. 7 l.289/1986, relativa all'amministrazione accentrata di valori mobiliari attraverso la "Monte Titoli S.p.A.", prevedeva il trasferimento dei vincoli gravanti su determinati beni, valori o diritti, su altri beni, valori o diritti, senza effetti novativi[19].

In tal modo, la figura del pegno rotativo venne ben presto a identificarsi con quel contratto costitutivo di garanzia reale attraverso il quale un soggetto, per godere di un'anticipazione bancaria o vedersi costituita una garanzia per i propri debiti (sia già in essere che non), presenti come *res* pignorabile una somma di denaro o in ogni caso oggetti individuabili anche *per relationem* affinché, a seguito della scadenza del titolo, l'istituto di credito, grazie a quanto ricavato, sia in grado di acquisire nuovi titoli o strumenti finanziari che possano essere sottoposti all'originario vincolo di garanzia reale[20]. Nella maggior parte dei casi, soprattutto in tempi più recenti, l'oggetto del pegno c.d. rotativo[21] corrisponde a titoli di credito, ove è sempre possibile la sostituzione diacronica a opera del datore del pegno o del creditore dei titoli di credito medesimi. A ogni rinnovazione non vi

Uno studio comparatistico, Napoli, 2019 ove già si discuteva della necessarietà di svincolare il bene dalla garanzia *strictu sensu* a favore della sua autonomia e sulla scia delle esperienze europee già consolidate quali la francese *hypotheque rechargeable*, la spagnola *hipoteca flotante* e la tedesca *Grundschuld*.

17 Cfr. Chinè, G.: "Il pegno rotativo tra realtà e consensualità", *Giur. it.*,1996, I, 2, c. 570- 571, in commento a App. Roma, 30 ottobre 1995. La massima della sentenza dispone che "nel caso di pegno su titoli è con il deposito dei beni oggetto della garanzia o con l'individuazione dei titoli già depositati che si perfeziona la costituzione della prelazione, per cui ove la volontà delle parti sia diretta a sostituire un titolo con un altro nel corso del rapporto, la nascita di ciascun vincolo pignoratizio dovrà essere ricondotta alla nuova e diversa volontà contrattuale manifestata al momento di sostituzione dei titoli, non potendo le parti modificare il regime della realità fino a far coincidere il perfezionamento del contratto di pegno con la primitiva regolamentazione per tutti i beni che via sono indicati come oggetto della garanzia".

18 Cfr. Gabrielli, E.: *ibidem*. Per un approfondimento sui pegni derivanti da anticipazione bancaria si veda Cavalli, G.: *Contratti bancari su modulo e problemi di tutela del contraente debole*, Torino, 1976, p. 57 ss.

19 Cfr. Art. 7, comma 1: "I vincoli gravanti su titoli immessi nel sistema si trasferiscono, senza effetti novativi, sui diritti del depositante; con la girata alla "Monte Titoli S.p.a.", le annotazioni dei vincoli sui certificati si hanno per non apposte; di ciò è fatta menzione sul titolo. Detti vincoli e quelli costituiti successivamente risultano da apposito registro tenuto dal depositario in conformità agli articoli 2215, 2216 e 2219 del codice civile". Per approfondimenti Carriero, G.: "Monte titoli S.p.A.: le ragioni di un intervento legislativo", *Foro it.*, 1986, V, p. 259.

20 In merito, approfondimenti anche in Catalano, R.: *Il pegno mobiliare non possessorio ex Lege n. 119/2016,* Napoli, 2018.

21 Sottolinea Gabrielli, E.: *Il pegno anomalo,* cit., p. 182, che l'espressione "pegno rotativo" fu suggerita dai professori Dolmetta e Portale.

è la necessità di replicare il compimento delle formalità necessarie affinché vi sia esercizio del diritto di prelazione, né si configura il cambiamento delle condizioni di revocabilità dell'operazione.

Prima facie, detta figura venne ricondotta al più ampio *genus* del c.d. pegno irregolare, e segnatamente all'ipotesi di pegno irregolare su titoli a favore della banca e consegnati dallo stesso datore. Difatti, la validità del pegno irregolare era già da tempo affermata dalla giurisprudenza e dalla dottrina, non solo con riferimento alla c.d. anticipazione bancaria, ma in ogni caso fosse compiuto nell'esercizio di un'attività bancaria e finanche al di fuori di quest'ultima[22]. Fu tuttavia subito notato che l'ammissibilità del pegno irregolare in tal senso configurato era delimitata nel suo oggetto a beni ben precisi: quelli cioè "fungibili" che fossero di immediata stima economica in ogni istante. Per i titoli di credito, in particolare, si dubitava del se potessero costituire oggetto di pegno irregolare tutti i titoli di massa oppure esclusivamente nel caso in cui fossero stati quotati in borsa[23].

A tale proposito, parte della dottrina distinse a seconda del caso in cui l'espletamento di tale attività di sostituzione avvenisse a opera della parte creditrice o, viceversa, del datore di pegno. Nel primo caso, la possibilità che l'istituto di credito sia in grado liberamente di trasferire i titoli avuti in garanzia e, grazie al corrispettivo ottenuto, acquistarne nuovi di altra specie, conseguirebbe in via diretta dalla stessa natura del pegno irregolare. L'operato dell'istituto di credito non sarebbe tecnicamente qualificabile alla stregua di una attività di sostituzione, poiché non verrebbe a modificarsi il suo obbligo di restituzione del *tantumdem*, sussisterebbe piuttosto l'esercizio di una facoltà direttamente inerente al diritto di proprietà dei titoli stessi[24].

Sarebbe invece riconducibile al paradigma della sostituzione *strictu sensu*, nell'ambito del pegno regolare su titoli, la fattispecie nella quale all'obbligo della banca di eseguire le istruzioni ricevute si accompagni una modificazione dell'oggetto dell'obbligo di restituzione del *tantundem*: ad esempio, dai titoli consegnati a quelli acquistati. In tal caso, infatti, muterebbe l'oggetto della garanzia.

22 Cfr. in merito Bianca, C.M.: *Il divieto del patto commissorio*, Camerino, rist. 2013, p. 163 ss., Pavone La Rosa, A.: "L'anticipazione bancaria nella disciplina del nuovo codice civile", *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1959, p. 123 ss.

23 Cfr. Gabrielli, E.: *op. cit.*, p. 183; Dalmartello, A.: "Pegno irregolare", *Noviss. Dig. it.*, vol. XII, Torino, 1965, p. 805 ss., Caltabiano, A.: "L'anticipazione bancaria", in PORTALE, G.B. (a cura di): *Le operazioni bancarie*, Milano, 1978, II, p. 549 ss.

24 Così Gabrielli, E.: *op. cit.*, p. 184, ove sottolinea l'Autore che la ammissibilità della operazione è tuttavia legata all'ampiezza che si ritiene di assegnare alla nozione di *tantundem eiusdem generis*, dovendosi all'uopo puntualizzare che già nel novero del concetto di titolo azionario è dato distinguere le azioni sulla base della loro *species* ed identità (es. azioni FIAT, azioni Montedison etc.).

Alla stessa stregua andrebbe poi trattata l'ipotesi in cui l'istituto attribuisca al datore il diritto di ritirare i titoli dati in garanzia e di consegnarne di specie diversa, purché di gradimento della banca stessa[25].

Tuttavia, la medesima dottrina si preoccupò di individuare confini e limiti della fattispecie, soprattutto con riguardo ai rapporti con l'esercizio del diritto di prelazione. In via preliminare, si chiarì in modo preciso che non vi può essere, in alcun modo, la conversione automatica di un pegno originariamente di credito in un pegno di titoli, una volta che questi ultimi vengano a esistenza o se ne manifesti la disponibilità materiale.

In prima battuta vi osta la considerazione che in tale ipotesi non sarebbe configurabile un effettivo spossessamento del costituente il pegno, a cui comunque non potrebbe sopperire la semplice detenzione da parte della banca. In secondo luogo, neanche sarebbe soddisfatto il requisito della sufficiente indicazione del credito e della cosa, previsto dall'art. 2787, comma 3, c.c., ai fini dell'esercizio della prelazione del credito pignoratizio. Difatti, per costituirsi opponibilità della prelazione, sarà in ogni caso necessaria una scrittura inequivocabilmente datata con l'indicazione dei titoli, ed eventualmente la formazione dello spossessamento con ulteriori atti formali idonei a perfezionare, sul titolo concretamente identificato, l'efficacia del vincolo[26].

Ciò nonostante, sarebbe in ogni caso possibile la trasformazione di un pegno irregolare in un pegno regolare e, in generale, il patto di sostituzione dei beni oggetto di malleveria è ammissibile nel nostro ordinamento; problematica diversa sarebbe infatti quella relativa all'esercizio del diritto di prelazione, cui sarebbe possibile ovviare attraverso uno specifico patto di rotatività dei titoli dati in garanzia, aventi data certa[27].

25 Per approfondimenti su questa fattispecie si veda, in particolare, Molle, G.: *I contratti bancari*, Milano, 1966, p. 338 ss.

26 Cfr. Gabrielli, E.: *Il pegno anomalo*, cit., p. 185; Landini, S.: "Il polimorfismo del pegno: pegno su beni mobili, su crediti, pegno non possessorio", *Il pegno rotativo non possessorio in agricoltura* a cura di Landini S. e Lucifero N., Torino, 2023, pp. 5-16.

27 In merito si vedano Spano, E.: "Sulla sufficiente indicazione del credito e della cosa nel pegno (nella specie di titoli di credito)", *Banche e banchieri*, 1986, fasc. 11, p. 827 ss.; Barbiera, L.: *Garanzia del credito e autonomia privata,* Napoli, 1971, p. 301 ss.

III. IL PEGNO ROTATIVO COME GARANZIA DINAMICA, NELL'EVOLUZIONE DELLA GIURISPRUDENZA DI LEGITTIMITÀ. IN PARTICOLARE IL PRINCIPIO DI "SUFFICIENTE INDICAZIONE DEL VALORE ECONOMICO DELLA COSA".

La giurisprudenza, dal canto suo, ha da tempo ammesso la configurabilità dell'istituto del pegno rotativo[28]. Il *discussant* gravitante intorno alle garanzie rotative non attiene più soltanto all' *an*, ma si concentra sul *quomodo* possano essere utilizzate dall'autonomia privata[29]. Nonché, verte sulle regole di disciplina le quali non devono essere confliggenti con la normativa vigente sulle garanzie reali[30]. Le resilienze concettuali che il nuovo tipo negoziale aveva in un primo tempo affrontato, in letteratura come in "diritto vivente", sono ormai obsolete, e nella giurisprudenza di legittimità è continua la ricostruzione del patto di rotatività come di una tipologia a formazione progressiva, che origina dal *consensus in idem placitum* delle parti, redatto in forma scritta e corredato di data certa, al quale segue la sostituzione della *res pignorata*, senza che vi sia bisogno di ulteriori stipulazioni e con effetti risalenti alla *datio* dei beni *ab origine* dati in garanzia. Seguendo tale impostazione, la sostituzione dei beni non produce novazione del rapporto, ma viene ad essere soltanto il meccanismo attuativo della clausola di rotatività, sicché la garanzia temporale deve essere riferita solo alla convenzione originaria che la prevede e non già ad eventuali successive scritture attraverso le quali tale processo trova concreta attuazione. Ciò, beninteso sempre che nella convenzione la possibilità di sostituzione dei beni oggetto di pegno sia contemplata *claramente*, e purché la *res* offerta in sostituzione non abbia un valore maggiore a quello originario[31].

In sostanza, il pegno rotativo - individuato come il "patto di rotatività", con il quale le parti convengono la variabilità dell'oggetto del pegno, è stato considerato lecito ai sensi della lettera dell'articolo 1322 c.c., da tempo risalente[32].

Senza dubbio, anche sul fronte pretorio si sono riproposte quelle questioni che già avevano sollecitato la dottrina, e questo soprattutto con riguardo alla compatibilità con l'esercizio del diritto di prelazione. La *law in action*, pertanto, ha individuato, in modo non dissimile da quanto compiuto dalla dogmatica, tre

28 La storica pronuncia che per prima aprì le porte, nel nostro ordinamento, alla ammissibilità del pegno rotativo, la si ritrova certamente in Cass., 28 maggio 1998, n. 5264, *BBTC*, 1998, II, p. 485, con nota di Azzaro, A.M.: "Il pegno rotativo arriva in Cassazione, ovvero come la dottrina diventa giurisprudenza".

29 Sulla complessa tematica si segnalano le opere di Palermo, G.: *L'autonomia negoziale*, Torino, 2015, p. 38 ss.; Perlingieri, P.: *Complessità e unitarietà dell'ordinamento giuridico vigente*, in Id.: *L'ordinamento giuridico vigente e i suoi valori*, Napoli, 2006, p. 3 ss.; Falzea, A.: *La Costituzione e l'ordinamento giuridico*, in Id.: *Ricerche di teoria generale del diritto e di dogmatica giuridica. I. Teoria generale del diritto*, Milano, 1999, p. 453 ss.

30 Cfr. Rescigno, P.: "Le garanzie rotative convenzionali: fattispecie e problemi di disciplina", *BBTC*, 2001, I, p. 4.

31 Cfr. Cass., 1° luglio 2015, n. 3508, in *Pluris*, nonché Trib. Trento, 3 luglio 2018, *ivi.*

32 Cfr. Cass. 28 maggio 1998, n. 5264, in *Pluris*.

requisiti di legittimità del c.d. patto di rotatività, desunti in via interpretativa dall'art. 2787 c.c.: 1) la previsione che le sostituzioni dell'oggetto della garanzia si manterranno nel perimetro del valore dei beni originariamente costituiti in pegno; 2) vi sia una sufficiente e puntuale descrizione del bene del credito, espressa in forma di scrittura di accompagnamento della consegna; 3) la scrittura originaria sia datata con inequivocabile certezza[33]. Se sussistono tali requisiti di validità, anche il patto di rotatività sarà valido, in quanto idoneo a garantire la continuità del rapporto, e le conseguenze della loro sostituzione potranno esser fatte risalire all'atto stesso della consegna originaria dei beni costituiti in garanzia, anche in merito al requisito della data certa, previsto dall'articolo 2787 c.c., per l'originaria validità del contratto.

Nel caso di specie non sono quindi necessari ulteriori accordi e gli effetti risalgono sino alla consegna originaria delle *res pignoratae*. La continuità dei rinnovi fissa difatti "la genesi del diritto reale di garanzia al momento della stipulazione originaria, e non a quello successivo della sostituzione dei titoli"[34]. La Suprema Corte ha osservato che la certezza della data è necessaria ai fini dell'opponibilità a terzi di quel diritto successivamente subentrato, che di per sé non ha la certezza temporale della scrittura originaria del pegno, essendo cambiati i beni in un primo momento indicati[35]. Occorre quindi che qualsiasi atto di sostituzione dei titoli dati in garanzia sia documentato sulla base di scritture dalla inoppugnabile datazione; diversamente la prelazione non sarà opponibile a terzi.

Parimenti, la prescrizione della "sufficiente indicazione della cosa", *ex* art. 2787, comma 3 c.c., è venuta a orientarsi, in relazione alla fattispecie *de qua*, verso una connotazione non limitata alla semplice descrizione delle peculiarità fisiche di quanto *ab initio* ricevuto in garanzia, ma concentrata specialmente in merito al profilo rappresentato dal valore economico che tale *res* possiede, inteso sotto il profilo parametrico e del limite insuperabile dalle successive sostituzioni del bene medesimo (tant'è che, la dottrina non ha mancato di richiamare l'idea della "sufficiente indicazione del valore economico della cosa")[36]. Ne discende che, quando il patto di rotatività sia privo del requisito della indicazione della corretta e precisa indicazione del valore della cosa, si producono una serie di effetti.

33 Cfr. Cass., 22 dicembre 2015, n. 25796, in *Pluris*. Preme sottolineare in questa sede come la soluzione adottata dai Giudici di legittimità sia perfettamente coincidente con quella già individuata, a suo tempo, dal Gabrielli nella sua opera "*Il pegno anomalo*", cit., p. 187: "sul piano teorico nulla esclude che nella predisposizione del regolamento negoziale sia possibile, mediante apposita disciplina, indicare i beni o i titoli sui quali il pegno originariamente costituito potrà estendersi o trasferirsi, prevedendo – proprio in virtù del carattere programmatico e della struttura dell'operazione – le varie fase mediante le quali l'operazione si modulerà e dispiegherà articolandosi nel tempo, nonché le res (bene, valore o diritto) sulle quali la garanzia verrà – o potrà venire – ad insistere; creando, in tal modo, una sorta di "garanzia rotativa". Al riguardo, unitamente alle possibili tecniche di predisposizione del contenuto dell'atto, potrà inserirsi nel regolamento, quale sua parte integrante, uno specifico patto di rotatività dei titoli dati in garanzia".

34 In tal senso Cass., 1° luglio 2015, cit.

35 Cfr. Cass., 26 gennaio 2010, n. 1526, in *Pluris*.

36 Così anche Cass., 4 febbraio 2019, n. 3199, in *Pluris*.

In primo luogo, sarà inopponibile alla massa degli altri creditori il contratto di pegno originario; in via gradata, infatti, si avrà la estinzione di quello stesso pegno originario con contestuale fenomeno novativo e origine di una nuova obbligazione di stampo contrattuale.

In definitiva, quindi, è possibile evidenziare che ad oggi il contratto di istituzione di pegno rotativo costituisce, secondo la *law in action*, un negozio atipico (salve le ipotesi espressamente previste dalla legge) meritevole di tutela, in quanto perseguente scopi di interesse generale e istituto non contrario all'ordine pubblico. Sin da tempi risalenti si è notato infatti che già le norme di diritto bancario uniforme prevedevano il trasferimento del pegno originario sui nuovi titoli[37]. L'istituto poteva riscuotere, ad esempio, i titoli che scadevano nella finestra temporale dell'apertura di credito e reimpiegare le somme riscosse al fine di acquistarne altri di pari durata rispetto a quelli scaduti, che andavano a rimpiazzare l'oggetto del pegno (essendo fungibili perché non individuati)[38]. La giurisprudenza ha escluso tuttavia il pegno di BOT laddove individuati esclusivamente a mezzo di loro specificazione, scadenza e valore nominale; necessita infatti una più dettagliata individuazione attraverso la precisa elencazione del taglio e del numero di serie[39].

IV. SPECIALI TIPOLOGIE DI PEGNO ROTATIVO NEL SISTEMA DOMESTICO. PRIME ESPERIENZE NORMATIVE NEL SETTORE AGROALIMENTARE E LA RICEZIONE LEGISLATIVA DELL'ASSENZA DELLO SPOSSESSAMENTO. LA FATTISPECIE CONTEMPLATA DALL'ART. 46 DEL TESTO UNICO BANCARIO.

Il pegno rotativo (c.d. fluttuante) trova oggi espresso riconoscimento legislativo in Italia[40]. È noto che tutto è iniziato dalla nota vicenda del "pegno" sui prosciutti, di cui alla legge 401/1985, ove si prevede che il pegno possa essere costituito anche mediante "l'apposizione sulla coscia [di maiale] a cura del creditore pignoratizio, in qualunque fase della lavorazione, di uno speciale contrassegno indelebile e con la conseguente annotazione sui registri vidimati annualmente". La costituzione della garanzia mobiliare avviene con uno strumento negoziale e la *traditio* è costituita dall'apposizione di un contrassegno sul bene oggetto di pegno ed una concorrente annotazione su appositi registri, segnalandosi l'assenza dello spossessamento e la presenza di un potere di gestione in capo al debitore, al fine di consentirgli lo svolgimento delle attività necessarie alla trasformazione del bene originario

37 Cfr. Salinas, C.: "Pegno omnibus", *BBTC*, 1997, I, p. 604, Colombo, G.E.: "Pegno bancario; clausole di estensione della garanzia, la prova della data", *BBTC*, 1982, I, p. 201 ss.

38 Cfr. Cass., 28 maggio 1998, cit. Il riferimento normativo è all'art. 2 N.U.B.

39 In questo senso vedi Trib. Roma, 18 luglio 1991, *Riv. dir. civ.*, 1992, II, p. 267- 274.

40 Per una prima informazione si rinvia a Franco, R.: "Pegno "non possessorio" e "rotativo", tra attività di impresa e settore agricolo: costituzione ed effetti", *Jus civ.*, 2021, p. 341 ss., Id.: "Il pegno sui prodotti agricoli e alimentari tra (esplicita rotatività) e (implicita) non possessorietà: dalla tipicità ai modelli. Ovvero dall'unitarietà alla molteplicità", *Riv. dir. alim.*, 2021, n. 2, p. 5 ss.

in prosciutti D.O.C., senza alcun effetto novativo dell'oggetto del pegno[41]. È necessario poi, proprio per garantire la data certa *ex* art. 2704 c.c. dell'operazione costitutiva di pegno, onde permettere al creditore pignoratizio di opporre la prelazione in sede esecutiva *ex* art. 2783, comma 3, c.c., che una copia dei registri, sui quali vengono annotate le suddette operazioni, sia depositata presso le Camere di Commercio, oppure i Consorzi del prosciutto o ancora i Comuni. La principale novità è costituita dalla ricezione legislativa dell'assenza dello spossessamento ai fini della costituzione della garanzia mobiliare, creando parimenti una riserva *ad rem* sia pure tramite una tecnica diversa[42].

L'esegesi della legge aveva generato qualche iniziale perplessità in ordine alla corretta qualificazione giuridica relativa all'oggetto del pegno, laddove il discrimine della disciplina negoziale veniva ricondotto all'individuazione della natura del bene. Si alternavano ricostruzioni che lo specificavano in un bene presente (*id est* le cosce fresche di maiale, che solo successivamente sarebbero diventate "prosciutti D.O.C.") e quelle che lo identificavano in un bene futuro (*id est* nel prosciutto *tout court* al termine della stagionatura) e, quindi, non ancora esistente al momento della costituzione del pegno. Nella prima ipotesi poteva dirsi costituito *hic et nunc* il pegno su bene presente, nella seconda doveva ammettersi invece di essere al cospetto di un pegno su cosa futura e, pertanto, non ancora costituito alla data di conclusione del negozio, se non in termini meramente obbligatori. La garanzia non poteva qualificarsi ancora sorta, con le note conseguente in punto di computo dei termini ai fini della revocatoria e del fallimento[43]. Tradizionalmente, la figura del c.d. pegno "su prosciutto" è stata considerata mediana tra il pegno senza spossessamento e il pegno rotativo.

Come già evidenziato, una vera e propria figura di pegno rotativo si è avuta con la legge 289/1986, la quale statuisce, secondo la lettera dell'art. 7 che "i vincoli gravanti su titoli immessi nel sistema si trasferiscono, senza effetti novativi, sui diritti del depositante", con riguardo a quelli immessi nel sistema di gestione della

41 Cfr. Gabrielli, E.: *Il pegno anomalo*, cit., p. 129.

42 Cfr. Franco, R.: *Le nuove forme, cit.*, p. 23. Sul punto si veda anche Piepoli, R.: *Garanzie sulle merci e spossessamento*, Napoli, 1980, p. 11.

43 Ma sul punto cfr. Gabrielli, E.: Il *pegno anomalo*, cit., p. 24, secondo il quale il bene oggetto della garanzia disciplinata dalla legge n. 401 del 1985 sembra sfuggire alla qualificazione come bene futuro per caratterizzarsi non tanto come un *tertium genus* tra bene futuro e bene presente, bensì come bene oggetto di un processo di produzione, suscettibile di un cambiamento che, senza alterarne la struttura ontologica, è in grado di mutarne la destinazione ed utilizzazione economica e commerciale, con evidenti riflessi sulla disciplina di circolazione del bene stesso. Tra i numerosi interventi si vedano anche Costantino, G. – Jannarelli, A.: "Legge 24 luglio 1985 n. 401: norme sulla costituzione del pegno sui prosciutti a denominazione di origine tutelata", *Nuove leggi civili comm.*, 1986, p. 545 ss.; Guarnieri, A.: "Il pegno si adatta ai prosciutti, *Corr. Giur.*, 1985, p. 903 ss.; Chianale, A.: *Le garanzie reali*, in *Tratt. dir. priv.* Iudica e Zatti, Torino, 2018, p. 122 ss.; Gatti, S.: *Il credito su pegno*, Milano, 1997, p. 159 ss.; Dell'Anna Misurale, F.: *Profili evolutivi della disciplina del pegno*, Napoli, 2004, p. 95 ss.; Vellani, M.: "Un caso particolare di costituzione del pegno"*, Riv. trim. dir. civ. proc. civ.*, 1986, p. 366 ss.; in generale sul tema Zecchin, F.: "La tutela del produttore agroalimentare fra tentativi di riequilibrio del potere contrattuale e misure di sostegno", *Eur. dir. priv.,* 2017, p.1407 ss.; Renna, M.: "Il pegno rotativo sui prodotti Dop e Igpi", *Nuove leggi civili comm.*, 2021, p. 735 ss.

Monte Titoli S.p.A.[44]; in più, nell'art. 4 del DM del 5 gennaio 1995, si contempla che i vincoli su titoli immessi nel sistema accentrato, sostituiti in data sia anteriore che posteriore a quella di entrata in vigore del decreto *de quo*, si trasferiscano, senza produrre alcuna novazione, sui diritti del depositante. Tale sostituzione ha dato la stura ad una serie di forti perplessità sul piano ermeneutico in virtù della tradizionale lettura interpretativa riservata alla fattispecie del pegno di codicistica memoria e, in senso più ampio, al sistema tutto delle garanzie reali. Tale assunto gode di esplicito riconoscimento da parte del legislatore per il pegno dall'art. 2787, comma 3, c.c. ove pone l'esercizio del diritto di prelazione in subordine alla preparazione di una apposita scrittura che goda di certezza nella datazione e contenga una sufficiente indicazione del bene sottoposto a vincolo. Appare pertanto chiaro lo scopo del principio di specialità contenuto in questa norma: tutelare in modo assoluto i creditori chirografari, in quanto solo in questo modo l'assunto denominato della *par condicio creditorum* sugli altri beni del patrimonio del debitore non gravati da alcuna garanzia, e assicurante il giusto equilibrio tra diritto di prelazione del creditore pignoratizio e tutela dei creditori chirografari, sarà pienamente effettivo[45].

Un altro esempio è dato da quanto stabilito all'art. 46 TUB, il quale contempla la costituzione del privilegio su determinate *res mobile*s, ma non tenute ad alcuna iscrizione nei pubblici registri, che possono rappresentare beni in lavorazione fino al raggiungimento dei crediti derivanti dalla vendita dei prodotti finiti, a garanzia del finanziamento alle imprese a medio e lungo termine[46].

Esaminando con attenzione la lettera dell'art. 46 TUB si rileva che il privilegio può essere formato in rapporto a qualsivoglia finanziamento senza tener conto delle sue forme tecniche.

Questo sempre che, resti beninteso, sia peculiarizzato dalle caratteristiche prescritte dall'Autorità di vigilanza per l'operatività sia a medio che a lungo termine. Dovrà essere erogato da qualsiasi istituto di credito a favore di ogni attività economica esercitata in forma di impresa (commerciale, agricola, piccola, pubblica), a condizione che sia superiore a 18 mesi[47]. La durata del finanziamento caratterizza tale fattispecie in modo così incisivo da far ritenere che, nel caso in cui le parti stipulino un accordo negoziale che, solo formalmente, risulti a medio e lungo termine, ma, di fatto, sia destinato ad operare come un contratto

44 Cfr. Tedeschi, G.U.: *Titoli di credito* (voce), in *Dig. Disc. Priv., Sez. Comm*., vol. XV, Torino, 1998, p. 487.

45 Cfr. Piscitello, P.: *Le garanzie bancarie flottanti*, *cit*., p. 35 ss. Per approfondimenti si rinvia anche a Liuzzi, A.: "Dematerializzazione dei titoli e garanzie senza spossessamento nel sistema della Monte Titoli SPA", *Riv. crit. dir. priv*., I, 1992, p. 53.

46 In tal senso Tucci, G.: "Il legislatore italiano degli anni novanta e il paradosso dei privilegi", *Giur.it*., 1999, II, p.1989.

47 Cfr. Rescigno, M.: "Il privilegio per i finanziamenti bancari a medio e lungo termine, con particolare riguardo alla rotatività del suo oggetto", *BBTC*, 1999, I, p. 591.

di finanziamento a breve, questo condurrebbe alla nullità della convenzione di privilegio per frode alla legge. Ciò a causa del comportamento dei soggetti che hanno, per così dire, "girato intorno" al presupposto legale al fine di ottenere il finanziamento, attraverso il mancato rispetto del requisito temporale[48].

V. ULTERIORI FATTISPECIE DI PEGNO ROTATIVO. IL D.L. 59/2016 E LA NUOVA DISCIPLINA DEL PEGNO MOBILIARE NON POSSESSORIO IN ITALIA.

Il fenotipo del pegno rotativo ha ricevuto un espresso riconoscimento in materia di strumenti finanziari dematerializzati, pubblici e privati: in proposito, si veda l'art. 34 del D.lgs. 213/1998, che, a seguito dell'aver fissato che i gravami sugli strumenti finanziari "si costituiscono unicamente con le registrazioni in apposito conto tenuto dall'intermediario", consente l'accensione di "specifici conti destinati a consentire la costituzione di vincoli sull'insieme degli strumenti finanziari in essi registrati". Così operando, il nostro legislatore implicitamente consente che, purché sussista parità di valore, la sostituzione dei singoli strumenti finanziari non incida sull'identità del vincolo. Da ultimo, l'ambito di applicazione del pegno rotativo è stato esteso ai contratti di garanzia finanziaria dall'art. 5 del D.lgs. 170/2004[49].

Nell'anno 2016 invece il legislatore domestico ha definito la nuova disciplina in materia di pegno mobiliare non possessorio attraverso il d.l. n. 59[50] contenente "disposizioni urgenti in materia di procedure esecutive e concorsuali, nonché a favore degli investitori in banche in liquidazione". Nel capo I, in tema di provvedimenti a supporto delle imprese e di accelerazione del recupero dei crediti è stata inserita una norma che ha ufficialmente dato la stura ad una nuova forma di malleveria, caratterizzata dalla specialità e dalla settorialità (dato lo stretto legame esistente tra tale garanzia e crediti riguardanti l'esercizio dell'impresa). La *ratio* di tale innovazione è facilmente rintracciabile nella necessità di agevolare l'accesso al credito alle aziende tutelando al tempo stesso i relativi finanziatori attraverso l'uso di uno strumento che, come delineato nelle esperienze storiche già esaminate, coniuga la possibilità di offrire garanzia senza però privarsi del bene pignorato in quanto funzionale all'esercizio dell'impresa. Il finanziamento delle imprese è incoraggiato attraverso l'agevolazione delle forme di recupero del credito. È infatti consentita la realizzazione del valore del bene ad opera dello stesso creditore, seguendo uno schema, già noto nel contesto delle garanzie e *claramente* non di matrice così focalizzata con riferimento all'impermeabilità dell'autotutela esecutiva rispetto alle procedure fallimentari. I crediti che possono beneficiare di tale malleveria devono essere connotati non solo sotto il profilo soggettivo

48 Cfr. Rescigno, M.: *op. ult. cit.*, p. 592.

49 Sia consentito il rinvio a Aceto di Capriglia, S.: *op. cit.,* Napoli, 2019, p. 32.

50 Pubblicato in GU il 3 maggio 2016.

(il debitore deve rivestire la qualità di imprenditore regolarmente inscritto nei registri), ma anche oggettivo (genetico o funzionale) ben preciso, dovendo essere afferenti all'esercizio dell'impresa. Devono necessariamente essere esclusi i crediti personali dell'imprenditore, ovvero quelli afferenti a diversa impresa. I beni sui quali può essere costituito il pegno possono essere esistenti o futuri, determinati o determinabili anche mediante riferimento a specifiche categorie merceologiche[51].

Ovviamente il fenotipo è carente della peculiarità del possesso (caratteristica pregnante del pegno tradizionale) la quale adempie anche ad una funzione di pubblicità verso terzi. Per ovviare a tale mancanza il provvedimento stabiliva la necessità di realizzare un registro telematico pubblico dei beni in regime di pegno non possessorio al quale attingere le informazioni relative. Tale registro, dopo anni di attesa e preparazione sembra essere finalmente in dirittura d'arrivo: con provvedimento[52] del 12 gennaio 2023 l'Agenzia delle Entrate, ha approvato le specifiche tecniche per la formulazione delle istanze e dei correlati titoli nonché per la trasmissione al conservatore relativa al registro dei pegni mobiliari non possessori.

Il pegno, per il quale la normativa già aveva previsto la forma scritta *ad substantiam*, diviene finalmente opponibile a terzi e nelle procedure esecutive e concorsuali, con l'iscrizione nel registro informatizzato la quale ha una durata di dieci anni, rinnovabile a seguito di una nuova iscrizione.

Ulteriore e non secondaria peculiarità di tale forma di garanzia è data dalle modalità di escussione del pegno, disciplinate dall'art. 1 co. 7 del prefato decreto legge. Infatti il creditore ha un triplice ventaglio di possibilità per vedere soddisfatte le proprie pretese: può vendere direttamente il bene oggetto del pegno, trattenendo quanto a copertura del proprio credito e restituendo al debitore la parte eventualmente ricavata in eccesso. Ovviamente tale opzione è assistita da una serie di garanzie a tutela del *solvens* e di eventuali terzi aventi diritto. In primo luogo infatti si impone un obbligo di comunicazione, anche a mezzo PEC, relativa all'importo ricavato e la contestuale restituzione dell'eventuale eccedenza. La vendita deve svolgersi tramite uno schema procedurale competitivo (non tipizzato) anche a mezzo di soggetti specializzati e sulla base di stime effettuate da esperti operatori. Tale figura professionale deve essere nominata in accordo tra le parti ovvero dal giudice. In alternativa l'*accipiens* può procedere alla escussione dei crediti oggetto di pegno fino a concorrenza della somma garantita ovvero, sempre nel massimale su indicato, alla locazione del bene, imputandone i canoni a soddisfacimento del proprio credito. In ogni caso il contratto originario deve

51 L'elenco contenente la nomenclatura delle categorie merceologiche di appartenenza dei beni che possono formare oggetto di pegno mobiliare non possessorio è stato approvato con provvedimento dell'Agenzia delle Entrate il 12 ottobre 2021.

52 Pubblicato in GU n. 18 s.g. del 23 gennaio 2023.

prevedere i criteri e le modalità di valutazione del corrispettivo della locazione sempre per le stesse ragioni.

Sono ovviamente previste specifiche tutele per il debitore il quale, nel caso in cui il detentore del pegno abbia agito in violazione degli obblighi su indicati, ha tre mesi di tempo a partire dalla ricevuta comunicazione dell'avvenuto o meno soddisfacimento, per adire il giudice per il risarcimento del danno. Pur nelle more dell'approvazione dei regolamenti esecutivi e delle specifiche tecniche necessarie all'iscrizione, tale forma di garanzia ha trovato pieno recepimento nell'ordito domestico e, durante gli eventi pandemici ormai ben noti, ha avuto un ruolo decisivo in alcune politiche economiche a sostegno del mercato.

VI. IL *FLOATING CHARGE* IN DIRITTO ANGLOSASSONE: GENESI STORICA E PECULIARITÀ, IN PARTICOLARE L'ATTUAZIONE DELLA *CRYSTALLISATION*.

L'idea di una garanzia che si protragga nel tempo trae le sue origini nell'ambito dell'esperienza giuridica della *common law* (come dimostra l'utilizzazione ampia della figura del *floating charge*[53]) cui è necessario far riferimento per meglio comprendere la disciplina domestica e tracciare una comparazione che sia foriera di osservazioni metodologiche preziose per il futuro sviluppo dell'istituto.

Si è di fronte ad una particolare garanzia rotativa, prestata dal debitore che svolga la qualità personale d'imprenditore. L'oggetto della garanzia è l'azienda intesa come tutto quel complesso di beni che l'imprenditore dispone per l'esercizio della sua attività. Essendo i beni oggetto della malleveria mutevoli e sostituibili – è essenziale specificare i criteri per il loro riconoscimento. L'azienda viene ad essere sia strumento di credito che di lavoro. L'indiscutibile utilità economica di tale malleveria consta, infatti, nella opportunità per il pignorato di sottrarsi allo spossessamento. In questo modo si evita il dannoso fenomeno del congelamento del bene produttivo e si scongiura la relativa inattività dello stesso, poiché il debitore ne conserva la materiale e funzionale disponibilità. Perché il vincolo diventi operativo,

53 Su cui si veda Gilbart, G.W.: *The floating charge: past, present and future – here and abroad*, London, 1977. In tema di garanzie del credito il diritto anglosassone si rivela un interessante campo di osservazione nel quale si rinvengono differenti forme di garanzie convenzionali a varia nomenclatura identificabili nella triade delle forme di *securities* che prendono il nome di *pledge, mortgage* e *charge*. Il primo, accostabile al nostro pegno, si fonda sullo spossessamento del debitore fino al completo soddisfacimento. Il secondo può essere avvicinato alla nostrana vendita con patto di riscatto in quanto il debitore trasferisce al creditore la titolarità di un bene mantenendone il possesso, con l'obbligo per l'*accipiens* di ritrasferirla una volta soddisfatte le pretese creditorie. Il *charge* si configura invece come un accordo negoziale fra creditore e debitore in virtù del quale il primo può soddisfarsi, fino alla concorrenza del credito, sul ricavato della vendita dei beni del debitore, risultando privilegiato rispetto ai chirografari e ai titolari di un diritto di garanzia sorto successivamente. Da tale forma di garanzia non segue necessariamente il passaggio di proprietà o di possesso del bene al creditore, configurandosi in tal modo una sorta di diretto raffronto con i privilegi presenti nell'ordinamento domestico, sia pure di fonte legale. Il *charge* ulteriormente si suddivide in due sottogruppi comprendenti il *floating*, e il *fixed* il quale pur insistendo su di un bene determinato non implica trasferimento di proprietà o possesso dal debitore al creditore, ma si configura nel diritto dell'*accipiens* di ottenere la vendita del bene, cfr. Candian, A.: *Floating charges,* cit., p. 65; cfr. inoltre Penn, G.A. – Shea, A.M. – Arora, A.: *The law and the practice of international banking*, vol. II, London, 1987, p. 350; Sykes, E.I.: *The law of securities*, Sydney, 1986, 4th ed., p. 924.

bisognerà attendere il momento della *cristallizzazione*. La sua operatività sarebbe differita al momento di quest'ultima: solo allora la garanzia si consoliderà sui beni divenendo in tal modo un *fixed charge* al verificarsi di predeterminate circostanze. Tra queste si segnalano: l'inadempienza o l'insolvenza della società, ragion per cui il *floating charge* si presenta come una possibile risposta alla crisi d'impresa. Sebbene siano *prima facie* evidenti i segni di "modernità" correlati a questo istituto, non meraviglierà apprendere che le sue origini sono abbastanza remote, almeno al tempo della seconda rivoluzione industriale di vittoriana memoria.

In particolare, si tratta dello strumento maggiormente adoperato nel Regno Unito (ma non in Scozia[54]) per fornire garanzia in caso di inadempimento aziendale, realizzandosi in un pegno generale su tutti gli *assets* societari[55]. La caratteristica più importante della c.d. garanzia fluttuante consiste nel consentire alla società interessata di continuare a operare normalmente sul mercato, senza che si registrino interferenze gestionali da parte dei creditori pignoranti. Allo stesso modo, si impedisce che i beni fruttiferi aziendali restino immobilizzati *cavendi causa*, ciò che impedirebbe la loro effettiva messa a reddito. Come negli ordinamenti di *civil law*, la posizione dei creditori pignoratizi è sicuramente di vantaggio posto che, in caso di insolvenza, essi saranno preferiti nella riscossione rispetto agli altri creditori[56]. È proprio tale preferenza, unitamente alla circostanza che il pegno si cristallizzerà al momento dell'inadempimento su beni fissi e individuati, a determinare il successo dell'istituto e l'ampio consenso anche presso i creditori medesimi. Difatti, quando la garanzia si cristallizza, i creditori "chirografari" (*rectius*, "*unsecured" creditors* nella *common law*) nulla possono fare per ottenere la soddisfazione del proprio diritto, se non, in caso di incapienza del patrimonio societario, accordarsi in compromesso coi creditori privilegiati[57]. È da sottolineare tuttavia che, in talune specifiche ipotesi, la giurisprudenza tende ad affievolire detta preferenza quando il creditore chirografario appaia in buona fede e abbia ignorato senza colpa l'esistenza del privilegio[58].

54 Per una riflessione "dal punto di vista di Edimburgo" dell'istituto del *floating charge* si abbia riguardo al recente de Gioia Carabellese, P.: *Lo statutory pledge in Scozia fra banker e farmer*, in Landini, S. - Lucifero, N.: *Il pegno rotativo non possessorio in agricoltura*, Torino, 2023, p. 75 ss. In questa sede si evidenziano i punti salienti: l'istituto in Scozia non ha derivazione giurisprudenziale come è accaduto in Inghilterra, ma è di derivazione britannica. Introdotto con lo *statute* del 1961 *Companies (Floating charges) Scotland Act*, armonizzato con la legge societaria Britannica del 1985 è infine confluito nel *Bankruptcy and Diligence etc. (Scotland) Act 2007*. Pertanto non è da ritenersi il frutto *naturaliter* di dinamiche economiche, ma bensì una scelta di politica di armonizzazione fra due sistemi (inglese e scozzese) mai completamente omogenei. Solo alcuni anni prima della sua introduzione *Lord President Cooper* lo riteneva un istituto "ripugnante nei confronti dei princìpi del diritto scozzese", cfr. *Corse v Capper* [95] SC 233 § 239.

55 Cfr. Aa.Vv.: "The Availability of the Floating Charge as a Security Device in the United States", *Columbia law rev.*, 1928, vol. 28, n. 3, p. 360 ss.

56 Cfr. *In re* General South American Co., 2 Ch. D. 337 (1876), caso in cui neanche una mera irregolarità formale del registro ove era iscritto il pegno ha impedito l'esercizio della priorità di soddisfazione rispetto agli altri creditori.

57 Cfr. Fraser, C.: "Reorganization of Companies in Canada", *Columbia Law Rev.,* 1927, vol. 27, p. 932 ss.

58 Cfr. *Evans* v. *Rival Granite Quarries*, 1910, 2 K. B. 979.

Con lo sviluppo del diritto societario, nell'ambito anglosassone e in quello nordamericano si è sviluppata *prima facie* una giurisprudenza innovativa che è valsa a distinguere in modo netto tali esperienze giuridiche da quelle continentali. E infatti, nel sistema di *civil law* il conflitto tra più creditori privilegiati è regolato da precise disposizioni di legge, che hanno riguardo tanto al c.d. "grado" del privilegio, che alla loro priorità cronologica[59]. Nel diritto anglosassone invece, e in specie in quello nordamericano, è stato stabilito che la società può, successivamente alla pattuizione della garanzia fluttuante, anche costituire nuove ipoteche su beni specifici, le quali possono avere anche priorità superiore rispetto a quella precedente[60]. La scelta, ed è ciò che rileva, spetta in ultima analisi alla società stessa: pertanto, l'ordine di soddisfacimento per i creditori privilegiati non è predeterminato dal testo legislativo. In sostanza è l'impresa che, nell'ordinario gestire i propri affari e quindi prima che si sia verificata una situazione di insolvenza, attribuisce maggiore importanza alla garanzia di un credito piuttosto che a un altro, evidentemente in relazione alla necessità del finanziamento stesso e alla sua funzionalità rispetto ai bisogni dell'azienda[61].

La scaturigine che si ebbe ben presto all'affermazione di una siffatta corrente pretoria, fu che i creditori pignoratizi iniziarono a predisporre specifiche clausole contrattuali con le quali si convenivano pattiziamente divieti di dare priorità a garanzie future ed eventuali (c.d. *pari passu clause*). Anche in questa ipotesi la *law in action* di *common law* ha manifestato un atteggiamento di chiusura avverso suddette clausole negoziali, ritenendole ingiustificatamente restrittive dell'autonomia negoziale. Allo stesso modo, è stata considerata inopponibile la menzionata clausola al terzo successivo creditore, che l'avesse ignorata senza colpa[62].

Più accondiscendenti si sono mostrate le Corti, invece, nel momento della cristallizzazione della garanzia ovverosia al momento della insolvenza. In tale preciso istante, infatti, la garanzia diviene esigibile e dunque eseguibile su tutti gli *assets* dell'azienda.

In verità, è stato specificato che non sempre il momento della cristallizzazione coincide con l'insolvenza. In talune ipotesi infatti la garanzia può diventare non più fluttuante quando l'azienda vende uno degli *assets* essenziali all'esercizio dell'attività economica, o quando è in ritardo con la corresponsione degli interessi

59 In particolare, nell'ordinamento italiano, l'art. 2741 c.c. istituisce il principio di concorso dei creditori, ma gli art. 2745 c.c. ss. disciplinano i privilegi. L'art. 2916 c.c. dispone un limite all'efficacia delle cause di prelazione.

60 Sul punto si veda il caso *In re Florence Land Co.,* 10 Ch., D. 530 (1878).

61 Si è addirittura argomentato che ragionare in senso contrario sarebbe lesivo delle politiche economiche aziendali. Cfr. *Wheatley* v. *Silkstone Co.*, 29 Ch., D. 715 (1885).

62 Cfr. *ex multis*, *In re* Castell & Brown Ltd., 1898, 1 Ch. 315, English, Scottish, etc. Co. v. Brunton, 1892, Q. B. 700, Conveney v. Persse, 1910, 1 Ir. 194, Brunton v. Electrical, etc. Corp., 1892, 1 Ch. 434, Vallefort Sanitary Steam Laundry Ltd., 1903, 2 Ch. 654.

relativi a un finanziamento. Ciò che è tuttavia certo è che non risulta sufficiente la mera manifestazione di volontà del creditore pignoratizio, il quale invece deve porre in essere degli atti specifici che valgano, per così dire, a costituire in mora il debitore[63].

Diacronicamente, il fenotipo si è affermato nel Regno Unito soprattutto con riguardo alle imprese ferroviarie, le quali erano solite emanare titoli obbligazionari o derivati che avevano quali *ubi consistam* i binari già costruiti o anche quelli ancora da costruire (c.d. *future*s), i quali finivano in ultima analisi per formare oggetto della garanzia: l'emissione di titoli era finalizzata al finanziamento delle tratte ancora da completare[64]. Il vantaggio derivante dall'istituto era che la Compagnia poteva continuare a operare, poiché i profitti derivanti dall'uso del materiale rotabile restavano in titolarità dell'azienda, ma in quella specifica ipotesi, i pegni successivi non avevano priorità rispetto a quello iniziale, e dunque essi erano *post*-gradati rispetto al *floating charge*[65]. Negli Stati Uniti d'America, la figura si diffuse inizialmente in assenza di *Statute*s che la regolassero specificatamente, apparendovi più adatta a servire aziende che intendevano sottoporre a pegno un insieme di merci, ove il datore rimaneva in proprietà del bene e poteva finanche venderlo, poiché la garanzia si sarebbe trasferita sugli ulteriori beni acquistati (raramente sulla somma di denaro medesima).

In tale contesto fenomenologico, le preoccupazioni più avvertite da parte della dottrina e dalla giurisprudenza ebbero riguardo a possibili usi abusivi o fraudolenti del sistema dei pegni rotativi. La frode, in particolare e nella prassi, era generalmente rivolta a danno dei creditori chirografari. Molti di questi patti negoziali, volti surrettiziamente a predisporre in favore di taluno dei creditori delle riserve patrimoniali di garanzia in danno di altri, sono stati impugnati e quindi caducati[66]. Indizi di abuso o fraudolenza possono aversi in particolare quando il creditore non ha controllo alcuno circa la sorte della garanzia e il momento della sua cristallizzazione; quando il datore di pegno non ha alcun obbligo di rendere conto circa l'andamento della società, o quando i libri contabili formano oggetto di garanzia essi medesimi[67]. In sostanza, la *ratio decidendi* delle Corti ha manifestato una tendenza a invalidare le garanzie in oggetto tutte le volte in cui il loro sistema di funzionamento fosse significativamente ostacolato. Ciò non ha tuttavia impedito

63 Cfr. Hodson v. Tea Co., 14 Ch D. 859 (1880), Re Crompton & Co., 1914, 1 Ch. 954, Hubbick v. Helmes, 56 L. J. Ch 536 (1887), Hoyt v. E. I. Du Pont De Nemours Co., 88 N. J. Eq. 196, 102 Atl. 666 (1917), *In re* Horne & Hellard, 29 Ch. D. 736 (1885).

64 Cfr. Blair, P.: "The Allocation of after-Acquired Mortgaged Property among Rival Claimants", *Harvard Law Review*, 1926, Vol. 40, No. 2, p. 222-247.

65 Cfr. New York Security & Trust Co. v. Saratoga Gas & Electric Light Co., 159 N.Y. 137, 53 N.E. 759 (1899), Westinghouse Electric & Mfg. Co. v. Brooklyn Rapid Transit Co., 276 Fed. 152, 161 (S.D.N.Y. 1921). In dottrina Blair, P.: "The Priority of United States in Equity Receiverships", 1925, 39 *Harvard Law Rev.*, 1, 27.

66 Cfr. New York Security & Trust Co. v. Saratoga Gas & Electric Light Co., cit.

67 Cfr. Gilbert v. Peppers, 65 W. Va. 335, 64 S.E. 361 (1909), Schumlbach Brewing Co. v. Henaghen, 73 W. Va. 682, 80 S.E. 1107 (1914), Benedict v. Ratner, 268 U.S. 353, 45 Sup Ct. 355 (1923).

di riconoscere la legittimità generale dell'istituto, ritenuto funzionale alle nuove esigenze economiche e comunque compatibile coi principi generali della *common law*.

VII. L'APPLICAZIONE DA PARTE DEL DIRITTO VIVENTE. ELEMENTI ONTOLOGICI ESSENZIALI. DECLINO E RINASCITA DELL'ISTITUTO ALLA LUCE DELLA CRISI ECONOMICA GLOBALE DI INIZIO XXI SECOLO.

È stato affermato che il c.d. *floating charge* o pegno rotativo "costituisce una delle più brillanti creazioni dell'*equity*", posto che si tratta di un meccanismo giuridico elaborato dagli avvocati nella prassi, non rinvenendosi la sua genesi né in una norma né in un precedente specifico[68]. Nel noto caso *Holroyd v Marshall*[69], si affermò per la prima volta che l'*equity law* avrebbe ammesso una garanzia che avesse ad oggetto una proprietà non ancora esistente o futura, purché essa si cristallizzasse al momento della venuta in esistenza della *res*, o al più tardi al momento di insolvenza del debitore[70]. Questa decisione, portò, a detta di alcuni, a una "ulteriore manifestazione del genio inglese di imbrigliare le concezioni più astratte al servizio del commercio"[71]. Ben presto, infatti, furono redatti negozi giuridici che pretendevano di sottoporre a malleveria ogni bene, presente e futuro, del debitore, ma si consentiva esclusivamente al debitore medesimo di disporre di tali beni, gratuitamente, fino a quando l'attività economica non fosse cessata.

Questo tipo di garanzia divenne nota col nome di "garanzia fluttuante" (c.d. *floating charge*)[72]. Il primo caso inglese nel quale il fenotipo venne espressamente riconosciuto fu *Re Panama, New Zealand* e *Australian Royal Mail Co*[73]. La Corte

68 Cfr. Getzler, J. - Payne, J.: *Company Charges: Spectrum and Beyond*, Oxford, 2006, p. 11.

69 Holroyd v Marshall (1862) 10 HLC 191, 11 ER 999. Cfr. Gabrielli, E. - Danese, A.G.: "Le garanzie sui beni dell'impresa: profili della *floating charge* nel diritto inglese", *Banca, borsa e tit. cred.,* 1995, I, p. 633 ss.

70 Per approfondimenti, si vedano Clarke, M.A. - Hooley, R.J.A. - Munday, R.J.C. - Tettenborn, A.M. - Sealy, L.S. - Turner, P.G.: *Commercial Law: Text, Cases and Materials* (5th ed.). Oxford, 2017, p. 69 ss. Il caso è stato deciso al tempo della rivoluzione industriale nell'Inghilterra vittoriana. Con l'espansione dell'industria, le aziende erano affamate di capitali e i relativi uffici commerciali stavano esplorando nuovi modi per le aziende di raccogliere finanziamenti tramite debito su obbligazioni. Nell'ambito di tale processo, i detentori di obbligazioni cercavano una maggiore protezione per sé stessi per proteggere il capitale che avevano investito in queste nuove iniziative per garantire che, in caso di fallimento della società, godessero di un privilegio sui beni della stessa rispetto a eventuali creditori concorrenti. La *quaestio* risulta altresì interessante in quanto la sentenza riporta la firma di tre persone che avevano rivestito il ruolo, o un giorno sarebbero diventate, Lord Cancelliere. La vicenda riguardava nelle vesti di mutuatario un uomo d'affari di nome James Taylor, che lavorava come produttore di damaschi a Hayes Mill, Ovenden, vicino a Halifax, nello Yorkshire. Il caso riporta che "[nel] 1858 divenne insolvente, [e] ebbe luogo una vendita all'asta dei suoi effetti". La famiglia Holroyd acquistò tutti i suoi macchinari. Successivamente essi gli furono rivenduti, ma poiché non poteva pagarli, il prezzo d'acquisto restò in sospeso con la concessione di una garanzia che aveva a oggetto non solo i macchinari medesimi, ma anche tutti i macchinari presenti e futuri e tutti i beni che si trovavano o si sarebbero trovati all'interno dell'azienda.

71 Cfr. Goode, R.: *Commercial Law*, 5a ed., London, 2017, p. 791 ss.

72 Il termine *floating* felicemente suggerisce che "la garanzia *fluttua* sugli *asset* che la società può continuare ad utilizzare nell'esercizio di impresa", testualmente Candian, A.: *op. cit.*, p. 66.

73 *Re Panama, New Zealand, and Australian Royal Mail Co* (1870) 5 Ch App 318. È generalmente accettata come la prima decisione ai sensi della legge inglese a riconoscere una garanzia variabile. La decisione è estremamente breve e la sentenza stessa è di sole due pagine. La causa riguardava un ricorso presentato

d'appello ha ritenuto che l'effetto del contratto fosse che il creditore garantito non poteva interferire con l'esercizio dell'impresa e nei rapporti con il proprio patrimonio fino allo scioglimento della società. Solo il verificarsi di tale evento autorizzava il creditore privilegiato a realizzare la propria garanzia sui beni e a far valere il proprio diritto in via privilegiata rispetto alla restante massa dei creditori. L'uso di tali pegni fluttuanti aumentò in popolarità e si espanse rapidamente fino a quando, come descrisse Lord Walker, "la garanzia fluttuante era diventata un cuculo nel nido dell'insolvenza aziendale"[74]. La critica nei confronti del pegno fluttuante aumentò sino a che, nel noto caso *Salomon v A Salomon & Co Ltd*[75], si ebbe a dire che "per una tale catastrofe come quella verificatasi in questo caso alcuni darebbero la colpa alla legge che consente la creazione di una garanzia fluttuante. Ma un pegno variabile è una forma di garanzia troppo comoda per essere abolita alla leggera (…) è auspicabile che i creditori chirografari di una società commerciale debbano avere un diritto privilegiato sui beni in liquidazione rispetto ai debiti contratti entro un certo tempo limitato prima della liquidazione"[76]. Poco dopo la pubblicazione della decisione, fu emanato il *Preferential Payments in Bankruptcy Amendment Act* del 1897. L'effetto di tale legge fu prevedere che determinate classi di creditori privilegiati avrebbero avuto la priorità sui crediti rispetto ad un creditore garantito in base a una garanzia fluttuante. Tuttavia, l'efficacia di tale legge era limitata dal fatto che un pegno fluttuante si cristallizza in un pegno fisso prima dell'esecuzione: *ergo*, solo con l'*Insolvency Act* del 1986 si ebbe una piena tutela dei creditori chirografari, ove si stabilì che per garanzia "fluttuante" dovesse intendersi anche quella che sia nata tale *ab origine* e sia diventata, per così dire, "fissa" in un momento successivo.

Volgendo lo sguardo all'attualità, gli ultimi anni sono stati teatro di un drastico cambiamento nell'economia globale. La crescita economica da tempo ristagna, mentre l'aumento delle misure di austerità ha portato al declassamento del *rating* creditizio di imprese finanziarie e bancarie.

---

da un obbligazionista contro un'ordinanza. La questione era incentrata sulla capacità della società di cedere tutti i suoi beni aziendali a un creditore ipotecario e se essi includevano anche i proventi della vendita di navi appartenenti alla società.

74 Cfr. 'Re Spectrum Plus Ltd' [2005] UKHL 41, paragrafo n. 130.

75 Salomon v A Salomon & Co Ltd [1896] UKHL 1, [1897] AC 22.

76 *Salomon v. A Salomon* è uno storico caso di diritto societario nel Regno Unito. L'effetto della sentenza unanime della Camera dei Lord è stato quello di sostenere fermamente la dottrina della personalità giuridica delle società, come stabilito nel *Companies Act* del 1862, in modo che i creditori di una società insolvente non potessero citare in giudizio gli azionisti della società per il pagamento dei debiti insoluti. Il signor Aron Salomon produceva stivali e scarpe di pelle come unico proprietario. I suoi figli volevano diventare soci in affari, quindi egli aveva trasformato l'attività in una società a responsabilità limitata. Questa società ha acquistato l'attività di Salomon a un prezzo eccessivo per il suo valore. Il trasferimento dell'attività ebbe luogo il 1° giugno 1892. La società emise al signor Salomon 10.000 sterline in obbligazioni. Sull'adempimento delle sue obbligazioni, il signor Salomon ha ricevuto un anticipo di £ 5.000 da Edmund Broderip. Subito dopo vi fu un calo della vendita di stivali e la società fallì, inadempiendo al pagamento degli interessi sulle sue obbligazioni (metà detenute da Broderip). La società fu messa in liquidazione e quasi tutto il patrimonio societario fu riscosso dal creditore pignoratizio che aveva rilasciato la garanzia fluttuante. Ciò non lasciò quasi nulla per il soddisfacimento dei creditori chirografari.

È indubbio che le banche, gli altri istituti finanziari e i creditori che trattano con il settore hanno cercato di ridurre al minimo la loro esposizione a qualsiasi rischio di mancato rimborso, contraendo garanzie gravanti sulle proprietà dei debitori e assicurandosi che tali garanzie rimanessero effettive ed esecutive in caso di insolvenza del debitore medesimo: la figura della c.d. *floating charge*, dunque, ha conosciuto una nuova espansione nella prassi[77]. In effetti, si tratta di una garanzia che offre una posizione assai vantaggiosa per il creditore, che potrà far valere il proprio diritto in via privilegiata, su tutti i beni futuri della società, con minimizzazione del rischio di realizzo del credito. Allo stesso tempo, consente al medesimo creditore di attrarre, al momento della cristallizzazione della garanzia, beni che *ab ovo* mai avrebbero potuto essere soggetti al pegno[78].

L'impegno della giurisprudenza più recente si è focalizzato soprattutto sul tracciare precise linee di distinzione tra la garanzia fissa e quella fluttuante, per la diversità di regime cui esse sono sottoposte, e in ragione del fatto che il pegno fluttuante può in taluni casi tradursi a discapito di tutti gli altri creditori societari.

In sintesi, è stato affermato che la garanzia può considerarsi fluttuante se dotata di tre caratteristiche: in primo luogo, deve gravare su una classe di beni presenti e futuri di una determinata società; in secondo luogo, deve trattarsi di una classe i cui beni vengono rimpiazzati di volta in volta nel corso dell'ordinario svolgimento delle attività economiche della società; in ultimo, è fondamentale che, fino all'insolvenza o fino a un certo determinato momento, la società sia completamente libera di gestire i beni dati in garanzia tramite il pegno c.d. fluttuante[79].

A contrario, una garanzia fissa determina immobilizzazioni specifiche su terreni, macchinari e altri beni precisamente individuati, conferendo al creditore un interesse immediato alla proprietà dei beni, laddove sia stato dato un adeguato preavviso e sia stato raggiunto un accordo con il datore di pegno. Infatti, tale ultimo non è in alcun modo autorizzato a usare i beni dati in garanzia, a meno che non vi abbia consentito il creditore[80].

Laddove i pegni fluttuanti debbono essere iscritti in un apposito registro, nel diritto anglosassone, solo alcune tipologie di pegno fisso sono sottoposte a onere di iscrizione[81]. Tale trascrizione prevede come regola il rispetto del criterio

77 Per approfondimenti si veda Calnan, R.: *Taking Security: Law and Practice* (2nd ed), Chicago, 2011.

78 Cfr. Clarkson-Maciel, M. - Fradley, P.: *The Excluded Asset Gap: why floating charges capture realizations of unsecured assets,* in *Butterworths Journal of International Banking and Financial Law,* Settembre 2022, p. 515 ss.

79 Cfr. Re Yorkshire Woolcombers Association Ltd, [1903] 2 Ch 284.

80 Cfr. (Administrator of Cosslett (Contractors) Ltd v. Bridgend County Borough Council [2002] 1 AC 336, 352; Supercool Refrigeration and Air Conditioning v. Hoverd Industries Ltd [1994] 3 NZLR 300.

81 Cfr. *Companies Act* del 2006, par. 860(7). Ciò è tuttavia destinato a mutare, essendo allo studio riforme da parte del Dipartimento per le Imprese, l'Innovazione e le Competenze, secondo le quali tutte le garanzie diventeranno registrabili indipendentemente dal fatto che siano fisse o fluttuanti.

cronologico (*first to file*) in ordine alle preferenze da rispettare al momento della soddisfazione dei crediti. Ad un sistema che può apparire rigido ed efficiente fanno da contraltare le frequenti in diritto inglese, applicazioni di regole di *equity* che presuppongono una conoscenza da parte dei terzi (*constructive knowledge*) nonché il periodo di grazia concesso tra l'accordo che ha costituito il pegno e il termine per la trascrizione (ventuno giorni). Ovviamente tali circostanze rendono più arduo per un terzo avente diritto conoscere l'esatta situazione in cui una azienda e i suoi *asset* versano in termini di garanzie prestate ed ha sollecitato il formante dottorale a invocare regole di maggior trasparenza[82]. A seguito dell'*Insolvency Act* del 1986, i liquidatori di società debbono soddisfare primariamente i creditori privilegiati che siano titolari di una garanzia fissa, solo successivamente possono procedere a liquidare i crediti in favore dei creditori da pegno fluttuante. Ciò ha portato le banche e gli istituti finanziari a escogitare nuove forme di garanzia, che potessero più agevolmente qualificarsi come fisse, anche quando avessero presentato le caratteristiche proprie del pegno rotativo. Un esempio è stato quello riguardante i pegni dei c.d. crediti societari (*book debts*). In sostanza, i crediti contabili sono debiti non riscossi dovuti a una società, nonché i proventi realizzati di tali debiti. Questi spesso costituiscono il più grande bene posseduto da una società, pur essendo forse il più indesiderabile per l'uso come garanzia. Ciò dipende dal fatto che il creditore pignoratizio dovrebbe esercitare un significativo controllo sul libro dei crediti contabili formalmente dato in garanzia, e assicurarsi che i flussi creditizi della società rimangano stabili nel tempo. In via ulteriore, non vi è alcuna certezza che i debitori della società soddisferanno effettivamente le obbligazioni contratte con la società medesima.

I maggiori dubbi sistematici che hanno investito questa figura riguardano esattamente la individuazione della sua natura giuridica. L'intento delle banche e degli altri istituti di credito è stato certamente quello di creare un compromesso tra il livello di controllo necessario per assicurarsi la esistenza perpetua e costante di questi crediti societari, e la libertà della società di disporne e di riscuoterli al fine di mandare avanti la propria attività economica. Nel complesso, il pegno gravante sui crediti societari presenta tutte le caratteristiche individuate dalla nota pronuncia *Yorkshire Woolcombers*: investe una classe di beni omogenei presenti e futuri, che mutano di volta in volta nell'esercizio ordinario delle attività di impresa, e di cui il debitore può liberamente disporre sino alla insolvenza[83]. La risoluzione del quesito è intervenuta con la nota pronuncia *National Westminster Bank v.*

82 Diamond, A.L.: *Security, Interests in Property other than land*, Consultation Paper SS4 AAN, 1986, p. 32; Davies, I.: "The reform of personal property security law: can article 9 UCC be a precedent?", *Int. comp. law quart.,* 1988, p. 470.

83 Cfr. Gough, W.: *Company Charges*, 2a ed., Oxford, 1996, p. 38 ss. Per approfondimenti, Goode, R.: 'Charges Over Book Debts: A Missed Opportunity', (1994) 110 *LQR* 592, 604, Berg, A.: 'Charges Over Book Debts: A Reply', [1995] *JBL* 433.

Spectrum Plus[84]. La *House of Lords*, ribaltando all'unanimità la decisione della Corte d'Appello, stabilì che, sebbene la garanzia sui crediti societari fosse espressamente pattuita come fissa, a un'attenta analisi, si doveva correttamente discorrere di un pegno fluttuante, perché il debitore restava libero di impiegare i propri proventi nell'ordinario corso degli affari e ciò costituiva il segno distintivo della garanzia variabile. Lord Scott, nel pronunciare il discorso principale, spiegò che laddove il debitore è libero di gestire e utilizzare i beni dati in pegno o i loro proventi senza prima ottenere il permesso del creditore, il pegno deve essere considerato fluttuante[85].

Non sfuggono al formante dottorale le differenze intercorrenti tra il testé delineato istituto del *floating charge* e il domestico pegno non possessorio. In particolare le distinzioni si palesano nel momento della *cristallization* laddove il legislatore italiano ha concesso al creditore, al verificarsi dell'inadempimento del debitore, il potere di agire, previa intimazione notificata al *solvens,* ad eventuali terzi prestatori di garanzia o aventi diritto, mediante vendita del bene oggetto di garanzia (fino al soddisfacimento delle poste creditorie e salvo l'obbligo di restituzione della eventuale parte eccedente); il potere di esercitare l'escussione o la cessione del credito oggetto di pegno.

Se prevista dal contratto costituente garanzia (da redigersi obbligatoriamente per iscritto a pena di nullità) è possibile anche la locazione del bene, beninteso, imputando gli importi ricevuti a titolo di canone, a soddisfacimento del credito.

Ulteriori criticità riscontrate in particolare dal formante dottrinale britannico[86] in tema di garanzie riguardano la *quaestio iuris* relativa alla condizione in cui versa il debitore "fluttuante" prima che si verifichi la cristallizzazione. In particolare si riscontrano due teoriche, la prima "c.d. *licence theory* che disvela l'ampio potere sul bene in garanzia da parte del debitore sul presupposto che il creditore abbia (anche indirettamente) autorizzato il debitore ad esercitare questo potere; la seconda, c.d. *mortgage of future assets theory,* è invece fondata sul fatto che non esiste un bene specifico sul quale grava il vincolo, esiste un valore"[87].

84 [2005] 2 AC 680.

85 Cfr. *ibid.* Lord Scott, par. 106-107, 110-111, 141-151. In particolare par. 111: "[T]he essential characteristic of a floating charge … is that the asset subject to the charge is not finally appropriated as a security for the payment of the debt until the occurrence of some future event. In the meantime, the chargor is left free to use the charged asset and to remove it from the security".

86 Worthington, J.: "Floating charges – An alternative theory", *The Cambridge Law journal*, 1994, 53(1), pp. 81-103; Gough, W.J.: "The floating charge: traditional themes and new directions", in Finn, P.D. (a cura di): *Equity and Commercial Relationships*, Sydney, 1987, p. 239 ss.; Farrar, J.H.: *Floating charges and priorities* (1974) 38 Conv. p. 315; Ferran, E.: "Floating Charges – The nature of the security", *C.L.J.,* 1988, p. 213 ss.

87 Testualmente, Candian, A.: *op. cit.,* p. 72. In merito è utile ricordare la differenza con la disciplina domestica la quale ha previsto e prescritto la precisa e puntuale indicazione del bene oggetto di garanzia e i poteri in capo al creditore in caso di inadempimento. Nell'ipotesi, ormai prossima alla piena realizzazione, dell'iscrizione del pegno nel registro telematico, la garanzia diviene pienamente opponibile a terzi.

VIII. L'ESPERIENZA "PIONERISTICA" SPAGNOLA DELLA *PRENDA SIN DESPLAZIAMENTO*. "L' UTOPIA" DI UNA ARMONIZZAZIONE A LIVELLO UNIONALE?

Una efficace disamina in chiave comparatistica non può a questo punto prescindere da una, seppur breve, analisi della disciplina nell'ambito di altre realtà giuridiche operanti nel "vecchio continente".

In particolare balza subito all'attenzione dello *scholar* la normativa spagnola la quale, si badi bene, pur se posteriore a quella inglese di circa un secolo, anticipa di alcuni decenni l'equivalente disciplina italiana[88].

Il quadro socio economico della Spagna degli anni '50 del secolo scorso rifletteva la necessità di garantire al tempo stesso certezze di rientro economico da parte dei creditori e garanzie di sviluppo e operatività dell'attività finanziata da parte dei debitori. Già nel 1954 viene identificato lo strumentario giuridico utile a perseguire il suddetto duplice obiettivo.

La ley del 16 dicembre 1954, denominata *De Hipoteca Mobiliaria y Prenda sin Despalazamiento,* introduce[89] una nuova (per l'epoca) forma di garanzia reale anomala su beni mobili sui quali non gravasse l'obbligo di registrazione. In tal modo, ben poteva il pignorante costituire garanzie su beni specifici a copertura dei crediti concessi al pignoratario il quale, a differenza del pegno ordinario, non si vedeva spossessato degli stessi, che rimanevano nella sua disponibilità, continuando ad essere fruttiferi e a poter essere oggetto di godimento e fruizione economica da parte del debitore. In tal modo quest'ultimo veniva messo in grado di produrre la ricchezza necessaria al soddisfacimento anche delle poste creditorie, laddove ciò non sarebbe stato possibile nel caso di una *prenda* ordinaria con spossessamento.

Il debitore ne diviene custode ed è facultato a gestirli purché non in danno del creditore. I beni non possono essere assolutamente oggetto di vendita, salvo che questa non venga esplicitamente autorizzata dal creditore. In mancanza di una esplicita ed evidente *traditio* la pubblicità del negozio è garantita dalla forma prescritta (atto pubblico) e dalla puntuale iscrizione in apposito registro denominato *Registro de Bienes Muebles*, istituito nel 1999 al fine di assicurare l'opponibilità ai terzi e tenuto dal Ministero della Giustizia spagnolo e dalla Direzione Generale dei Registri e del Notariato. Qualora tale iscrizione venisse omessa, verrebbe meno il diritto di seguito e la garanzia diventerebbe *de facto* inefficace.

88 Carrasco Perera, A. F. - Cordero Lobato, E. - Marín López, M.J.: *Tratado de los derechos de garantía*, Madrid, 2002, pp. 750 ss.

89 Jordano, J.B.: "La nuova legge sull'ipoteca mobiliare e prenda sin desplazamiento", *Bollettino informativo dell'Istituto giuridico spagnolo*, 1955, p. 23.

La disciplina *de qua* palesa peculiarità proprie. In particolare, se si opera un raffronto con quella domestica, si rileva come l'ambito di operatività non sia ristretto alle attività imprenditoriali del soggetto debitore. In altre parole in Spagna può aversi *prenda sin desplaziamento* anche nei confronti di chi non riveste tale peculiare ruolo commerciale e con riferimenti a crediti che non sorgono necessariamente nell'ambito dell'attività (agricola) interessata. Ciò dovrebbe indurre alla conclusione che lo strumento sia stato di ampio utilizzo: circostanza che non è verificata dai fatti.

L'istituto ha goduto complessivamente di uno scarso interesse da parte degli operatori[90]. La causa è stata identificata nella specificità dei beni assoggettabili a tale regime, la quale (il dettato della legge lascia pochi margini al riguardo) sembra non consentire interpretazioni di tipo estensivo. Pertanto, potranno essere oggetto di pegno senza spossessamento unicamente i frutti agricoli, il bestiame e i prodotti dalla filiera derivati, i macchinari e gli attrezzi agricoli (*prenda agricola*), le merci e le materie prime stoccate, le collezioni d'arte e quelle di oggetti aventi importanza e valore storico (*prenda artística*). Per quanto suggestivo, l'elenco non è propriamente composto da oggetti "di uso comune".

Operazione estensiva sul piano ermeneutico è stata invece operata da parte della dottrina con riferimento all'*hipoteca flotante*. Applicando la normativa in tema di garanzia su bene immobile nell'ambito di quella inerente la *prenda* si è arrivati anche in Spagna a teorizzare una sorta di pegno fluttuante ove è possibile la sostituzione del bene oggetto di malleveria senza la necessità di stipulare nuovi negozi[91].

Tralasciando il particolare dello scarso effettivo utilizzo dello strumento del pegno non possessorio non si può non osservare che tale figura è presente in ordinamenti europei (segnatamente in quello spagnolo, ma non soltanto[92]) già da tempo risalente. Condizione che fa bene sperare circa la possibilità di una disciplina a livello unionale che uniformi e renda il pegno senza *traditio* una fattispecie paradigmatica[93]. Le condizioni per recepire una uniformazione al riguardo ci sono, in particolare sarebbero le attività economiche, che abbiamo visto essere i fulcri intorni ai quali le discipline orbitano, a beneficiare di una tale evoluzione. Una disciplina armonizzata dell'accesso al credito non può che favorire quel processo

90 Veiga Copo, A.: "Prenda omnibus, prenda rotativa de acciones y garantía flotante", *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, 2001, n. 82, p. 33 ss.

91 Sul tema sia inizialmente consentito il riferimento a Aceto di Capriglia, S.: *Polifunzionalità dell'ipoteca, cit*.

92 Ad esempio il diritto francese, da sempre ancorato ad un rigido principio di tipicità delle garanzie reali, introducendo organicamente la figura del pegno non possessorio attraverso la nota riforma del marzo del 2006 che ha innovato, *ex pluribus*, il nuovo libro IV del *Code civil* dedicato alle garanzie. Anche il Belgio, dopo una prima fase improntata all'emanazione di leggi speciali ha dato organico ricetto alla disciplina del pegno non possessorio con la legge dell'11 luglio 2013, entrata in vigore l'anno successivo.

93 De Pareja Oton, C.G.: *Derechos reales e hipotecario,* Dukinson s.l., Madrid 2019, pp. 238, 239, 240.

circolatorio di beni e servizi da sempre oggetto fondamentale dell'operato delle Istituzioni unionali.

IX. PROSPETTIVE *DE IURE CONDENDO* PER UN "METAVERSO" GENERALE SUL PEGNO ROTATIVO.

Le due fattispecie esaminate di "pegno non possessorio" e "rotativo" incidono significativamente sulla tradizionale qualificazione strutturale della fattispecie di pegno di stampo codicistico. Le diverse qualificazioni possono ovviamente coesistere e concorrere, alla creazione di un nuovo modello di garanzia mobiliare al fine di offrire ai finanziatori e a quanti palesano una pressante necessità di un più facile accesso al credito, rinnovati strumenti per fronteggiare le esigenze imposte dall'economia e dalla finanza.

Prova ne sia la recente disciplina legislativa, introdotta dal decreto legge n. 18 del 17 marzo 2020 (c.d. cura Italia), che nella lettera dell'articolo 78 disciplina alcuni interventi a sostegno (non soltanto) del settore agricolo.

In considerazione del ben noto periodo emergenziale che l'epidemia aveva generato, appariva necessario introdurre forme di agevolazioni e sostegno in particolar modo ai settori agricoli, vitivinicoli e caseari e in generale a tutti quei comparti realizzativi di prodotti Dop e Igp i quali, necessitando spesso di lunghi ed articolati *iter,* rischiavano rimanere relegati nei magazzini in un momento di stasi economica: aggravandola. L'opzione del legislatore nazionale è stata dunque quella di offrire lo strumento del pegno non possessorio a tutti i produttori alimentari impegnati nella filiera di qualità Dop e Igp delineando un sistema che, lungi dall'essere esclusivamente delimitato al periodo emergenziale *de quo,* ha finito con l'introdurre in maniera stabile e strutturata una figura di pegno rotativo applicabile a tutti i prodotti caratterizzati dalle prefate denominazioni qualitative[94].

Infatti il portale informatico dove è possibile registrare telematicamente le operazioni[95], è stato espanso per ricomprendervi anche l'olio EVO Dop e Igp. Importante rimarcare che il *tool* all'attualità è utilizzabile per i soli olii indicati, perché la disposizione che ha dato luogo all'agevolazione creditizia includeva tutti e soltanto i prodotti rientranti in tali denominazioni. Solo successivamente, con il

94 Cfr. Lucifero, N.: "Il pegno rotativo non possessorio in agricoltura", in Landini S. –Lucifero N. (a cura di), *op. cit.*, p. 131 dove vengono riportate interessanti osservazioni di tipo problematico interpretativo, sorte in particolare in ragione della natura "emergenziale" del provvedimento e del rapporto, non sempre nitido con le normative codicistiche ex art. 2786 ss. (aventi ad oggetto però tipologie di pegno incompatibili) nonché in tema di ambito oggettivo. Per esempio non è chiaro se tra i beni possano rientrare anche quelli futuri alla luce dell'indicazione normativa secondo la quale "possono essere sottoposti a pegno, a decorrere dal giorno in cui le unità di produzione sono collocate nei locali di produzione e/o stagionatura e/o immagazzinamento" il che sembrerebbe escludere la possibilità.

95 Cfr. Bellavia, G.: "Il pegno rotativo e non possessorio sui prodotti agroalimentari", in Aa.Vv.: *La difesa del made in Italy nel settore agroalimentare fra spinte protezionistiche e crisi pandemica*, Torino, 2021, p. 138 ss.

decreto del Ministero delle Politiche agricole del 23/7/2020, in attuazione dell'art. 78 co. 2-duodecies, 2-terdecies e 2-quaterdecies del DL 18/2020 ha disciplinato le modalità di tenuta dei registri, specificando le indicazioni, tipologicamente differenziate, da riportare obbligatoriamente, nonché le disposizioni necessarie per aversi registrazione della costituzione e dell'estinzione del pegno rotativo. All'articolo 2 si specifica che per i prodotti per i quali sussiste l'obbligo di annotazione nei registri telematici istituiti nell'ambito del Sistema Informativo Agricolo Nazionale, tale ultimo viene assolto con la puntuale indicazione nei registri. La comunicazione di tale operazione al creditore, da compiersi entro il giorno successivo alla registrazione, compete al debitore. Il creditore, da parte sua, in sede contrattuale può far inserire la richiesta di visibilità dei registri.

Sembra allora davvero maturo il tempo per una disciplina generale sul pegno non possessorio e rotativo, che possa trovare sede organica all'interno del nostro codice civile, al Titolo III del Libro VI, dedicato alla tutela dei diritti. Difatti, in esito al discorso sin qui condotto, emerge una figura di pegno vocata alla molteplicità strutturale che origina direttamente da quella funzionale[96]. Una figura più conforme, anche in termini di efficienza, alle esigenze che la prassi economica invoca in termini di modelli di garanzia. L'esigenza *de iure condendo* si avverte tanto più forte ove si consideri che alcune tipologie speciali di pegno rotativo, quali ad esempio il pegno agricolo, non contemplano alcuna indicazione per la fase di escussione della garanzia, lasciando così all'interprete l'alternativa tra l'applicazione della disciplina codicistica tradizionale o quella "rotativa" prevista dal decreto legislativo n.59/2016[97]. Allo stesso tempo, si pongono problemi relativi a possibili concorsi di garanzie mobiliari in riferimento a taluni beni, quali appunto i prodotti agricoli. Sul punto, l'esperienza di *common law* insegna come l'istituto del pegno rotativo può prestarsi a facili abusi da parte di banche e istituti di credito qualora non adeguatamente disciplinato, in danno della *par condicio creditorum*.

In particolare, come si è già avuto modo di notare, sia nel diritto italiano che in quello anglosassone è necessario far nitore in tema di prevalenza o meno delle garanzie fisse su quelle rotative o non possessorie. Tali ultime, però, solitamente, hanno ad oggetto non un solo bene, bensì intere classi presenti e futuri, che ben possono costituire la ricchezza principale dell'impresa garantita. Il rischio dunque è quello di una incapienza patrimoniale a danno dei creditori chirografari e non.

L'impegno del legislatore ordinario, dunque, deve orientarsi soprattutto nel senso di evitare che le nuove forme di garanzia mobiliare determinino eventi lesivi dei diritti dei terzi, un rischio sempre sotteso.

96 Cfr. Franco, R.: *op. cit*., p. 183.

97 Cfr. Franco, R.: *ibidem*. Per approfondimenti si veda Rumi, T.: "Il pegno rotativo «agricolo» nel decreto Cura Italia", *Dir. agroal*., 2020, p. 667 ss.

In secondo luogo, è maturo il momento per sistematizzare l'istituto sotto un profilo dogmatico, ed enuclearne la profilazione essenziale. Anche sotto tale prospettiva appare proficuo prendere in considerazione gli approdi cui è giunta la giurisprudenza anglosassone e quella nordamericana: la garanzia può (e deve) considerarsi fluttuante se dotata di tre caratteristiche: in primo luogo, deve gravare su una classe di beni presenti e futuri di una determinata società; in secondo luogo, deve trattarsi di una classe i cui beni vengono rimpiazzati di volta in volta nel corso dell'ordinario svolgimento delle attività economiche della società; in ultimo, è fondamentale che, fino all'insolvenza o fino a un certo determinato momento, la società sia completamente libera di gestire i beni dati in garanzia.

Solo in questo modo è possibile che la garanzia mobiliare individuata svolga la funzione cui essa è posta, ovverosia quella di consentire un agevole accesso al credito senza perciò penalizzare la gestione microeconomica dell'azienda. In via ulteriore, debbono trovare altresì accoglimento le conclusioni della giurisprudenza nostrana, che in modo assai avveduto e lungimirante, ha individuato tre requisiti di validità del pegno rotativo: 1) la conservazione del valore dei beni originariamente dati in garanzia, nel caso si dovessero verificare sostituzioni future; 2) la consegna sia accompagnata da un scrittura che contenga sufficiente descrizione della *res* e del credito; 3) la scrittura dalla quale la garanzia ha avuto origine, sia datata in modo certo.

In modo più approfondito, è da notarsi che il requisito di cui al n. 1, ovverosia la previsione che le eventuali e future sostituzioni dell'oggetto si manterranno nel perimetro del valore dei beni in origine costituiti in garanzia, è l'unica previsione in grado di evitare quegli abusi che pure si sono verificati nella esperienza inglese e nordamericana. In particolare quindi, non solo, come già previsto in molte delle discipline speciali, il negozio avente a oggetto la garanzia mobiliare rotativa deve rivestire forma scritta *ad substantiam* ed essere soggetta a trascrizione. In via ulteriore, requisito essenziale del contratto, a pena di nullità, deve essere l'indicazione dell'ammontare del credito garantito e del valore dei beni che vengono sottoposti a vincolo di malleveria. Il soddisfacimento dei creditori deve seguire l'ordine cronologico delle trascrizioni, e per l'esclusivo valore del credito vantato, nella relativa misura dei beni originariamente sottoposti al pegno.

In conclusione, l'autonomia dei privati ne esce rinforzata e nuovamente funzionalizzata *non solum* nella possibile modulazione fattuale dello statuto della malleveria non possessoria[98]. Essa, tuttavia, non si svolgerà più in un "metaverso" privo di norme, con modalità libere e arbitrarie, bensì sarà sottoposta a controlli giudiziali e normativi che ambiscano a tutelarne l'esercizio alla stregua dei principi

98 Cfr. Franco, R.: *op. cit.*, p. 186.

di proporzionalità e ragionevolezza, perseguendo costantemente la giuridicità dell'azione privata, idonea a ricomprendere e al tempo superare, la mera legalità[99].

99 Cfr. Franco, R.: *ibidem*. Sul punto Perlingieri, P.: "Il principio di legalità nel diritto civile, ora" in Id.: *Interpretazione e legalità costituzionale. Antologia per una didattica progredita*, Napoli, 2012, p. 73 ss.

BIBLIOGRAFIA

AA.VV.: "The Availability of the Floating Charge as a Security Device in the United States", *Columbia law rev.*, 1928, vol. 28, n. 3.

AA.VV.: *La difesa del made in Italy nel settore agroalimentare fra spinte protezionistiche e crisi pandemica*, Torino, 2021.

ACETO DI CAPRIGLIA, S.: *Polifunzionalità dell'ipoteca. Uno studio comparatistico*, Napoli, 2019

AZZARO, A.M.: "Il pegno rotativo arriva in Cassazione, ovvero come la dottrina diventa giurisprudenza", nota a Cass., 28 maggio 1998, n. 5264, *BBTC*, 1998, II.

BARBIERA, L.: *La responsabilità patrimoniale*, Milano, 2010.

BARBIERA, L.: *Garanzia del credito e autonomia privata,* Napoli, 1971.

BELLAVIA, G.: "Il pegno rotativo e non possessorio sui prodotti agroalimentari", AA.VV.: *La difesa del made in Italy nel settore agroalimentare fra spinte protezionistiche e crisi pandemica*, Torino, 2021

RUMI, T.: "Il pegno rotativo «agricolo» nel decreto Cura Italia", *Dir. agroal.*, 2020.

BIANCA, C.M.: *Il divieto del patto commissorio*, Camerino, rist. 2013.

BIGLIAZZI GERI, L. - BRECCIA, U. - BUSNELLI, F.D. - NATOLI, U.: *Diritto Civile*, II, *Diritti reali*, Torino, 2007.

BÜLOW, P.: *Recht der Kreditsicherheiten*, Berlin, 2017.

CALNAN, R.: *Taking Security: Law and Practice* (2nd ed), Chicago, 2011.

CALTABIANO, A.: "L'anticipazione bancaria", in PORTALE, G.B. (a cura di): *Le operazioni bancarie*, Milano, 1978, II.

CANDIAN, A.: *Le garanzie mobiliari. Modelli e problemi nella prospettiva europea*, Milano, 2001 e il recente contributo "Floating Charges", in *Il pegno rotativo non possessorio in agricoltura* a cura di LANDINI, S. e LUCIFERO, N.: Torino, 2023.

CARRASCO PERERA, A.F.: *Los derechos de garantía en la Ley concursal*, Madrid, 2009.

CARRASCO PERERA, A. F. - CORDERO LOBATO, E. - MARÍN LÓPEZ, M. J.: *Tratado de los derechos de garantía*, Madrid, 2002.

Carriero, G.: "Monte titoli S.p.A.: le ragioni di un intervento legislativo", *Foro it.*, 1986, V.

Catalano, R.: *Il pegno mobiliare non possessorio ex Lege n. 119/2016,* Napoli, 2018.

Cavalli, G.: *Contratti bancari su modulo e problemi di tutela del contraente debole*, Torino, 1976.

Chianale, A.: *Le garanzie reali*, in *Tratt. dir. priv.* Iudica e Zatti, Torino, 2018.

Chinè, G.: "Il pegno rotativo tra realtà e consensualità", *Giur. it.*,1996, I, 2, c. 570- 571

Ciccarello, S.: voce "Pegno", *Enciclopedia del Diritto*, XXXII, Milano, 1982.

Clarke, M.A. - Hooley, R.J.A. - Munday, R.J.C. - Tettenborn, A.M. - Sealy, L.S. - Turner, P.G.: *Commercial Law: Text, Cases and Materials* (5th ed.). Oxford, 2017.

Clarkson-Maciel, M. - Fradley, P.: "The Excluded Asset Gap: why floating charges capture realizations of unsecured assets", *Butterworths Journal of International Banking and Financial Law,* Settembre 2022.

Colombo, G.E.: "Pegno bancario; clausole di estensione della garanzia, la prova della data", *BBTC*, 1982, I.

Comporti, M.: "Diritti reali in generale", *Tratt. dir. civ. comm.* Cicu e Messineo, Milano, 1980.

Costantino, G. – Jannarelli, A.: "Legge 24 luglio 1985 n. 401: norme sulla costituzione del pegno sui prosciutti a denominazione di origine tutelata", *Nuove leggi civili comm.*, 1986.

Dalmartello, A.: "Pegno irregolare", *Noviss. Dig. it.,* vol. XII, Torino, 1965.

de Gioia Carabellese, P.: "Lo statutory pledge in Scozia fra banker e farmer", in Landini, S. - Lucifero, N.: *Il pegno rotativo non possessorio in agricoltura*, Torino, 2023.

Davies, I.: "The reform of personal property security law: can article 9 UCC be a precedent?", *Int. comp. law quart.,* 1988.

Dell'Anna Misurale, F.: *Profili evolutivi della disciplina del pegno*, Napoli, 2004.

De Pareja Oton, C.G.: *Derechos reales e hipotecario,* Dukinson s.l., Madrid 2019.

Diamond, A.L.: *Security, Interests in Property other than land*, Consultation Paper SS4 AAN, 1986.

Falzea, A.: "La Costituzione e l'ordinamento giuridico", in Id.: *Ricerche di teoria generale del diritto e di dogmatica giuridica. I. Teoria generale del diritto*, Milano, 1999.

Farrar, J.H.: *Floating charges and priorities* (1974) 38 Conv.

Franco, R.: *Le nuove forme di garanzia pignoratizia*, Napoli, 2022.

Franco, R.: "Pegno 'non possessorio' e 'rotativo', tra attività di impresa e settore agricolo: costituzione ed effetti", *Jus civ.*, 2021.

Franco R..: "Il pegno sui prodotti agricoli e alimentari tra (esplicita rotatività) e (implicita) non possessorietà: dalla tipicità ai modelli. Ovvero dall'unitarietà alla molteplicità", *Riv. dir. alim.*, 2021, n. 2.

Fraser, C.: "Reorganization of Companies in Canada", *Columbia Law Rev.,* 1927, vol. 27.

Ferran, E.: "Floating Charges – The nature of the security", *C.L.J.,* 1988.

Gabrielli, E.: *Il pegno "anomalo"*, Camerino, rist. 2022.

Gabrielli, E.: *Studi sulle garanzie reali*, Torino, 2015.

Gabrielli, E.: "Rotatività della garanzia", in *Dig. it.,* Torino, 2011.

Gabrielli, E.: "Il pegno", in *Tratt. dir. civ.* Sacco, Torino, 2005.

Gabrielli, E.: "Spossessamento e funzione di garanzia nella teoria delle garanzie reali", *Fallimento*, 2002.

Gabrielli, E.: *Sulle garanzie rotative*, Napoli, 1998.

Gabrielli, E: *Sulle garanzie rotative*, Napoli, 1998.

Gabrielli, E.: voce "Pegno", *Digesto Discipline Privatistiche*, XIII, Torino, 1995.

Gabrielli, E.: "Le garanzie rotative", in *I contratti del commercio dell'industria e del mercato finanziario*, a cura di Galgano F., I, Torino, 1994.

Gabrielli, E. - Danese, A.G.: "Le garanzie sui beni dell'impresa: profili della floating charge nel diritto inglese", *Banca, borsa e tit. cred.,* 1995, I.

Galli, R.: *Nuovo corso di diritto civile*, Milano, 2016.

Gatti, S.: *Il credito su pegno*, Milano, 1997.

Gazzoni, F.: *Manuale di diritto privato*, Napoli, 2015.

Getzler, J. - Payne, J.: *Company Charges: Spectrum and Beyond*, Oxford, 2006.

Gilbart, G.W.: *The floating charge: past, present and future – here and abroad*, London, 1977.

Goode, R.: *Commercial Law*, 5a ed., London, 2017.

Goode, R.: 'Charges Over Book Debts: A Missed Opportunity', (1994) 110 *LQR* 592, 604, Berg, A.: 'Charges Over Book Debts: A Reply' [1995], *JBL* 433.

Gough, W.J.: "The floating charge: traditional themes and new directions", in Finn, P.D. (a cura di): *Equity and Commercial Relationships*, Sydney, 1987.

Gough, W.J.: *Company Charges*, 2a ed., Oxford, 1996.

Guarnieri, A.: "Il pegno si adatta ai prosciutti", *Corr. Giur.*, 1985.

Jordano, J.B.: "La nuova legge sull'ipoteca mobiliare e prenda sin desplazamiento", *Bollettino informativo dell'Istituto giuridico spagnolo*, 1955.

Katz, A.W.: "An Economic Analysis of the Guaranty Contract", *University of Chicago Law Review,* vol. 66: n. 1, Article 2.

Landini, S.: "Il polimorfismo del pegno: pegno su beni mobili, su crediti, pegno non possessorio", in *Il pegno rotativo non possessorio in agricoltura* a cura di Landini S. e Lucifero N., Torino, 2023.

Liuzzi, A.: "Dematerializzazione dei titoli e garanzie senza spossessamento nel sistema della Monte Titoli SPA", *Riv. crit. dir. priv.*, I, 1992

Migliaccio, E.: *La responsabilità patrimoniale*, Napoli, 2012.

Molle, G.: *I contratti bancari*, Milano, 1966.

Palermo, G.: *L'autonomia negoziale*, Torino, 2015.

Pavone La Rosa, A.: "L'anticipazione bancaria nella disciplina del nuovo codice civile", *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1959.

Penn, G.A. - Shea, A.M. - Arora, A.: *The law and the practice of international banking*, vol. II, London, 1987.

Perlingieri, P.: "Il principio di legalità nel diritto civile", in Id.: *Interpretazione e legalità costituzionale. Antologia per una didattica progredita*, Napoli, 2012.

Perlingieri, P.: "Complessità e unitarietà dell'ordinamento giuridico vigente", in Id.: *L'ordinamento giuridico vigente e i suoi valori*, Napoli, 2006.

Perlingeri, P. - Ferroni, L.: "Situazioni di garanzia patrimoniale", in Id.: *Manuale di diritto civile*, 11, Napoli, 2022.

Porcelli, M.: *Profili evolutivi della responsabilità patrimoniale*, Napoli, 2011.

Piepoli, R.: *Garanzie sulle merci e spossessamento*, Napoli, 1980.

Piscitiello, P.: *Le garanzie bancarie flottanti*, Torino, 1999.

Realmonte, F.: "Il Pegno", *Tratt. dir. priv.* Rescigno, Torino 1982.

Renna, M.: "Il pegno rotativo sui prodotti Dop e Igpi", *Nuove leggi civili comm.*, 2021.

Rescigno, M.: "Il privilegio per i finanziamenti bancari a medio e lungo termine, con particolare riguardo alla rotatività del suo oggetto", *BBTC*, 1999, I.

Rescigno, P.: *Le garanzie rotative convenzionali: fattispecie e problemi di disciplina*, in *BBTC*, 2001.

Rojas Elgueta, G.: *Autonomia privata e responsabilità patrimoniale del debitore*, Milano 2012.

Salinas, C.: "Pegno omnibus", *BBTC*, 1997, I.

Sicchiero, G.: "La responsabilità patrimoniale", in *Tratt. Dir. Civ.* R. Sacco, Milano 2011.

Spano, E.: "Sulla sufficiente indicazione del credito e della cosa nel pegno (nella specie di titoli di credito)", *Banche e banchieri*, 1986, fasc. 11.

Sykes, E.I.: *The law of securities*, Sydney, 1986, 4th ed.

Tedeschi, G.U.: "Titoli di credito" (voce), in *Dig. Disc. Priv., Sez. Comm.*, vol. XV, Torino, 1998.

Tommasini, M.: *La garanzia mobiliare nel sistema che cambia: il pegno come impegno contrattuale*, Napoli, 2019.

Tucci, G.: "Il legislatore italiano degli anni novanta e il paradosso dei privilegi", *Giur.it.*, 1999, II.

Veiga Copo, A.B.: "Prefazione", in Gabrielli, E.: *Il pegno "anomalo"*, Camerino, rist. 2022.

Veiga Copo, A.: "Prenda omnibus, prenda rotativa de acciones y garantía flotante", *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, 2001, n. 82.

Vellani, M.: "Un caso particolare di costituzione del pegno", *Riv. trim. dir. civ. proc. civ.*, 1986.

Veneziano, A.: *Le garanzie mobiliari non possessorie. Profili di diritto comparato e di diritto del commercio internazionale*, Milano, 2000.

Worthington, J.: "Floating charges – An alternative theory", *The Cambridge Law journal*, 1994, 53(1).

Zecchin, F.: "La tutela del produttore agroalimentare fra tentativi di riequilibrio del potere contrattuale e misure di sostegno", *Eur. dir. priv.,* 2017.

LA DESHEREDACIÓN A LA LUZ DE LA DIGNIDAD HUMANA Y LA SOLIDARIDAD FAMILIAR. VALORACIONES DEL SISTEMA SUCESORIO CUBANO

DISINHERITANCE IN THE LIGHT OF HUMAN DIGNITY AND FAMILY SOLIDARITY. VALUATIONS OF THE CUBAN SUCCESSION SYSTEM

Rev. Boliv. de Derecho Nº 37, enero 2024, ISSN: 2070-8157, pp. 262-291

Lisandra
SUÁREZ
y Yasmary
ESTENÓZ

ARTÍCULO RECIBIDO: 8 de octubre de 2023
ARTÍCULO APROBADO: 4 de diciembre de 2023

RESUMEN: La desheredación ha sido ampliamente estudiada por la doctrina, resultando noto el debate en torno a su inserción en el régimen jurídico de la indignidad. Las peculiaridades de la sucesión testamentaria, el auge de ciertos fenómenos sociales y las bases normativas vigentes avalan su individualización en la legislación civil cubana, bajo el fundamento de la dignidad humana y de la reciprocidad de la solidaridad familiar.

PALABRAS CLAVE: Desheredación; dignidad humana; solidaridad familiar.

ABSTRACT: *Disinheritance has been widely studied by the doctrine. This reveals a wide debate in relation to its insertion in the legal regime of indignity. The peculiarities of testamentary succession, the increase of certain social phenomena and the normative bases in force support its individualization in the Cuban civil legislation, under the foundation of human dignity and reciprocity of family solidarity.*

KEY WORDS: *Disinheritance; human dignity; family solidarity.*

SUMARIO.- I. INTRODUCCIÓN.-II. LA DESHEREDACIÓN EN EL CONTEXTO SOCIAL Y JURÍDICO.- 1. La desheredación como institución jurídica sucesoria.- 2. Desheredación e indignidad para suceder. Puntos de aproximación y distinción.- 3. Nociones esenciales en el ámbito normativo y jurisprudencial.- 4. La dignidad humana y la solidaridad familiar como pilares de la desheredación.- III. EL CÓDIGO CIVIL DE 1987. REFLEXIONES EN TORNO A UNA EXCLUSIÓN.- IV.VIABILIDAD DE LA REGLAMENTACIÓN DE LA INSTITUCIÓN DE CARA A UNA ULTERIOR RECODIFICACIÓN EN CUBA.- V. REFLEXIONES FINALES.

I. INTRODUCCIÓN.

El Derecho de sucesiones es el conjunto de normas que regulan la trasmisión de las relaciones jurídico-privadas de que era titular el causante por el hecho de su muerte. Desde una mirada subjetiva implica el poder ostentar la condición de sucesor por causa de muerte, y la facultad subsiguiente, de aceptar o renunciar una herencia, lo que en esencia supone que se tenga aptitud para suceder.[1] En este ámbito, la desheredación es una institución jurídica sucesoria por la que el testador puede privar a determinados sujetos, denominados tradicionalmente por la doctrina como legitimarios o herederos forzosos, de la porción de la herencia que por ley está obligado a reservarle, conceptualizada como legítima, con motivo del comportamiento reprensible de estos contra él. La protección legal que se concede a los legitimarios se fundamenta justamente en la presunción de que los mismos tendrán una conducta acorde a la naturaleza de los lazos familiares que los unen al testador, lo cual, presupone respeto recíproco y auxilio. En consecuencia, cuando estos sean quebrantados de forma grave, es factible para el testador privarlos de la legítima, a razón de lo cual cobra vida la desheredación en su condición de dispensa del cumplimiento de tal obligación, instituyéndose al propio tiempo un equilibrio entre la libertad de testar y la dignidad humana.

La figura en análisis ha sido ampliamente estudiada por la doctrina, siendo noto el debate en torno a su inserción dentro del régimen jurídico de la indignidad sucesoria, dada las semejanzas advertidas en el ámbito de su naturaleza y efectos. Sin embargo, al margen de las disquisiciones teóricas y la diversidad de posturas asumidas por los legisladores, las particularidades de la sucesión testamentaria y el

1 *Vid.* Pérez Gallardo, L. B. y Marrero Xenes, M.: "El Derecho de sucesiones. Delimitación conceptual. Principios que le informan", en AA.VV.: Derecho de sucesiones, (coord. por L. B. Pérez Gallardo), tomo I, Editorial Félix Varela, La Habana, 2006, p. 40.

• Lisandra Suárez Fernández
Profesora e investigadora de la Universidad de Matanzas, Cuba. Correo electrónico: lisisf85@gmail.com

• Yasmary Estenóz Mendoza
Jueza profesional del Tribunal Provincial Popular de Matanzas, Cuba. Correo electrónico: yasmary1284@gmail.com

auge de fenómenos sociales como la violencia y el abandono familiar sostienen su necesaria individualización en las normas sustantivas sucesorias.

Con la extensión a Cuba del Código civil español de 1889, la institución en estudio fue de aplicación en el país, siendo desterrada hasta la actualidad con la entrada en vigor del Código civil cubano de 1987. Sus postulados introducen la institución de los herederos especialmente protegidos,[2] lo cual, representa una particular expresión de la legítima, en tanto, prevé la típica reserva de una cuota en la sucesión testamentaria hacia individuos conectados con el testador por el matrimonio, la consanguinidad u otras bases de significación familiar, únicamente cuando los beneficiarios no sean aptos para trabajar y dependan económicamente del causante. Ello, obviamente excluye su carácter forzoso en todos los casos de disposición testamentaria, otorgándole un contenido asistencial.

Pese a la particularidad de la legítima cubana, el testador quedó despojado de herramientas para condenar de modo expreso las conductas cometidas en su contra por los herederos especialmente protegidos. Ante este supuesto, subsiste únicamente como posibilidad de resarcir la ofensa, la aplicación de lo previsto en cuanto a la incapacidad para suceder. [3] Sin embargo, esta concepción de la norma permite proceder solo después de que acontezca la muerte y a instancia de los beneficiados por conducto de la promoción de un proceso de declaración judicial de incapacidad para heredar. Por ende, la sanción del heredero queda condicionada a la efectiva promoción y solución del proceso; dando margen a que sujetos transgresores sean beneficiados en el ámbito hereditario, lo cual, silencia la potestad decisoria del testador frente a conductas lacerantes y al propio tiempo abre una brecha a la inobservancia de los valores humanos y familiares que socialmente se defienden a nivel universal y nacional.

La reforma constitucional cubana de 2019 retomó el discurso en torno a la dignidad humana, declarándola en esta ocasión como valor supremo.[4] En consonancia se denota una fuerte condena a la violencia, sea motivada por razones de género o acontecida en el ámbito familiar.[5] Siguiendo las líneas trazadas por la

2 El art. 493.1 de la Ley No. 59 de 16 de julio de 1987, publicada en la Gaceta Oficial Extraordinaria de 15 de octubre del mismo año, en lo adelante Código Civil cubano, concebía inicialmente en esta categoría a los descendientes, ascendientes y al cónyuge supérstite. Su formulación fue modificada, ampliándose su dimensión subjetiva al reconocer además dentro de esta categoría al miembro sobreviviente de la pareja de hecho afectiva inscrita, a través de la Disposición final decimoctava de la Ley No. 156 de 22 de julio de 2022, publicada en la Gaceta Oficial No 99 ordinaria de 27 de septiembre de 2022 y refrendada por el Presidente de la República el 26 de septiembre de 2022, al ser ratificada por Referendo Popular, realizado el 25 de septiembre del propio año, en lo adelante Código de las Familias cubano.

3 *Cfr.* art. 469.1 del Código Civil cubano. Las causales de incapacidad fueron ampliadas por la Disposición final décimo tercera, sobrevenida con la promulgación del precitado Código de las Familias.

4 *Cfr* art. 40 de la Constitución de la República de Cuba de 2019, publicada en Gaceta Oficial Extraordinaria, número 5. Esta declaración es coherente con los tratados y convenios internacionales de los cuales el país es signatario, tal como, con los Objetivos de desarrollo sostenible reseñados en la Agenda 2030.

5 *Cfr.* art.s 43, 85 y 86 de la Constitución de la República de Cuba.

carta Magna, el Código de las Familias de 2022 estableció como principios de las relaciones familiares, entre otros, la igualdad y no discriminación; la solidaridad; el respeto y el equilibrio entre orden público familiar y autonomía, haciéndose más significativo el desbalance existente entre los valores constitucionales y familiares y la concepción de la norma sucesoria cubana.

La familia cubana actual se enfrenta a fenómenos que trascienden al Derecho de sucesiones. La proliferación de situaciones de dependencia económica de algunos de sus miembros, así como la presencia de abandono y violencia intrafamiliar en todas sus manifestaciones, resultan un válido incentivo para la revisión del régimen sucesorio en aras de potenciar instituciones que contrarresten conductas lesivas en el marco de la familia. En relación a este argumento Pérez Gallardo ha referido que el Derecho de sucesiones constitucionalizado supone la necesaria flexibilización de los moldes en los que se ha erigido en pos de soluciones más atenuadas y adecuadas a los requerimientos sociales. Principios como el de la solidaridad familiar, el de igualdad, el de no discriminación, el de justicia informan el Derecho de sucesiones moderno.[6]

En un contexto legislativo que prevé la recodificación del Código Civil en breve, es válido valorar la pertinencia de reglamentar la institución de la desheredación como manifestación de la dignidad humana y sanción sucesoria, fortificando al propio tiempo el arsenal axiológico de la nación. A raíz de tal problemática, este estudio se encamina a analizar las bases teóricas de la desheredación como institución jurídica, dedicándose a posteriori a exponer las diferentes posiciones asumidas en el orden normativo y jurisprudencial. Teniendo en cuenta estos presupuestos se aportan consideraciones pormenorizadas del ordenamiento jurídico cubano con la pretensión de ofrecer alternativas en grado de concordar la norma sucesoria a los principios constitucionales y familiares.

II. LA DESHEREDACIÓN EN EL CONTEXTO SOCIAL Y JURÍDICO.

La muerte es un hecho natural que ha captado desde tiempos remotos la atención del Derecho a los fines de encauzar las relaciones jurídicas de que era titular el causante. El testamento, como principal acto jurídico *mortis causa*, se sustenta en la libertad de la persona natural, sin embargo, esta autodeterminación encuentra un límite en la legítima que constituye "(…) la intangible porción patrimonial de lo que en vida de su titular integrara el contenido activo, que en la cuantía que la norma indique, ha de ser destinada a aquellos parientes o cónyuge sobreviviente con las premisas de cada regulación (…) La forma en que esa porción

6 Pérez Gallardo, L.B.: *Estudios sobre la legítima asistencial*, Editorial ONBC, La Habana, 2016, p. 40.

llega a manos de sus destinatarios estará determinada por el sistema legitimario que cada modelo adopte para la dinámica de la sucesión forzosa."[7]

Desde una perspectiva jurídica se ha planteado que esta institución tradicionalmente "ha encontrado su fundamento en la necesaria protección de la familia al establecer una restricción a la libertad de disposición del causante como garantía de la asistencia post mortem de aquel hacia sus parientes más próximos –herederos forzosos-. Por lo que su función se podría equiparar a la de la obligación de prestar alimentos durante la vida del fallecido, pero no es idéntica, ya que la legítima no se dirige a garantizar la subsistencia de los parientes sino la solidaridad familiar intergeneracional."[8] Sin embargo, la defensa de la restricción de la libertad testamentaria que supone la legítima, debe cohabitar con la salvaguarda de los derechos e intereses del causante, máxime si estos son lesionados por quien ostenta la condición de heredero forzoso o legitimario.

Esto es factible justamente a través de la desheredación, por tanto, es una fórmula jurídica que contrarresta la legítima por imperio de la ley. La conexidad entre ambas categorías se expone por Represa Polo cuando alude que "la desheredación en cuanto privación de la legítima ordenada por el testador, únicamente tiene sentido en un sistema sucesorio en el que existen herederos forzosos. Sólo cuando se obliga al causante a dejar una parte de sus bienes a determinadas personas cobra sentido la institución de la desheredación."[9] Desde otra mirada que reafirma los vínculos entre la legítima y la desheredación se ha reflexionado que: "corrige la segunda injusticias que pudieran cometerse en derredor de la primera, en tanto tasada normativamente, causalizada y concurrente, posibilita la liberación del testador de la obligación legal de respetarla."[10]

Ambas instituciones se sustentan en la definición de familia, concebida por la jurisprudencia constitucional colombiana como "aquella comunidad de personas emparentadas entre sí por vínculos naturales o jurídicos, que funda su existencia en el amor, el respeto y la solidaridad, y que se caracteriza por la unidad de vida o de destino que liga íntimamente a sus integrantes más próximos."[11] En tal sentido una de ellas se centra en reconocerla y tutelarla en razón de la valía de sus vínculos

7 Alfaro Guillén, Y.: *El régimen jurídico de la preterición en Cuba*, Ediciones ONBC, La Habana, 2015, p. 12.

8 *Vid.* Pérez- Caballero Rodríguez, C.: "Análisis jurisprudencial sobre las causas de desheredación, *Tesis en opción al grado de Máster Universitario en acceso a la profesión de Abogado*, Universidad de Alcalá, 2019, p. 11. Disponible en:https://ebuah.uah.es/dspace/bitstream/handle/10017/46434/TFM_PerezCaballero_Rodriguez_2020.pdf?sequence=1&isAllowed=y, consultado: 25 de mayo de 2023.

9 Represa Polo, M.P.: *La desheredación en el Código Civil*, Editorial Reus S.A., Madrid, 2016, p. 7.

10 Monforte, J. D.: "Desheredación y revocación de la donación. Maltrato o ausencia de trato. Revisión crítica jurisprudencial", *Diario La Ley*, núm. 9659, 2020, p. 6.

11 *Vid.* Sentencia No. T-070 de la Corte Constitucional Colombiana de 18 de febrero de 2015, siendo magistrada sustanciadora Martha Victoria Sáchica Méndez, disponible en: https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2015/t-070-15.htm, consultada en fecha 25 de mayo de 2023.

y funciones y la otra se orienta a eliminar los beneficios que de ello se derivan cuando se transgreden sus bases.

La familia a nivel global es impactada por múltiples fenómenos que resquebrajan la naturaleza de las interacciones entre sus miembros siendo de especial relevancia la violencia familiar en sus diversas manifestaciones, el abandono, tal como la ausencia de respaldo económico y emocional. Tales episodios, exacerbados por la crisis económica, la migración, el arraigo del patriarcado y el envejecimiento poblacional conducen a las naciones a trazar estrategias políticas y acciones normativas en aras de contener, punir y erradicar tales comportamientos, contrarios a los valores universalmente defendidos. En este contexto, aunque las relaciones jurídicas civiles no son analizadas en primer orden, conciben instituciones como la desheredación, con la cual, es posible ofrecer una repuesta sancionadora desde el ámbito sucesorio.

1. La desheredación como institución jurídica sucesoria.

La desheredación alcanza su máximo esplendor con la evolución del Derecho romano.[12] Al respecto se ha significado la prevalencia en Roma del sistema testamentario sobre el intestado, colocando al centro del discurso la libertad de testar. De una total autonomía, se transcurre a introducir como único límite a esta libertad[13] el obligatorio pronunciamiento del testador en relación a los *heredes suis,* bien para instituirlos o desheredarlos.[14] En un primer momento tal disposición podía ser ejercitada de modo absoluto, admitiéndose la posibilidad de que el *paterfamilias* excluyera de la herencia a sus herederos sin necesidad de aludir justificación alguna.[15]

Esta potestad propició la actuación arbitraria del *paterfamilias* y en consecuencia la ruptura de la unidad familiar, razón que desencadenó la aplicación de la *querella inofficiosi testamenti* a los fines de que fuera valorada la justificación o no de la desheredación.[16] Ello, a juicio de las autoras representa un reconocimiento del valor de los lazos familiares en el contexto sucesorio testamentario, sea para

12 *Vid.* Vallet de Goytisolo, J. B.: "El apartamiento y la desheredación", *Anuario de Derecho civil, 21*(1), 1968, p. 10.

13 Polo Arevalo, E. M.: "La libertad de testar en el Derecho romano y su recepción en el Derecho foral valenciano", *Revista Direito romano poder e direito,* 2013, p. 387.

14 *Vid.* Pascual Quintana, J. M.: "La desheredación en el Derecho español: su desenvolvimiento histórico", *Revista de la Facultad de Derecho*, 3 (73), 1955, p. 259; Arias Ramos, J.: *Derecho Romano*, tomo II, vol. II, Editorial Revista de Derecho privado, Madrid, 1954, p. 1056.

15 *Vid.* Vallet de Goytisolo, J. B.: *Limitaciones de derecho sucesorio a la facultad de disponer: Las legítimas, volumen I*, Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, Madrid, 1974, p. 645; Algaba Ross, S.: *Efectos de la desheredación*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, p. 24.

16 *Vid.* Costa, J. C.: "La legítima en Roma y su recepción en el nuevo Código Civil y Comercial Argentino", *Revista Jurídica electrónica*, Universidad Nacional de Lomas de Zamora, núm. 3, 2016, pp. 6-7. Para profundizar en la materia se indica consultar Ribas-Alba, J. M.: *La desheredación injustificada en derecho romano: querella inofficiosi testamenti: fundamentos y régimen clásico,* Comares, Granada, 1998.

conceder la condición de heredero, como para entender que su vulneración puede implicar la exclusión de la herencia. La determinación de causales que consienten desheredar se introduce en la época del emperador Justiniano en la Novela 115, criterio que prevalece hasta la actualidad en los regímenes sucesorios nacionales con diferentes criterios de amplitud y flexibilidad.

En lo sucesivo los cuerpos normativos reflejan un punto de ruptura, apreciándose una separación de posturas, que de un lado defienden la permanencia de la institución y del otro la absorción de esta en las indignidades para suceder. El icónico Código Napoleónico "no recogió la desheredación, cuya utilidad creían sus autores subsumida en la institución de la indignidad".[17] En otra línea de razonamiento el Proyecto de Código Civil español de 1851 se apartó en este sentido del Código francés, considerando la institución bajo causales expresas para la figura, a lo cual se adicionan las motivaciones previstas para la indignidad para suceder.[18] Siguiendo este criterio la desheredación fue regulada en el Código civil español de 1889, manteniendo su vigencia hasta la actualidad. A razón de esta divergencia de posturas ha aludido Ferrer en relación a la segunda que "es la tendencia de la gran mayoría de legislaciones latinas, en las cuales la regulación de la desheredación es autónoma, y no se confunden con el régimen de la indignidad."[19] De tal suerte, la desheredación se arraiga como una institución que supone la exclusión del derecho a heredar la legítima fijada en la ley bajo la previsión de la normativa, en calidad de excepción a su obligatoriedad general.

De Barón Arniches se ha inclinado a reflexionar que la institución es el acto por el cual el causante priva al legitimario del contenido patrimonial inherente a la legítima; constituyéndose como una sanción civil privada que debe hacer valer el causante si concurre una causa legal.[20] En sintonía Pérez- Caballero Rodríguez la ha definido como "una disposición testamentaria expresa, que constituye una sanción civil de carácter personal, en virtud de la cual se aparta a uno o varios legitimarios individualmente del derecho que la ley le reconoce como heredero forzoso, quedando privado aquel de recibir la parte que por legítima le corresponde."[21] Desde la perspectiva de Sanguinetti "se trata de un instituto que opera a través de una disposición testamentaria, alcanzando únicamente a los legitimarios, es decir, a aquellos sujetos que se ven favorecidos con un beneficio exclusivo conocido como las legítimas."[22] En consideración a los argumentos aludidos, las autoras se

17 Batlle Vázquez, M.: "Invalidez de la desheredación parcial en nuestro Derecho", *Anales de la Universidad de Murcia*, 1º trim., 1951-52, p. 65.

18 *Cfr.* art. 671 y 672 del Proyecto de Código Civil español de 1851, conocido como Proyecto García Goyena.

19 Ferrer. F.: "La desheredación y el proyecto del Código", *La Ley*, Thompson Reuters, 2013, p. 1.

20 Barrón Arniches, P.: "Libertad de testar y desheredación en los Derechos Civiles españoles", *Revista para el análisis del Derecho*, núm. 4, 2016, p. 11.

21 Pérez- Caballero Rodríguez, C.: "Análisis jurisprudencial", cit., p. 14.

22 Sanguinetti, L.: "La desheredación como forma de exclusión sucesoria", *Revista de Derecho*, 20 (39), 2021, p. 223.

decantan por delimitar que se trata de una institución jurídica que nace de una potestad reconocida al testador y que se hace extensible al acto testamentario mediante una concreta disposición que excluye del beneficio de la legítima a uno o varios de los herederos forzosos ante un comportamiento reprensible previsto por la norma.

Para que la desheredación sea válida, ha de ser el testador quien indique nominalmente a los legitimarios exclusos con motivo de haber incurrido en alguna de las causas taxativamente previstas en la ley. En consecuencia, podrá ejercitarlo todo aquel que tenga capacidad para testar, siendo posible sancionar por esta vía a todo aquel que posea la condición de heredero forzoso.[23] Se defiende doctrinalmente la solemnidad de la declaración, previéndose que debe realizarse en testamento con expresa determinación de la causa legal en que se funda, sin que se admita su determinación en documentos privados.[24]

La repercusión de esta disposición testamentaria amerita que la causa que la ha motivado sea reflejada con la mayor precisión posible, aportando los elementos de su justificación. A juicio de Vallet de Goytisolo el elemento de la causa queda formalmente cumplido si se expresa la causa legal, aunque no se precisen los hechos constitutivos, tal como si se refieren los hechos sin individuar la causa. Igualmente ello se configura según el autor si señala genéricamente una causa que pudiera comprenderse en alguna o varias de las legalmente definidas, o aun sin referirse al hecho, o a una causa especifica o genéricamente determinada, las palabras con las que lo exprese sean suficientemente explícitas para comprender que se refirió a hechos ocurridos calificados por la ley como causa de desheredación.[25] Aunque en principio puede entenderse que sería suficiente simplemente señalar la causa, se advierten pronunciamientos judiciales que abogan por que la misma se exprese con la mayor precisión y claridad posible, lo cual, encuentra sostén en la complejidad que pueden suponer estos procesos y particularmente la cuestión probatoria.[26]

23 Al respecto se ha debatido sobre la capacidad de quien resulta desheredado. En materia, Gámez Valenzuela concluye que la desheredación de los menores de edad es una problemática que "seguirá quedando al albur del criterio judicial, debiéndose valorar su imputabilidad según el discernimiento, los antecedentes familiares y, no menos importante, los hechos imputados, desaconsejándose la tipificación de una franja de edad, pues puede haber menores con una edad inferior a los catorce años –edad penal- suficientemente maduros para comprender que golpear a un progenitor atenta contra la solidaridad familiar y, a la inversa, menores de dieciséis años que, por la influencia negativa de uno de los progenitores, no lleguen a comprender que el abandono que ejercen sobre el progenitor o ascendiente que tiene un régimen de visitas puede ser una causa de desheredación." Gámez Valenzuela, M. A.: "La desheredación del menor de edad", *Revista Boliviana de Derecho*, núm. 32, 2021, p. 457.

24 Al respecto sería interesante valorar la factibilidad de admitir esta institución en el supuesto del testamento ológrafo.

25 *Apud*. Vallet de Goytisolo, J. B.: "El apartamiento y ", cit., pp. 20-21.

26 La SAP 13 de febrero 2014 de Barcelona (RJ 2014, 85318) alude que "sería necesario o aconsejable que los fedatarios públicos, al otorgar testamento, invocando esta causa de desheredación, no se limitaran a citar literalmente la causa, sino que solicitaran al testador una mayor explicación o razonamiento a fin de

En esencia, el instituto de la desheredación establece un límite al derecho de los legitimarios de recibir la porción establecida por ley cuando han cometido un comportamiento grave tipificado en la norma contra la persona del testador o sus allegados. Constituye una sanción en el orden sucesorio erigida sobre la base de la libertad del testador, operando al propio tiempo como una valiosa herramienta para estimular conductas de respeto y consideración en el marco de la familia. Los elementos aportados avalan su existencia como institución jurídica, advirtiéndose modos diversos de concebirla en el ámbito doctrinal, lo cual, trasciende a su expresión jurisprudencial y normativa, aunque en todos los casos su principal efecto es la privación de la legítima a quien funge como heredero forzoso.

2. Desheredación e indignidad para suceder. Puntos de aproximación y distinción.

La individualización de la institución en estudio se ha debatido históricamente con la indignidad para suceder. Esta última es reconocida como "aquella sanción civil de pérdida total o parcial de derechos sucesorales, impuesta por la ley y que debe ser declarada judicialmente contra aquel asignatario que ha cometido ciertos actos u omisiones que eliminan o disminuyen su mérito para recoger o retener la asignación que le ha sido deferida con respecto a cierto causante."[27] Los puntos de identidad que comparten han generado que algunas corrientes afirmen que la desheredación queda absorbida por la indignidad, mientras que otros apuestan por su identidad.[28]

En aras de su distinción se ha recalcado que se trata de dos instituciones con caminos distintos para el logro de un mismo fin, uno que parte de la voluntad del causante y otro de la ley.[29] En relación a esta polémica Elorriga de Bonis razonó que "la coexistencia de ambas instituciones en cualquier sistema sucesorio, lejos de ser una redundancia inútil, contribuye a la coherencia del sistema y confluye en la eficacia excluyente que se pretende."[30] La reglamentación pormenorizada de la desheredación ha sido respaldada por autores como Vaquer Aloy, Barba

evitar situaciones injustas, y facilitar la labor de convencimiento de la realidad de la ausencia imputable al legitimario".

27 Lafont Pianetta, P.: *Derecho de sucesiones*, tomo III, Décima edición, Librería Ediciones del Profesional, Bogotá D.C, 2003, p. 266.

28 La dicotomía de criterios se hace extensiva a los códigos civiles nacionales. Algunos determinan causas *números clausus* para que pueda operar la desheredación de forma independiente a las de la indignidad; y otros, como el Código civil español definen que las mismas causas los son para ambas instituciones. *Cfr.* Arts. 852 en relación con el 756 del Código Civil español vigente. Por su parte, Códigos civiles como el italiano, el francés y el venezolano no contemplan la desheredación, tan sólo la indignidad para suceder. *Cfr.* art. 810 y siguientes del Código Civil venezolano; art. 463 del Código Civil italiano y art. 727 del Código Civil francés. La institución recibe un tratamiento individualizado en los Códigos civiles de Chile, Uruguay y Ecuador. *Cfr.* art. 1207 del Código Civil de Chile, art. 896 del Código Civil de Uruguay y art.1230 del Código Civil ecuatoriano.

29 Espada Mallorquín, S.: "El impedimento del ejercicio del derecho a una relación directa y regular entre abuelos y nietos como causal de desheredación e indignidad", *Revista de Derecho*, vol. 28, núm. 2, 2015, p. 80; Mena-Bernal Escobar, M. J.: *La indignidad para suceder*, Tirant Monografías, Valencia, 1995, p. 275.

30 Elorragia Bonis, F.: *Derecho de sucesiones*, Legal Publishing, Santiago de Chile, 2010, pp. 496-497.

y VAZZANO, quienes en su discurso recalcan la necesidad de que el Derecho de sucesiones refuerce el examen ético de los comportamientos de los sujetos beneficiados con la legítima, teniendo en cuenta la condición de reciprocidad que impone la solidaridad familiar que la fundamenta.[31]

La pertinencia de tener un régimen de sanciones sucesorias con la coexistencia de ambas instituciones se sostiene al decir que "aunque las dos figuras coincidan en su finalidad, y constituyan una excepción a la intangibilidad legitimaria, se trata de dos institutos con sujetos distintos, eficacia, instrumentación y motivaciones diferentes."[32] La indignidad es una sanción prevista por la ley que incapacita para suceder, siendo declarada por el juez luego de la muerte del causante partir de la promoción de un proceso en el que ha de quedar debidamente probada la causal que se imputa. La desheredación, aunque también es una sanción que provoca la exclusión de la herencia, es dispuesta por el testador. En este último caso, la causa debe ser expuesta y fundamentada en el acto testamentario de acuerdo a lo previsto por la ley. La certeza de la justa causa de la desheredación solo hace falta probarla si es contradicha. Se puede añadir además que operan de modo distinto, en tanto, la indignidad puede afectar a todo sucesor, ya sea legal o testamentario, mientras que la desheredación va dirigida solo a los herederos forzosos.

La profundización en el estudio de ambas instituciones revela que sus semejanzas primordiales se encuentran en el ámbito de las causales y en su efecto sancionador. Ello motiva que la ley consienta de invocar alguna de las motivaciones previstas para la indignidad como causal para declarar la desheredación, sin embargo, en cuanto a los sujetos involucrados y cómo proceder respecto a ello es necesario un tratamiento normativo específico. En torno a tal polémica refiere Albadalejo que "el hacer causas de desheredación a las que lo son de indignidad para suceder, podría pensarse que es inútil, ya que para que el indigno no pueda suceder no hay que desheredarlo. Sin embargo, aparte de que lo que abunda no daña, en la práctica quizás no va mal permitir que el testador invoque la causa de indignidad como justificación de por qué priva de la legítima al que incurrió en ella, por los efectos distintos que suponen, entre ser indigno y ser desheredado por una de las causas que, siendo también de indignidad, aduzca el testador."[33]

Cabe por lo tanto apuntar que la desheredación revindica al testador desde su propia voz frente a comportamientos inadecuados hacia él o sus allegados,

31 *Vid.* VAQUER ALOY, A.: "Acerca del fundamento de la legítima", *Revista para el análisis del Derecho*, 4, 2017, p. 6; BARBA, V.: "Temas e interpretaciones del derecho sucesorio italiano", *Revista Boliviana de Derecho*, 32, 2021, p. 375 y VAZZANO, F.: "La solidaridad en el sistema de derecho de familias. Especiales consideraciones sobre el Código civil y comercial", *Revista Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales*, Universidad Nacional de La Plata, 18 (51), 2021, p. 70.

32 FERRER. F.: "La desheredación y", cit., p. 2.

33 ALBALADEJO, M.: *Curso de Derecho Civil, Derecho de Sucesiones*, vol. V, Edisofer, SL, Madrid, 10ª ed., 2013, p. 399.

provenientes de personas de su entorno familiar. Su normativización funciona como una excepción al mérito que concede la ley a la familia a través de la legítima, permitiendo al testador penar la transgresión sufrida al otorgar primacía a la voluntad. Los fundamentos aportados sin dudas relacionan la desheredación a la indignidad, reservando la esfera de actuación de la primera al marco testamentario y a la legítima con independencia de que puedan compartir o no las causalidades a nivel normativo. Sin embargo, el punto medular a significar es, al margen de sus semejanzas, la necesaria autonomía de su régimen jurídico.

3. Nociones esenciales en el ámbito normativo y jurisprudencial.

El tratamiento legal en torno a la desheredación ha sido heterogéneo. Ello se puede circunscribir a dos escenarios: la ausencia de su regulación, generalmente asociada a la absorción de la figura en la institución de la indignidad para suceder y el diseño de un régimen jurídico propio caracterizado por el establecimiento de causales bajo un sistema de *numerus clausus*, en ocasiones establecidas de modo común para esta institución y la indignidad.

En países como España, Alemania, Portugal, Suiza, Chile, Uruguay, Brasil, Colombia, Ecuador, Perú y Paraguay se establece que el testador no podrá privar a un heredero legitimario de participar en su herencia, más que en los casos expresamente previstos por la ley. Siguiendo otra perspectiva el Código Civil austriaco establece que la desheredación es la privación total o parcial de la parte obligatoria por disposición testamentaria, y distingue la posibilidad de que el causante reduzca la legítima a la mitad si nunca ha existido con los legitimarios el trato familiar. Así pues, no se trata de privar de la legítima sino de reducir su cuantía. Este cuerpo normativo, a diferencia de otros, considera como causales de desheredación el producir al finado un sufrimiento psíquico grave de manera reprensible y descuidar gravemente sus obligaciones de derecho familiar hacia el fallecido.

Uno de los puntos más polémicos de la figura desde el punto de vista normativo y jurisprudencial es la delimitación de sus causales, cuya interpretación en sede judicial ha sido tradicionalmente muy estricta pese a que en los últimos años se aprecia un cierto proceso de ductilidad y actualización. Ello se ha confirmado al decir que, de forma constante hasta la actualidad, los tribunales han venido reconociendo el carácter taxativo de la desheredación, así como la imposibilidad de analogía, ni de aplicación extensiva. Sin embargo, algunas causales cono el maltrato de obra han experimentado una especial flexibilización.[34]

34 Méndez Martos, J. R: "La desheredación en el ordenamiento jurídico español y la flexibilización de sus causas", *Revista de Estudios Jurídicos y Criminológicos,* núm. 3, 2021, pp. 22-23.

En sentido general, las principales circunstancias reseñadas como causas de desheredación en los códigos civiles redundan en el abandono de los hijos y en la comisión de actos contra la vida o integridad sexual de estos o del propio difunto y sus próximos. En otro sentido puede resultar desheredado quien haya acusado calumniosamente al testador del delito al que la ley señala pena aflictiva, el que con amenaza, fraude o violencia obligase al testador a hacer testamento o a cambiarlo, tal como a quien haya negado sin motivo alguno alimentos al que lo deshereda, maltratado de obra o injuriado gravemente de palabra o perdido la patria potestad. En todos los casos las motivaciones se fundamentan en acciones o comportamientos infractores con sensibles implicaciones a la integridad física, psicológica o moral del testador. Su trascendencia es justamente lo que motiva resquebrajar la legítima, sostenida sobre el pilar del afecto, la solidaridad, el respeto, la tutela y la comunidad de vida que debe caracterizar a las relaciones familiares. Al respecto Arroyo Amayuelas y Farnós Amorós refieren que esto es meritorio dada la naturaleza grave y severa de las conductas que la motivan, referenciando que según la jurisprudencia alemana la justificación de la privación de la legítima a los hijos debía encontrarse en causas graves que supongan una auténtica ruptura de la relación familiar.[35]

Diversos autores se cuestionan la pertinencia de las causas de desheredación previstas en sus países en correspondencia con las características y los fenómenos de la sociedad moderna.[36] La racionalidad de esta polémica se aprecia en la flexibilización de los razonamientos jurisprudenciales en torno a las causas desheredatorias. Destaca en este sentido la jurisprudencia española que a través del Tribunal Supremo ha indicado que las causas de desheredación deben ser objeto de una interpretación flexible conforme a la realidad social, al signo cultural y a los valores del momento en que se producen. Al respecto pueden reseñarse las sentencias del Tribunal Supremo 258 de 2014 y 59 de 2015 donde se evidencia una postura jurisprudencial más flexible, admitiéndose la posibilidad de denegar la cuota legitimaria a los herederos forzosos alegando el maltrato psicológico como causa de desheredación.[37]

Un razonamiento que desarrolla esta afirmación apunta 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 como causa de desheredación,

35 Arroyo Amayuelas, E. y Farnós Amorós, E.: "Entre el testador abandonado y el legitimario desheredado ¿A quién prefieren los tribunales?", *Revista para el análisis del derecho,* núm. 2, 2015, pp. 11-12.

36 *Vid.* Peris Rivera, A.L.: "Desheredación una visión comparada", *Revista Jurídica Iberoamericana*, núm. 7, 2016, p. 332; Ribera Blanes, B.: "Hijos que no quieren saber nada de sus padres: ¿Una nueva causa de desheredación?", *Pensar, Revistas de Ciencias Jurídicas*, 26(4), 2021, pp. 1-14; Ramón Fernández, F.: "La necesaria actualización de las causas de la desheredación en el derecho español", *Revista de Derecho Civil*, 8 (3), 2021, p. 147.

37 *Vid.* STS 258/2014, 3 de junio 2014 y STS 59/2015, 30 de enero 2015 del Tribunal supremo español.

tanto porque así lo exige nuestro sistema de valores constitucional, basado en " la dignidad de la persona como germen o núcleo fundamental de los derechos constitucionales (art. 10 CE); como porque así viene requerido por el ordenamiento jurídico en su integridad, según se desprende del reconocimiento de la figura que, con vocación expansiva, se efectúa en el campo de la legislación especial (Ley Orgánica 1/2004, de protección integral de la violencia de género); como, finalmente, porque así lo precisa el principio de conservación de los actos y negocios jurídicos reconocido por la jurisprudencia del TS y de esta Sala, no solo como canon interpretativo, sino también como principio general del derecho (STS 827/2012 de 15 enero) con una clara proyección en el marco del Derecho de sucesiones en relación con el principio de *favor testamenti* (STS 624/2012 de 30 octubre)."[38] Otros pronunciamientos jurisprudenciales del Tribunal Supremo español más recientes han venido complementando esta reforma interpretativa. Se puede reseñar al respecto la Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de mayo de 2019, donde se razona que "en lo que aquí interesa, de acuerdo con la valoración de la prueba practicada, consideró acreditado que los demandantes habían incurrido en un maltrato psíquico contra su madre a lo largo de los años, particularmente en los últimos años de su vida cuando ya estaba enferma, con una conducta de menosprecio y abandono. También consideró acreditado que no había habido una reconciliación con su hijo Raimundo, que residió en casa de su madre durante sus últimos meses de vida por razones económicas y no de cuidados y asistencia para con su madre."[39]

Cabría decir entonces que la desheredación ostenta complejidad más allá del ámbito doctrinal, exponiéndose diversas posiciones y problemáticas en su esfera regulatoria y jurisprudencial. La cuestión más significativa al momento se refiere a la extensión de sus causales, que, con motivo de la data de la formulación de la mayoría de los Códigos Civiles, no se corresponden plenamente con los fenómenos sociales contemporáneos. Ello, en espera de una reforma, ha suscitado que estas polémicas se resuelvan a través de la sapiencia de los jueces, quienes, han vinculado los efectos de la desheredación a circunstancias no contempladas expresamente en la ley, pero compatibles con la esencia de la institución bajo los cimientos de la dignidad humana y la solidaridad familiar. Por tanto, el hecho de que las causas de desheredación respondan a un sistema *numerus clausus*, no niega la posibilidad a una interpretación evolutiva.

4. La dignidad humana y la solidaridad familiar como pilares de la desheredación.

Un recorrido histórico filosófico señala que la dignidad humana es el respeto que cada individuo merece por pertenecer a nuestra especie, independientemente

38 STSJ 41/ 2015 Cataluña, 28 de mayo 2015, MP: D. Carlos Ramos Rubio, N.º de Recurso: 132/2014.

39 STS 267/2019, 13 de mayo 2019, ROJ 1523/2019.

a su raza, sexo, edad, afiliación política o religiosa, profesión, grupo cultural al que pertenezca, solvencia económica, o cualquier otro elemento que pueda dar lugar a clasificación y diferenciación natural o social entre las personas, colocándose al centro del discurso de la Declaración Universal de los derechos humanos.[40] Lo anterior supone que la dignidad de la persona se concibe como un valor inherente al ser humano, en tanto ser sociocultural, autónomo y libre, lo que presupone su respeto.[41]

Esta condición del ser humano se materializa en dos obligaciones básicas, el deber de actuar de buena fe y la proscripción de la violencia y la discriminación, regla axiológica que debe medir el plexo de valores de las normas jurídicas, pues la dignidad de la persona trasciende a cualquier concepto legal o ético. En consecuencia, quedan los Estados obligados a su reconocimiento, protección, desarrollo, tal como a la definición de vías para su reparación cuando sea vulnerada. La desheredación en el ámbito del Derecho de sucesiones materializa tal compromiso, al devenir en institución capaz de sancionar su vulneración y prevenir la reproducción de estos comportamientos.

Tradicionalmente, la familia ha ido de la mano de la herencia. El Derecho de sucesiones está en gran medida erigido sobre las columnas del edificio familiar, siendo la legítima un ejemplo de ello al dispensar protección económica a determinados familiares próximos del testador, bajo la premisa axiológica del cumplimiento de las funciones familiares entre sus miembros, esencialmente el valor solidaridad familiar. Al respecto Vazzano considera que la solidaridad ocupa un lugar destacado, pues aparece como el motor para la materialización de derechos humanos en muchas de las vinculaciones e instituciones familiares. […] Asimismo, la solidaridad constituye hoy el fundamento de figuras receptadas en atención a la vulnerabilidad y a las necesidades de protección de ciertos sujetos dentro de la familia.[42] Intuitivamente, pudiera definirse como el apoyo mutuo entre personas que pertenecen a una misma o diversas generaciones de una misma familia, lo que lleva implícita la idea de reciprocidad. Es la conciencia compartida de derechos y obligaciones que surge de las necesidades comunes del grupo familiar. Por tanto; si uno de los fundamentos que inspira la legítima es la solidaridad familiar la conducta del heredero forzoso deviene relevante jurídicamente.

Sustentado en ello, sostiene Espada Mallorquín que "limitar el fundamento de la atribución sucesoria en favor de ciertos familiares solo a estados de

40 Al respecto se debe consultar el Preámbulo de la Declaración Universal de los Derechos Humanos proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en París, el 10 de diciembre de 1948 en su Resolución 217 A (III).

41 Singh Castillo, C.: "Persona y dignidad en la historia de la filosofía: su significación para la bioética médica", *Revista de Información científica*, 94 (6), 2015, p. 1417.

42 Vazzano, F.: " La solidaridad en el sistema", cit., p. 70.

necesidad supone transformar la asignación sucesoria en una especie de derecho de alimentos. Esta forma de entender la institución de la legítima implica que se considera que no es una herramienta para garantizar y proteger a la familia como red de solidaridad o unidad emocional en sentido amplio, sino que es un derecho individual excepcional para casos donde sea necesario garantizar la satisfacción de las necesidades básicas de ciertos familiares para su subsistencia, lo que también es matizable. En mi opinión, la situación de necesidad no creo que deba ser la condición para el otorgamiento de asignaciones sucesorias, sino que lo esencial es la constatación de una solidaridad familiar efectiva que justifique garantizar la atribución de una asignación tras el fallecimiento, pero que igualmente legitime su pérdida en los casos en los que dicha solidaridad no sea real.''[43]

Igual línea de pensamiento sigue Vaquer Aloy cuando razona que "[…] ¿no es un reflejo del más recalcitrante individualismo que el legitimario pueda esperar tranquilamente al fallecimiento del causante, sin preocuparse para nada de sus necesidades o transmitirle un mínimo de afecto en sus últimos días, para recibir una parte de la herencia? ¿De qué protección de la familia estamos hablando, si se recibe una parte de la herencia incluso si no se contribuye en nada al bienestar de sus miembros?''[44] En relación a este argumento expone Barba que "el principio de solidaridad exige pues, una lectura global del Derecho de sucesiones, porque por una parte debe encontrar un contra-límites en la libertad de disponer, como expresión del valor de la dignidad humana, y por otra no puede ser considerado desde una perspectiva exclusivamente patrimonial, o unilateralmente como el deber exclusivo del causante hacia el legitimario, sino también viceversa.''[45]

De lo que se viene exponiendo se colige que hablar de una legítima apoyada en la solidaridad familiar requiere una visión bidireccional, que en relación al legitimario permita verificar que la asignación forzosa acontece respecto a un sujeto que no ha transgredido la dignidad del causante. En caso de no cumplirse esta premisa sería legítimo privar a dichos familiares de la porción reservada, dado que no se trata de derechos adquiridos, sino de atribuciones legales basadas en la constatación de la solidaridad familiar que justifica su atribución y protección. Así, todas las causales están diseñadas desde la conexión entre solidaridad familiar y dignidad humana, que han de dialogar con miras a la consecución un adecuado equilibrio.

Es innegable que la familia moderna, principal escenario de realización del individuo, se enfrenta a grandes transformaciones sociales, económicas, medioambientales y políticas. Este panorama se caracteriza por la asignación de

43 Espada Mallorquín, S.: "Libertad de testar, derechos legitimarios y solidaridad familiar", *Revista Chilena de Derecho Privado,* 36, 2021, p. 133.

44 Vaquer Aloy, A.: "Acerca del fundamento …", cit., p. 6.

45 Barba. V.: "Temas e interpretaciones del derecho", cit., p. 375.

roles, el poder patriarcal, los avances tecnológicos, la migración, la reducción de la fecundidad, la ampliación de la esperanza de vida y el envejecimiento poblacional. A ello se añade el lento crecimiento económico, la baja generación de empleos y la vulneración sistemática de los derechos laborales. Todo ello se revierte en el deterioro en la calidad de vida de las familias, tensionando sus relaciones, al punto de exacerbar distanciamientos familiares, procesos de abandono, deficiente comunicación, situaciones de dependencia económica entre sus miembros y aumento de la violencia intrafamiliar en sus diversas manifestaciones.[46] Dentro de estos factores resalta por sus dimensiones el fenómeno de la violencia, en especial en el seno familiar, donde el silencio y la tolerancia la refuerzan a pesar de los avances legislativos implementados para enfrentar este flagelo.

Propio en razón de la consolidación y proliferación de estos fenómenos, resulta prioritario la búsqueda y perfección progresiva de políticas públicas e instrumentos que impidan que las violaciones a los derechos humanos se normalicen y queden impunes. Por tanto, si desde el Derecho de sucesiones la desheredación, por su contenido ético, contribuye a este propósito al corregir conductas reprensibles de los legitimarios y estimular los valores familiares, resulta vital que sea potenciada y actualizada por los ordenamientos nacionales.

III. EL CÓDIGO CIVIL DE 1987. REFLEXIONES EN TORNO A UNA EXCLUSIÓN.

La puesta en vigor en Cuba del Código Civil el 12 de abril de 1988 representó un significativo cambio en el ordenamiento jurídico. Muchas de las instituciones jurídicas reguladas en su predecesor tuvieron una nueva impronta, de lo que no escapó el sistema legitimario, que hasta la fecha defendía el fundamento histórico de preservar una conducta ética entre las personas con vínculos consanguíneos cercanos y la conservación del patrimonio familiar dentro de la familia.

Del examen de los artículos dedicados a la legítima en el vigente Código[47] se palpa la reducción de los preceptos ordenadores, la omisión de figuras fundamentales que la complementaban, imprecisiones en su regulación, la modificación cuantitativa de su contenido, y el cambio de denominación al suprimir toda referencia a la nomenclatura tradicional y sustituirla por la de herederos especialmente protegidos, con una evidente evolución de su fundamento al asistencialismo, a partir de la introducción de los requisitos de dependencia económica respecto

46 Para abundar en profundidad sobre las características y el impacto de este fenómeno *vid*. Ortega Pérez, M. A. y Peraza de Aparicio, C. X.: "Violencia intrafamiliar: la reparación integral como un derecho en el Ecuador", *Iuris Dictio*, 28, 2021, pp.1-12; Flores Flores, J. J.: "Aportes teóricos a la violencia intrafamiliar. *Cultura*, 2020, 34, pp. 1-34; Rodríguez Fernández, A.G.: "Violencia intrafamiliar y colectivos especialmente vulnerables: menores y ancianos. apuntes desde un enfoque interdisciplinar", *Revista Internacional de Doctrina y jurisprudencia*, vol. 19, 2018, pp. 2-14.

47 *Cfr.* arts. del 492 al 495 de Código Civil cubano.

al causante[48] y la inaptitud para trabajar[49] para la configuración de la específica protección prevista. Frente a estos cambios se mantiene incólume el criterio de consanguinidad y la institución matrimonial para determinar en primera instancia los sujetos beneficiados, notándose que con la disposición final decimoctava del Código de las Familias se realiza una reforma que amplía el espectro subjetivo al introducir la posibilidad de que cualquier descendiente puedan adquirir esta condición sin prelación de grado alguno, tal como, la incorporación del unido de hecho sobreviviente de la pareja afectiva inscrita, como resultado de la mirada de pluralidad familiar que orienta la Constitución y desarrolla la norma sustantiva familiar.[50] Hasta la actualidad el beneficio de la legítima exige la coexistencia de estos tres elementos para que opere la institución.[51]

La legítima cubana, amén de su carácter excepcional, constituye una contención a la libertad de testar al regularse que la misma queda limitada a la mitad del acervo hereditario[52] sin que pueda el testador establecer un grado de prelación o atribuir desiguales fracciones. En este sentido, la institución tutela a los que queden sin sostén económico con la muerte del testador, y por ello la actualidad de las circunstancias al momento de la ocurrencia del fallecimiento es otro elemento de vital apoyatura para su calificación, criterio valorativo que habrá de seguirse en caso de que al momento de practicarse la partición y adjudicación ya no existieren en el sujeto estas especiales circunstancias.

Del análisis de la normativa sucesoria cubana se aprecia que el legislador eliminó la institución de la desheredación, dejando latente la posibilidad de que en caso de que algún heredero especialmente protegido incurriera en alguna conducta lesiva al causante o sus allegados pudiera ser declarado incapaz para suceder. La norma prevé al respecto que son incapaces para ser herederos o legatarios aquellos que hubiesen atentado contra la vida del causante o de otro heredero o beneficiario de la herencia; hubiesen empleado engaño, fraude o violencia para

48 Este requerimiento se entiende como la sujeción económica- patrimonial de una persona respecto a otra por déficit de un soporte pecuniario. Es criterio de Pérez Gallardo que se puede depender económicamente de una persona con la cual no se convive o incluso cuando se percibe una jubilación, en tanto quede acreditado que el sostén ineludible del sujeto lo era el pariente o el cónyuge fallecido. Agrega que las circunstancias de cada caso importan para la determinación de tal condición. *Vid.* Pérez Gallardo, L.B.: *Estudios sobre* ,cit. p. 67.

49 Esta condición supone la imposibilidad física o psíquica de un sujeto para realizar por sí mismo una labor productiva, que le permita recibir una remuneración para solventar sus necesidades básicas. Al respecto se ha determinado que bajo este imperio se encuentran menores de edad, ancianos con impedimentos físicos y/o mentales sin pensión por jubilación a cargo de la Seguridad Social, estudiantes universitarios adscriptos a los cursos regulares del Sistema Nacional de Enseñanza, a los que, salvo excepción no se les permite vincularse laboralmente. *Vid.* Pérez Gallardo, L.B.: *Estudios sobre*, cit., p. 64.

50 *Cfr.* art. 493.1 del Código Civil cubano en su versión reformada por la Disposición final decimoctava del Código de las Familias, aprobado el 25 de septiembre de 2022. *Cfr.* arts. 81 y 82 de la Constitución cubana.

51 *Vid.* Sentencia 327 de 30 de abril de 2018 de la Sala de lo Civil y lo Administrativo del Tribunal Supremo Popular de Cuba, siendo ponente Valdés Rosabal, publicada en el Código Civil de la República de Cuba, Ley número 159, de 16 de julio de 1987, (anotado y concordado), Ediciones ONBC, La Habana, 2019, pp. 380-381.

52 *Cfr.* art. 492.1 del Código Civil cubano.

obligar al causante a otorgar una disposición testamentaria o a cambiar o dejar sin efecto la otorgada o hayan negado alimentos o atención al causante de la herencia, reteniendo la posibilidad de que la incapacidad cese por el perdón expreso o tácito del causante. [53]

Es noto resaltar que pese al silencio de la norma en cuanto a la desheredación y a la indignidad para suceder la Disposición final decimocuarta del nuevo Código de las Familias, actualizó las causales que propician la incapacidad para suceder haciendo referencia al abandono físico o emocional del causante de la sucesión, de tratarse de persona adulta mayor o en situación de discapacidad; la privación de la responsabilidad parental; la violencia familiar o violencia de género, en cualquiera de sus manifestaciones sobre el causante de la sucesión; tal como, el impedimento al causante de la sucesión en su condición de abuelo del ejercicio del derecho a comunicarse y relacionarse con sus nietos.[54]

La postura asumida por el legislador cercenó la facultad al testador de poder desheredar a los herederos especialmente protegidos, es decir, de poder negarles o privarles de la porción hereditaria que está obligado a reservarle, dejando únicamente como alternativa la vía judicial para los herederos. El enfoque asistencialista del legislador, potenciado por los principios de solidaridad y responsabilidad que deben primar en las relaciones familiares, justifica una parte de la función social que a la herencia se le introdujo con la promulgación del Código Civil de 1987, sin embargo, la supresión de la figura desheredatoria conllevó a la desestimación de la dignidad humana del testador, ya reconocida con carácter supremo por el constituyente del 1976.[55] Por tanto, aun cuando el testador pudo haber estado sumido en situaciones lacerantes a su integridad física, psíquica o moral, por acciones u omisiones de los herederos especialmente protegidos, al testar, es obligado a reservarles en contra de su voluntad la mitad de su patrimonio hereditario, teniendo como única consolación que una vez sobrevenida la muerte alguno de los herederos inicie el proceso de incapacidad para suceder, razón que pudiera motivar el uso de subterfugios para evitar el cumplimiento de esta disposición legal, como sería el caso de la preterición.

Al respecto se ha señalado como un dislate del régimen legitimario cubano la omisión de la posibilidad de aplicación de las causales de incapacitación a los herederos especialmente protegidos al momento del otorgamiento del testamento, sosteniendo que el respeto a los principios éticos del ser humano obliga a aplicar a todo sucesor el filtro de la capacidad sucesoria, visto que, aquel pariente económicamente dependiente del causante bien pudiera ser la persona

53 *Cfr.* art. 469.1 del Código Civil cubano.

54 *Cfr.* art. 469.1 del Código Civil cubano en su versión reformada por Disposición final decimocuarta del Código de las Familias.

55 *Cfr.* el Preámbulo y el apartado tercero del art. 9 de la Constitución cubana de 1976.

que permanezca más cercana a este, y de quien el último pudiera necesitar cuidados y atenciones que dignifiquen su existencia física y cuya negativa, indiscutiblemente, haría indigno al legitimario de toda protección sucesoria.[56] En referencia a este argumento Pérez Gallardo razona que "la solución no era cercenar las facultades que tradicionalmente le han venido conferidas al testador y que constituye una valiosa arma de la que está dotado para sancionar comportamientos impíos de los más cercanos familiares a quienes, por demás, se les sostiene económicamente, sino la de permitir su ejercicio sin que con ello se atentare contra la tutela conferida por la ley a los especialmente protegidos. Armonizar el justo ejercicio de la facultad de desheredarles a estos, cuando lo merecieren, sin el declino de la protección que merecen y que inspira la propia institución, es clave para la justa regulación normativa."[57]

En consideración a los argumentos expuestos no resulta comprensible que se haya confinado la institución jurídica de la desheredación, máxime cuando se configura como un tratamiento pertinente de reparación y protección, tal como, un mecanismo preventivo y educativo, ante comportamientos que atentan contra las relaciones familiares y toda la gama de valores y principios sobre los que se asienta la sociedad cubana. La solidaridad y responsabilidad que con la legítima se potencian no pueden en ningún caso excluir el respeto al testador que está obligado a concederla.

IV. VIABILIDAD DE LA REGLAMENTACIÓN DE LA DESHEREDACIÓN DE CARA A UNA ULTERIOR RECODIFICACIÓN EN CUBA.

Cuba, según datos demográficos y estadísticos publicados por la Oficina Nacional de Estadística, muestra que ha habido una tendencia al envejecimiento de la población, debido a la baja natalidad que ha impedido el reemplazo generacional. [58] En consecuencia se puede reafirmar que este fenómeno, es la principal característica sociodemográfica de la población cubana en la actualidad y perspectivamente.[59]Ello, unido a la incidencia de la emigración de una parte de la población económicamente activa y en plena capacidad reproductiva, contribuye a la proliferación de situaciones de dependencia económica y abandono familiar. Desde otra perspectiva el último Censo de población y vivienda realizado en Cuba en el año 2012 arrojó que un 4,98% de los habitantes en la nación isleña tenían algún tipo de situación de discapacidad por déficit permanente del habla, débil auditivo, sordo, ciego, débil visual, limitación físico-motora, enfermedad mental

56 Alfaro Guillén, Y.: *El régimen jurídico*, cit., pp. 136-137.

57 *Vid*. Pérez Gallardo, L.B.: *Estudios sobre*, cit., pp.108-109.

58 *Vid*. Anuario demográfico de Cuba 2021 de la Oficina Nacional de Estadística e Información de Cuba, disponible en: http://www.onei.gob.cu/sites/default/files/anuario_demografico_2021_0.pdf.

59 Tal afirmación consta en el Informe de Cuba a la Tercera Reunión de la Conferencia Regional sobre Población y desarrollo de América Latina y el Caribe presentado en el 2018.

crónica, retraso mental, insuficiencia renal crónica, y otras. Otras cifras en ese propio ejercicio dieron cuenta que, de ellos, solo el 28.42% eran económicamente activos. Es evidente que bajo el espectro de protección de la legítima en Cuba se pueden encontrar disímiles sujetos si se tiene en consideración que los términos de discapacidad y dependencia tienen como una de sus notas caracterizadoras la diversidad, lo que deberá evaluarse en cada caso puntual para la correcta aplicación de las decisiones, máxime cuando lo que está en juego es la autonomía, la libertad personal y la tutela familiar.

Por otro lado, las investigaciones de los últimos años dan cuenta de la reproducción de las diferentes manifestaciones de violencia, fenómeno del que no escapan las familias cubanas.[60] La definición de la violencia en el marco familiar se percibe como acciones u omisiones intencionales que protagoniza uno de sus miembros respecto a otro u otros en el marco de las actividades y relaciones que comparten, provocando, entre otras cuestiones, laceraciones a su dignidad humana. En resumen, la discriminación, el maltrato o violencia, son manifestaciones abusivas que desde una perspectiva ético-humanista no merece ninguna persona, visto que sus efectos, además de lesionar la dignidad humana y la integridad física y psíquica de los individuos, afectan la armonía de las familias, el adecuado cumplimiento de sus más esenciales funciones espirituales, formadoras y protectoras, y con ello corroe los cimientos de la sociedad que la padece, a partir de la visión dialéctica en la cual la familia se desdobla en sujeto y objeto de transformación social.

A grosso modo el escenario familiar cubano actual se caracteriza por el aumento de la población vulnerable, la migración de quienes pueden asumir su cuidado y por expresiones de violencia en sus diferentes manifestaciones, lo cual, trae aparejado el abandono, el deterioro de los afectos y la vulneración de la dignidad humana, tal como, la ruptura del respeto y la solidaridad familiar. Derivado de ello resulta pertinente valorar si las herramientas normativas son eficientes para contener y sancionar estos comportamientos.

Como se ha defendido a lo largo de este estudio la desheredación, por su naturaleza y fundamento, deviene en herramienta de defensa y protección de la dignidad humana. La Carta Magna cubana, atemperada a la realidad social actual, se sustenta en primer orden en este principio, delimitándolo como uno de los fines esenciales del Estado cubano.[61] Como punto de esplendor se aprecia su

60 *Vid*. entre tantos Arés Muzio, P.: "Familias y adultos mayores en Cuba", *Revista Temas*, núm. 100-101, 2020, pp. 18-26; García Quiñones, R.: "Cuba: envejecimiento, dinámica familiar y cuidados", *Novedades en Población*, 2019, núm. 29, pp. 129-140; Valdés Jiménez, Y.: "La violencia en las familias cubanas, un espacio para visibilizar desigualdades de género", 2020, disponible en: http://www.cips.cu/la-violencia-en-las-familias-cubanas-un-espacio-para-visibilizar-las-desigualdades-de-genero/, consultado el 31 de mayo de 2023.

61 *Cfr*. el Preámbulo y el art. 13 inciso f de la Constitución de la República de Cuba.

reconocimiento como valor supremo que sustenta el reconocimiento y ejercicio de los derechos y deberes consagrados en la Constitución, los tratados y las leyes.[62] Tal reafirmación convoca a extender esta perspectiva a todo el ordenamiento jurídico nacional. Ello se sustenta en el criterio que sostiene que " […] la dignidad constituye presupuesto axiológico, la base ético- jurídica para el desarrollo legislativo y la interpretación de los derechos y deberes; es el valor subyacente, cuyo contenido esencial debe ser reafirmado en la interpretación de los derechos y de los deberes jurídicos."[63]

Lo anterior ratifica la superioridad de la dignidad humana y la necesidad de extender su esencia a las leyes ordinarias, lo cual, involucra a la materia sucesoria que por demás cuenta con un referente principal en sede constitucional.[64] A ello se añade los pronunciamiento de la Ley de leyes en torno al fenómeno de la violencia, en tanto, condena particularmente la violencia de género y la violencia familiar en cualquiera de sus manifestaciones.[65] En criterio de las autoras tales presupuestos exigen reevaluar, a la luz de la dignidad humana como referente constitucional, la decisión del legislador de 1987 de eliminar la institución de la desheredación, teniendo en consideración además, que la eficacia de la Constitución disminuye en tano sus valores y principios no sean instrumentados jurídicamente."[66]

Como se ha razonado, el Derecho de sucesiones, desde su función social, potencia la asistencia a los miembros de la familia en situación de dependencia a través de la legítima, sin embargo, de cara a los comportamientos reprensibles que los herederos especialmente protegidos puedan cometer contra el testador que le profesa protección económica, solo tiene reservada la fórmula de la incapacitación para suceder del heredero, la que puede solicitarse judicialmente solo después de la muerte de su causante por los sucesores, en atención a las causas taxativamente previstas en la ley. Por tanto, aunque antes de la muerte del testador, se ejerciten acciones compatibles con estas causales, este quedará

62 *Cfr.* art. 40 de la Constitución de Cuba de 2019. Otra alusión indirecta a la dignidad se realiza en el art. 8 donde se establece que integran el ordenamiento jurídico nacional los tratados internacionales vigentes de los que nuestro país es parte o se integra. Ello remite a los tratados, convenios y pactos referidos a la dignidad de los cuales Cuba es signataria. Entre ellos se puede mencionar la Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948), el Pacto Internacional sobre la Eliminación de la Discriminación Racial (1965), la Convención sobre todas las formas de discriminación contra la mujer (1979), la Convención sobre los derechos de los niños (1989), la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad (2006). Se puede apreciar una réplica de estas normativas en el texto constitucional como reafirmación a la dignidad humana de grupos especialmente vulnerables en los arts. 86 y 89 dedicados a la protección de las niñas, niños y adolescentes y a las personas en situación de discapacidad respectivamente.

63 Guzmán Hernández, Y., Bindi, E. y Reiber, K.: "La dignidad en la Constitución cubana de 2019 y en dos notas comparadas: dimensiones de análisis y retos para el juez", *Revista Cubana de Derecho*, 54, 2019, p. 33.

64 *Cfr.* art. 63 de la Constitución cubana donde se reconoce el derecho a la sucesión por causa de muerte, reservando a las demás leyes la regulación de su contenido y alcance.

65 *Cfr.* los arts. 43 y 85 de la Constitución cubana.

66 Prieto Valdés, M.: "Las garantías constitucionales de los derechos fundamentales y la Constitución de 1976", en AA.VV.: La Constitución cubana de 1976: cuarenta años de vigencia (coord. por A. Matilla Correa), Editorial UNIJURIS, La Habana, 2016, p. 173.

obligado a reservar la legítima. Sin lugar a dudas, se advierte un dilema ético en la norma sucesoria cubana, a partir del conflicto de los valores de solidaridad y protección familiar que fundamentan la institución de herederos especialmente protegidos, con la dignidad humana de quien está obligado a protegerlos, cuyo punto de desencuentro es la falta de reconocimiento de la necesaria reciprocidad que supone el valor solidaridad familiar.

Corroborada la necesidad social, axiológica y jurídica de la inserción de la figura de la desheredación en las normas sustantivas sucesorias, así como el respaldo constitucional, a partir de la supremacía que se le concede a la dignidad humana, es meritorio un análisis de la afinidad de la institución jurídica, con otras normas sustantivas y procesales del ordenamiento jurídico cubano a los fines de comprobar su coherencia.

Un primer punto a esclarecer es que no existen criterios antagónicos entre los efectos excluyentes de la desheredación y el fundamento de asistencia de la legítima cubana, en tanto, la solidaridad y responsabilidad familiar en la que se sustenta esta última, exige una lectura recíproca, de lo cual se puede colegir que la desheredación no vulnera la legítima, sino que la avala a partir de un juicio de equilibrio entre los valores involucrados. Por tanto, la perspectiva actual de la legítima en Cuba o cualquier modificación que sobrevenga a tono con su naturaleza doctrinal no se opone a la reglamentación de la desheredación.

La concesión de esta facultad al testador se materializa a través de la intervención del notario público quien a través de la debida asesoría puede redactar el testamento, teniendo en consideración los hechos, las pruebas y su conexión con las causales que se determinen de una intervención legislativa, debiendo incorporar en función de su régimen jurídico las advertencias esenciales al acto. La factibilidad de esta disposición testamentaria se respalda en la redacción del art. 476.2 del Código Civil, en tanto, admite las disposiciones no patrimoniales, relativas a situaciones sustentadas en la existencia y centralidad de la persona.[67]

Atendiendo a la limitación de derechos que supone la institución, resulta ineludible plantearse la determinación de causales con un carácter *números clausus*. Las mismas deben revestir la entidad suficiente que las justifique, es decir, deben basarse en actos que ameriten tal castigo por el descrédito que dan a su autor, y por tanto han de ser ciertos, veraces e imputables al especial protegido por haberlas cometido con toda intencionalidad, lo que justifica la improcedencia de que la desheredación se haga parcialmente.

67 *Cfr.* art. 476.2 del Código Civil en su versión reformada por Disposición final Decimoquinta del Código de las Familias.

Un examen de las causales de incapacidad para suceder previstas en el art. 469 del Código civil cubano, permite valorar la posibilidad de su aplicación para el instituto desheredatorio. Estas guardan relación con la comisión de presuntos hechos delictivos intencionales contra la vida y la integridad corporal, el honor, la indemnidad sexual, la libertad o los derechos patrimoniales del causante, sus descendientes, ascendientes, cónyuge o pareja de hecho afectiva, hermanos, sobrinos y tíos, así como de hijos e hijas afines, padres y madres afines y otros parientes socioafectivos dentro del tercer grado de parentesco. Otras conductas que merecen la respuesta desheredatoria del testador, son el empleo de engaño, fraude o violencia para obligar al causante a otorgar una disposición testamentaria, o a cambiar o dejar sin efecto la otorgada. El resto de los comportamientos identificados están vinculados al normal desenvolvimiento de las relaciones familiares, incluyéndose, la negativa de alimentos o falta de atención al causante de la sucesión, o haber propiciado el estado de abandono físico o emocional del este, en caso de tratarse de persona adulta mayor o en situación de discapacidad; haber sido privado de la responsabilidad parental que se hubiese tenido sobre el titular de la sucesión, o incurrir en situación de violencia familiar o violencia de género, en cualquiera de sus manifestaciones, sobre el mismo, así como el impedimento al causante, sin causa justificada, en su condición de abuelo, el ejercicio del derecho a comunicarse y relacionarse con sus nietos. En cuanto a la causal relativa a la negativa de alimentos, pudiera parecer de poca aplicación, visto el estado de vulnerabilidad económica del heredero especialmente protegido. No obstante, un análisis extensivo del contenido de los alimentos que reconoce el art. 25 del Código de las Familias, obliga admitir que, amén del grado de dependencia económica del sujeto protegido respecto al testador, si este se negare a satisfacer necesidades de habitación, vestido, conservación de la salud, recreación, cuidados personales y afectivos, pudiese incurrir en este supuesto. Claro está que ello solo dependerá de la necesidad objetiva y particular que haya requerido el testador, y la negativa o evasiva recibida, sin que este lo haya reclamado judicialmente.

Estas conductas listadas por el legislador cubano, recientemente revisadas y ampliadas por la modificación que introdujo el Código de las Familias, resumen los comportamientos más denigrantes a la dignidad humana que el heredero especialmente protegido pudiera aplicar respecto a la figura de su causante. No obstante, y en tributo al normal desenvolvimiento de las relaciones familiares, pudieran valorarse otras circunstancias para los efectos excluyentes de la figura, como la no aceptación injustificada del cargo de tutor de persona menor de edad, visto que entre estos puede existir una relación de parentesco y posterior dependencia económica de este en su adultez a partir de la estructura familiar en que se encuentre. Similar análisis corresponde al supuesto en que el padre o la madre haya quedado excluido del ejercicio de los derechos parentales y de sucesión intestada del hijo o hija, o sus descendientes, atendiendo a la oposición

persistente e infundada en el proceso de filiación, a pesar de la evidencia que arroja el material probatorio.[68]

Como acertadamente se ha puesto de relieve la inserción de la desheredación en el ámbito sucesorio cubano no se opone a los principios del ordenamiento jurídico, manifestándose como una alternativa válida y coherente, permitiendo al testador actuar en favor de su dignidad humana de modo directo frente a un agravio. En esencia, su reconocimiento extendería el principio de la dignidad humana a las normas sucesorias, equilibrando la autonomía privada en función de los principios familiares, especialmente la solidaridad familiar, el respeto y la no discriminación[69].

V. REFLEXIONES FINALES.

La desheredación es una institución jurídica sucesoria que establece un límite al derecho de los herederos forzosos de recibir la porción de la herencia que debe reservársele, cuando estos han cometido un comportamiento grave, previsto taxativamente en la ley, contra la persona del testador o sus familiares más próximos por consanguinidad, afinidad o afectividad. Su previsión normativa constituye un filtro para examinar la aptitud ética de estos sujetos y una valiosa herramienta para proteger la dignidad humana del testador y estimular valores familiares, como los de igualdad, justicia, respeto y solidaridad, desde una perspectiva bilateral.

Su tratamiento legal ha sido dispar en los diferentes ordenamientos jurídicos, apreciándose diferentes tendencias que fluctúan desde reconocerla como una figura independiente hasta negar su existencia. La data de los códigos civiles y su regulación bajo la fórmula de *numerus clausus* ha propiciado una rígida interpretación judicial que en la actualidad ha sido flexibilizada o aplacada por la actualización de sus motivaciones y la apreciación de los nuevos escenarios sociales.

La realidad internacional requiere mecanismos que, desde el punto de vista axiológico favorezcan el cumplimiento de las funciones de las familias y su armónico desenvolvimiento, dado su rol determinante en la sociedad. Por tanto, desde el Derecho de sucesiones se hace impostergable la articulación individual de instituciones como la desheredación.

En Cuba la figura de la desheredación resultó desterrada, impidiendo que los testadores pueden desheredar a sus especialmente protegidos ante sucesos de gran envergadura, para lo cual queda únicamente como variante sancionadora la fórmula de la incapacidad para suceder.

68 *Cfr.* art. 200 del Código de las Familias cubano.

69 *Cfr.* art. 3 del Código de las Familias.

La primacía de la dignidad humana en la Constitución de la República hace más perceptible el desbalance que existe en la proclamación de la dignidad humana y la obligación de reservar una cuota hereditaria a los herederos especialmente protegidos que hayan atentado de algún modo contra el causante de su sucesión. La legítima en Cuba, por naturaleza es asistencial, y ha de ser interpretada y aplicada en los justos límites de su existencia, sin embargo, a pesar de su excepcionalidad, no se opone al ejercicio de la facultad de los testadores de desheredar.

Tanto la comunidad internacional como la familia cubana en la actualidad evidencian situaciones de maltrato, irrespeto y violencia intrafamiliar que alteran su adecuado desarrollo, con trascendencia a la sociedad que le rodea. La regulación de la desheredación como sanción sucesoria en la norma sustantiva puede ampararse en la tutela constitucional a la dignidad humana, siendo a su vez coherente con otras instituciones del ordenamiento jurídico con las que se interrelaciona. Su concepción tiene además un contenido axiológico que favorece el desarrollo del individuo, la familia y la sociedad cubana. Toda institución del Derecho ha de tener un impacto en su ámbito de actuación como presupuesto de valía, de lo contrario sería anodino aferrarse a su defensa, por lo que, validada como ha sido la desheredación desde la dimensión social, axiológica y jurídica, merece ser tenida en cuenta en la futura recodificación del Código civil cubano, lo que no la retrotrae a sus concepciones romanas, sino que la enaltece a la luz de nuevos contextos.

BIBLIOGRAFÍA

ALBALADEJO, M.: *Curso de Derecho Civil, Derecho de Sucesiones*, vol. V, Edisofer, SL, Madrid, 10ª ed., 2013.

ALFARO GUILLÉN, Y.: *El régimen jurídico de la preterición en Cuba*, Ediciones ONBC, La Habana, 2015.

ALGABA ROSS, S.: Efectos de la desheredación, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2002.

ARÉS MUZIO, P.: "Familias y adultos mayores en Cuba", *Revista Temas*, núm. 100-101, 2020.

ARIAS RAMOS, J.: *Derecho Romano*, tomo II, vol. II, Editorial Revista de Derecho privado, Madrid, 1954.

ARROYO AMAYUELAS, E. y FARNÓS AMORÓS, E.: "Entre el testador abandonado y el legitimario desheredado ¿A quién prefieren los tribunales?", *Revista para el análisis del derecho*, núm. 2, 2015.

BARBA, V.: "Temas e interpretaciones del derecho sucesorio italiano", *Revista Boliviana de Derecho*, 32, 2021.

BARRÓN ARNICHES, P.: "Libertad de testar y desheredación en los Derechos Civiles españoles", *Revista para el análisis del Derecho*, núm. 4, 2016.

BATLLE VÁZQUEZ, M.: "Invalidez de la desheredación parcial en nuestro Derecho", *Anales de la Universidad de Murcia*, 1º trim, 1951-52.

COSTA, J.C.: "La legítima en Roma y su recepción en el nuevo Código Civil y Comercial Argentino", *Revista Jurídica electrónica*, Universidad Nacional de Lomas de Zamora, núm. 3, 2016.

ELORRAGIA BONIS, F.: *Derecho de sucesiones*, Legal Publishing, Santiago de Chile, 2010.

ESPADA MALLORQUÍN, S.: "El impedimento del ejercicio del derecho a una relación directa y regular entre abuelos y nietos como causal de desheredación e indignidad", *Revista de Derecho*, vol. 28, núm. 2, 2015.

- "Libertad de testar, derechos legitimarios y solidaridad familiar", *Revista Chilena de Derecho Privado*, 36, 2021.

Ferrer. F.: "La desheredación y el proyecto del Código", *La Ley*, Thompson Reuters, 2013.

Flores Flores, J. J.: "Aportes teóricos a la violencia intrafamiliar. *Cultura*, 34, 2020.

Gámez Valenzuela, M. A.: "La desheredación del menor de edad", *Revista Boliviana de Derecho*, núm. 32, 2021.

García Quiñones, R.: "Cuba: envejecimiento, dinámica familiar y cuidados", *Novedades en Población*, núm. 29, 2019.

Guzmán Hernández, Y., Bindi, E. y Reiber, K.: "La dignidad en la Constitución cubana de 2019 y en dos notas comparadas: dimensiones de análisis y retos para el juez", *Revista Cubana de Derecho*, 54, 2019.

Lafont Pianetta, P.: *Derecho de sucesiones*, tomo III, Décima edición, Librería Ediciones del Profesional, Bogotá D.C, 2003.

Mena-Bernal Escobar, M. J.: *La indignidad para suceder*, Tirant Monografías, Valencia, 1995.

Méndez Martos, J. R: "La desheredación en el ordenamiento jurídico español y la flexibilización de sus causas", *Revista de Estudios Jurídicos y Criminológicos*, núm. 3, 2021.

Monforte, J. D.: "Desheredación y revocación de la donación. Maltrato o ausencia de trato. Revisión crítica jurisprudencial", *Diario La Ley*, núm. 9659, 2020.

Ortega Pérez, M. A. y Peraza de Aparicio, C. X.: "Violencia intrafamiliar: la reparación integral como un derecho en el Ecuador", *Iuris Dictio*, 28, 2021.

Pascual Quintana, J. M.: "La desheredación en el Derecho español: su desenvolvimiento histórico", *Revista de la Facultad de Derecho*, 3 (73), 1955.

Pérez- Caballero Rodríguez, C.: "Análisis jurisprudencial sobre las causas de desheredación, Tesis en opción al grado de Máster Universitario, Universidad de Alcalá, 2019, disponible en: https://ebuah.uah.es/dspace/bitstream/handle/10017/46434/TFM_PerezCaballero_Rodriguez_2020.pdf?sequence=1&isAllowed=y, consultado: 25 de mayo de 2023.

Pérez Gallardo, L. B.: *Estudios sobre la legítima asistencial*, Editorial ONBC, La Habana, 2016.

Pérez Gallardo, L. B. y Marrero Xenes, M.: "El Derecho de sucesiones. Delimitación conceptual. Principios que le informan", en AA.VV.: Derecho de sucesiones, (coord. por L. B. Pérez Gallardo), tomo I, Editorial Félix Varela, La Habana, 2006.

Peris Rivera, A. L.: "Desheredación una visión comparada", *Revista Jurídica Iberoamericana*, núm. 7, 2016.

Polo Arévalo, E. M.: "La libertad de testar en el Derecho romano y su recepción en el Derecho foral valenciano", *Revista Direito romano poder e direito*, 2013.

Prieto Valdés, M.: "Las garantías constitucionales de los derechos fundamentales y la Constitución de 1976", en AA.VV.: La Constitución cubana de 1976: cuarenta años de vigencia (coord. por A. Matilla Correa), Editorial UNIJURIS, La Habana, 2016.

Ramón Fernández, F.: "La necesaria actualización de las causas de la desheredación en el derecho español", *Revista de Derecho Civil*, 8 (3), 2021.

Represa Polo, M.P.: *La desheredación en el Código Civil*, Editorial Reus S.A., Madrid, 2016.

Ribas-Alba, J.M.: *La desheredación injustificada en derecho romano: querella inofficiosi testamenti: fundamentos y régimen clásico*, Comares, Granada, 1998.

Ribera Blanes, B.: "Hijos que no quieren saber nada de sus padres: ¿Una nueva causa de desheredación?", Pensar, *Revistas de Ciencias Jurídicas*, 26 (4), 2021.

Rodríguez Fernández, A. G.: "Violencia intrafamiliar y colectivos especialmente vulnerables: menores y ancianos. apuntes desde un enfoque interdisciplinar", *Revista Internacional de Doctrina y jurisprudencia*, vol. 19, 2018.

Sanguinetti, L.: "La desheredación como forma de exclusión sucesoria", *Revista de Derecho*, 20 (39), 2021.

Singh Castillo, C.: "Persona y dignidad en la historia de la filosofía: su significación para la bioética médica", Revista de Información científica, 94 (6), 2015.

Valdés Jiménez, Y.: "La violencia en las familias cubanas, un espacio para visibilizar desigualdades de género", 2020, disponible en: http://www.cips.cu/la-violencia-en-las-familias-cubanas-un-espacio-para-visibilizar-las-desigualdades-de-genero/, consultado el 31 de mayo de 2023.

VALLET DE GOYTISOLO, J. B.: "El apartamiento y la desheredación", *Anuario de Derecho civil*, 21(1), 1968.

- *Limitaciones de derecho sucesorio a la facultad de disponer: Las legítimas*, volumen I, Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, Madrid, 1974.

VAQUER ALOY, A.: "Acerca del fundamento de la legítima", *Revista para el análisis del Derecho*, 4, 2017.

VAZZANO, F.: "La solidaridad en el sistema de derecho de familias. Especiales consideraciones sobre el Código civil y comercial", *Revista Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociale*s, Universidad Nacional de La Plata, 18 (51), 2021.

LA OPCIÓN DE COLACIÓN EX ART. 1036 CC

THE OPTION OF COLLATION EX ART. 1036 OF THE SPANISH CIVIL CODE

Rev. Boliv. de Derecho Nº 37, enero 2024, ISSN: 2070-8157, pp. 292-311

Ana María
LLÁCER
BOSBACH

ARTÍCULO RECIBIDO: 3 de noviembre de 2023
ARTÍCULO APROBADO: 4 de diciembre de 2023

RESUMEN: El objeto del presente trabajo es examinar el alcance y ámbito de aplicación, la finalidad y el resultado de la posibilidad otorgada por el art. 1036 CC al donatario legitimario que concurre con otros que también lo sean a una sucesión, de exonerarse de traer a colación los bienes donados por medio de la renuncia a la herencia. Defendemos que nuestro Código Civil prevé un régimen especial para las disposiciones anticipadas en pago de la herencia.

PALABRAS CLAVE: Legitimario; colación; computación; donaciones mortis causa; renuncia a la herencia.

ABSTRACT: *The purpose of this paper is to analyze the scope of application, the finality and the results of the possibility given to the legitimate done by the art. 1036 of the Spanish Civil Code, of being exonerated from bringing up the received goods for collation among the legitimates by rejecting the inheritance. We appreciate that our Civil Code confers a special treatment for advance dispositions in payment of the inheritance.*

KEY WORDS: *Legitimate heir; collation; computation; mortis causa donations; repudiation of inheritance.*

SUMARIO.- I. INTRODUCCIÓN.- II. CONCEPTO DE COLACIÓN.- III. SUJETOS.- IV. ALCANCE OBJETIVO Y LÍMITES.- 1. Exención cuantitativa del donatario renunciante. 2. Bienes especialmente afectos a colación por la reclamación de la herencia por el renunciante.- V. TIEMPO Y FORMA.- VI. DINÁMICA.

I. INTRODUCCIÓN.

En la parte del art. 1036 CC que interesa al presente trabajo, el mismo prevé que "la colación no tendrá lugar entre los herederos forzosos si el donatario repudiare la herencia, salvo el caso en que la donación deba reducirse por inoficiosa."

Los comentarios efectuados específicamente sobre el art. 1036 CC centran el interés principal del mismo en la exoneración de la obligación de colacionar que puede hacer el donante, que es el primer caso contemplado en el art. 1036 CC. En cuanto al supuesto de renuncia a la herencia del donatario, la doctrina destaca, sobre todo, que, ya que el renunciante carecerá de la condición de heredero, no tiene legitimación activa ni pasiva para colacionar[1].

En este trabajo, defiendo que el interés de esta previsión no se halla tanto en su dicción literal como en lo que obvia con relación a su función y su incardinación sistemática en el orden sucesorio ideado por el Código Civil. Me propongo aducir los argumentos por los que opino que la opción de renuncia del art. 1036 CC puede entenderse como una adaptación peculiar de las figuras del apartamiento de descendientes y de los esponsalicios tradicionales a favor de la esposa, de tan profunda raigambre patria[2], a los principios sucesorios que acoge el legislador de 1889, es decir: la esencial revocabilidad de las disposiciones "mortis causa" por parte del disponente hasta el momento mismo de su muerte y los principios de la irrenunciabilidad de la legítima y de la herencia en vida del donante.

1 Manresa y Navarro, J. M.: *Comentarios al Código Civil Español,* Madrid, 1914, 4. Ed., tomo VII, pp. 605-606, explica que el que no llega a ser heredero por "renuncia, no concurre a la herencia; luego no tiene que colacionar, ni le aprovecha la colación a que puedan ser obligados los herederos, sin perjuicio de restituir el exceso si fuese inoficiosa". Vallet de Goytisolo, J. B.: "Computación, imputación, colación", *Estudios de Derecho Sucesorio*, Vol. IV, Montecorvo, Madrid, 1982, p. 500, despacha el supuesto de la renuncia como falta del requisito de llegar a adir la herencia para que tenga lugar la colación. O sea, que "por no llegar a ser sujeto activo ni pasivo de la colación el heredero forzoso que repudia la herencia, no tendrá lugar la colación, salvo el caso en que la donación deba reducirse por inoficiosa".

2 García-Ripoll Montijano, M.: "El fundamento de la colación hereditaria y su dispensa", *Anuario de Derecho Civil,* Vol. 48, núm. 3, 1995, p. 1114, recoge la fórmula del capítulo *quamvis pactum* del capítulo VI de las *Decretales*, relativo a una renuncia a la herencia por la hija en contemplación a la dote recibida, según el cual "*ut dote contenta, nullum ad bona paterna regressum haberet",* en tanto revistiera las solemnidades previstas y no concurriera vicio.

• Ana María Llácer Bosbach
Abogada. Profesora asociada de Derecho Civil en la UV. Correo electrónico: anabosbach@gmail.com

El Código Civil, en su ideación inicial, aspiraba a una mínima permeabilidad para con los derechos forales y especiales vigentes en España, reflejada en su carácter supletorio a otras normas civiles, plasmada actualmente en su art. 13.2. La "cuestión foral" quedó pendiente de la elaboración de apéndices específicos, con sólo las especialidades que conviniere conservar, y a la provisional pervivencia de disposiciones regionales y locales vigentes. La figura del apartamiento y las donaciones por razón del matrimonio han sido y son constantes en los derechos forales y civiles especiales. Se ha constatado, a propósito de las donaciones en materia familiar y matrimonial, que estas previsiones se hallan ligadas a la estructura económico familiar tradicional en torno a la hacienda, generalmente, agrícola o agropecuaria con casa-habitación, y a su sucesión. Se refleja esta idea con claridad a través de los reconocimientos del Tribunal Supremo, o sea, el instrumento, recurrente en los derechos civiles forales y especiales y expulsado en gran medida del Código Civil de la sucesión contractual para la transmisión de la hacienda familiar y mantenimiento de este linaje, que resulta económicamente ordenado y tiene por presupuesto el modelo de familia tradicional encabezado por un matrimonio vitalicio y su descendencia común. En la formulación de estos derechos (en referencia a los derechos forales y civiles especiales) influyó poderosamente la idea de conservar indivisa la hacienda agraria familiar[3]. En esas condiciones era necesario dejar completa libertad de testar, o al menos de desigualar entre hijos[4].El Derecho Común no comparte estos principios, sino que tiende a la igualación de los coherederos, acogiendo planteamientos reconducibles al Derecho Justinianeo[5] y, como a continuación exponemos, en el derecho altomedieval[6].

3 Seguimos, en este punto, a Calvo González, F.J.: "La colación: especial consideración de la STS 738/2014, de 19 de febrero", *Noticias jurídicas*, 11.05.2018 Añade que la Ley 332 del texto original del Fuero Navarro, L. Foral 1/1973, tras disponer palmariamente que "la obligación de colacionar no se presume", preceptúa que ésta sólo tendrá lugar en caso de expreso establecimiento, o "cuando, tratándose de coherederos descendientes, se deduzca claramente de la voluntad del causante", debiendo constar la misma en el mismo acto traslativo del dominio de carácter lucrativo o en otro acto distinto cuyos efectos hayan sido aceptados por el que recibió aquella liberalidad." El mismo artículo afirma, por último, el carácter esencialmente modificable de la obligación de colacionar. El art. 59.2 de la Ley 5/2015, de 25 de junio, de Derecho Civil Vasco, establece que "las donaciones a favor de legitimarios sólo serán colacionables si el donante así lo dispone o no hace apartamiento expreso". Por su parte, el art. 362 del Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, del CDF de Aragón determina que "la colación de liberalidades no procede por ministerio de la ley, si bien puede ordenarse en el título de la propia liberalidad o en pacto sucesorio o testamento". Por su parte, la Ley 2/2006 de Derecho Civil de Galicia establece en su art. 240 que "los legitimarios tienen derecho a recibir del causante, por cualquier título, una atribución patrimonial en la forma y medida establecidas en la presente ley". La ley gallega, frente a los otros casos, adopta una perspectiva que parte del legitimario y no del testador, fijando el derecho de aquel a recibir determinada cuota.

4 Calvo González, F. J.: "La colación", cit., documento electrónico sin expresión de página, quien cita a García-Ripoll Montijano.

5 El libro del Digesto 37, 6, trata de la colación de bienes en general y el libro D. 37, 7, se refiere especialmente a la colación de dote.

6 Se ha señalado que, en dicha época, el sistema de explotación comunitaria de los recursos justificaba el resultado del reparto igualitario. Viene consagrado en diversos Fueros municipales, y satisfacían, asimismo, la necesidad de proteger el deber de contribuir a las cargas municipales, ya que éstas últimas recaían sólo sobre los vecinos con propiedades en el municipio. García-Ripoll Montijano, m.: "El fundamento de la colación hereditaria y su dispensa", *Anuario de Derecho Civil,* Vol. 48, núm. 3, 1995, p. 1110, n. 12, cita, a modo de ejemplo, los Fueros de Plasencia, 477, y de Cuenca, X, 27.

La normativa que nos proponemos examinar presenta un claro antecedente en la Ley 29 de Toro, según comentaremos. Por su parte, la Partida V, título 4º, que abordaba las donaciones, en su Ley III[7], "Quales fijos pueden fazer donación e quales no e cómo debe valer la donación que el padre face a su fijo", disponía que:

"si el fijo o el nieto tuviesse algund pejugar apartadamente que le oviesse dado el padre o el avvelo co que ganasse maguer este pejugar a tal fuesse de los bienes del padre o del avvelo bié podría dar dello el que lo toviesse alguna cosa a su madre, a su hermana, a su sobrina o algunos de los otros sus pariêtes o pariêtas, para casamiento o para otra cosa q el entendiesse q le era grand menester, que le fuesse guisada e convenible e derecha. E esso mismo dezimos quería si le diesse en salario algud su maestro que le mostrasse sciencia o alguna arte o menester, que le fuesse guisada e convenible e derecha. Mas si el padre diesse algo de lo suyo a alguno de los fijos, non valdría. Ca el fijo a quie lo diesse, si ovviesse otros hermanos, tenudo sería después de muerte de su padre de aduzirla e meterla a partición con ellos, o de recebirla en su parte, entregándose cada uno de los otros hermanos de otro tanto como valiesse la donación q le dio el padre."

Pese a la instauración de la igualación de los herederos forzosos, parecían, pues, excluidas de colación, en un primer momento, las donaciones por razón del matrimonio. Ya se aprecian limitaciones en la Ley 50 de Toro, Libro X, "De los contratos…. Título III. De las arras y dotes", Ley I, que no permitía renunciar la ley del fuero prohibitiva de dar en arras más de la décima parte de los bienes del marido. Asimismo, en lo que concierne a las cantidades estipuladas para dar en dote a las hijas, se pusieron unos máximos sorpresivamente: las sucesivas leyes de 1534, 1573 y 1623, limitaron el importe en función de la riqueza de la familia. A ello se suma que ningún padre podía dar el tercio ni quinto de los bienes para la boda de la hija. El motivo es que, con frecuencia, sucedía que los padres se endeudaban para poder casar a sus hijas y ello ocasionó en numerosas ocasiones una ruina para la familia[8].

Encontramos vestigios de todo ello en los arts. 1040 CC, que excluye de la colación las donaciones hechas al consorte del hijo, pero el hijo o hija deben colacionar la mitad de la cosa donada si la donación se hubiese hecho conjuntamente a los dos, y el art. 1044 CC, respecto de los gastos de boda por razón de joyas, vestidos o equipos, que no han de exceder del diez por ciento de la cantidad disponible por testamento, medida en la que quedan exentos de colación.

7 BOE: *Las siete Partidas, glosadas por el licenciado Gregorio López, Libro III*, reproducción del libro de 1555, Madrid, 2011, p. 11.

8 Tovar Pulido, R.: La regulación del matrimonio y los bienes gananciales por la normativa histórica española (SS. XVI-XIX), *Anuario de la Facultad de Derecho*, Universidad de Extremadura, 36, 2020, p. 884

II. CONCEPTO DE COLACIÓN.

El concepto ha sido objeto de depuración por la jurisprudencia. La STS 16 junio 1902 ya expresaba que: "conviene distinguir para la más acertada inteligencia de los preceptos legales referentes a la colación de las donaciones las que deben traerse a la partición para computarla en la legítima, y las que deben comprenderse en la masa para saber si son inoficiosas o no y para computarlas, en su caso, en el tercio libre o en la mejora, lo que sólo puede tener efecto cuando el donante, por modo expreso, manifieste así su voluntad, en obsequio al principio de libertad de testar condicionado por las legítimas. [9]." La STS 19 julio 1982[10] explica, por su parte, que: "la colación de bienes, como operación previa a la partición de la herencia, definida en el artículo 1.035 del Código Civil, en su sentido estricto, tiene una aceptación más amplía, referida a la agregación numérica que hay que hacer a la herencia del valor de todas las donaciones hechas por el causante a los efectos de señalar contemplada por el artículo 818 del dicho código , así en su antigua como en la vigente redacción" y la STS 19 febrero 2015[11] diferencia entre dos conceptos, "donación colacionable" y "colación particional", propios de, respectivamente, los arts. 818 y 1035 CC. La primera noción debe considerarse referida "a las operaciones de cálculo que encierra la determinación del caudal computable a los efectos de fijar las correspondientes legítimas". Según el art. 818 CC, en su párrafo segundo: "Al valor líquido de los bienes hereditarios se agregará al de las donaciones colacionables", fiel a su antecedente en el Proyecto de Código Civil de 1851, que más gráficamente se refería a la agregación del "valor que tenían todas las donaciones del mismo testador". Por el contrario, el empleo de la colación que se infiere del artículo 1035 del Código Civil, sí que refiere una aplicación técnica o jurídica de este concepto basado en la presunta voluntad del causante de igualar a sus herederos forzosos en su recíproca concurrencia a la herencia, sin finalidad de cálculo de legítima, como en el supuesto anterior; todo ello, sin perjuicio de que se haya otorgado la donación en concepto de mejora o con dispensa de colacionar." Vemos, pues, que, pese a su distancia temporal, que no cabe confundir la computación e imputación, que abarcan todo aquello que debe tenerse en

9 Manresa y Navarro, J. M.: *Comentarios al Código Civil Español*, cit., p. 607, se refiere a la doctrina sentada por la STS de 16 junio 1902, que estima también aplicable al caso de renuncia de la herencia por el donatario. La explica en las pp. 604 s.: La STS 19 julio 1982 *(Tol 1739061)* y la STS 19 febrero 2015 *(Tol 4839330),* de la que fue ponente Orduña Moreno, diferencia entre dos conceptos, "donación colacionable" y "colación particional", propios de, respectivamente, los arts. 818 y 1035 CC. La primera noción debe considerarse referida "a las operaciones de cálculo que encierra la determinación del caudal computable a los efectos de fijar las correspondientes legítimas". Según el art. 818 CC, en su párrafo segundo: "Al valor líquido de los bienes hereditarios se agregará al de las donaciones colacionables", fiel a su antecedente en el Proyecto de Código Civil de 1851, que más gráficamente se refería a la agregación del "valor que tenían todas las donaciones del mismo testador". Por el contrario, el empleo de la colación que se infiere del artículo 1035 del Código Civil, sí que refiere una aplicación técnica o jurídica de este concepto basado en la presunta voluntad del causante de igualar a sus herederos forzosos en su recíproca concurrencia a la herencia, sin finalidad de cálculo de legítima, como en el supuesto anterior; todo ello, sin perjuicio de que se haya otorgado la donación en concepto de mejora o con dispensa de colacionar."

10 STS 19 julio 1982 *(Tol 1739061)*, de la que fue ponente Santos Briz.

11 STS 19 febrero 2015 *(Tol 4839330)*, de la que fue ponente el profesor Orduña Moreno.

cuenta para verificar si el conjunto de las disposiciones *mortis causa* del causante exceden de la cantidad de la que puede disponer por testamento efectuado a favor de cualquier persona, de la colación, institución que tiende a la igualación de la porción hereditaria de cada legitimario en lo que no hubiera quedado modificado por la voluntad del causante o por conformarse los herederos forzosos. Los bienes computables se abordan en el art. 818 CC, mientras los bienes colacionables se relacionan en el art. 1035 CC y ss.

Cabe añadir, que, de acuerdo con el art. 1037 CC, a no ser que medie voluntad expresa en contra del testador, no es colacionable lo dejado en testamento, en tanto queden a salvo las legítimas.

III. SUJETOS.

Hay consenso en que la previsión es aplicable a los hijos o descendientes legitimarios.

En cuanto a los restantes grupos de herederos forzosos previstos en el art. 807 CC, se ha producido mayor disparidad de opiniones. No aprecio inconveniente en que la colación sea aplicable al cónyuge viudo que concurre a la herencia con hijos o descendientes. Los argumentos que se han esgrimido históricamente en contra son que el fundamento de la colación no responde a la legítima del cónyuge viudo, ya que no concurre con legitimarios homogéneos respecto de los que deba igualar su cuota, y el derivado, en su día, de la prohibición de donaciones entre cónyuges[12]. Este segundo argumento ha quedado actualmente suprimido. Desde la reforma del art. 1323 CC por ley 13/2005, "los cónyuges podrán transmitirse por cualquier título bienes y derechos y celebrar entre sí toda clase de contratos".

Aún el primer argumento pudiera discutirse por cuanto parece aplicable a la donación de bienes presentes. Conforme al art. 1341 CC: "Por razón del matrimonio, los futuros esposos podrán donarse bienes presentes. También podrán donarse antes del matrimonio, en capitulaciones matrimoniales, bienes futuros, sólo para el caso de muerte y en la medida marcada por las disposiciones referentes a la sucesión testada". A la vista de este artículo, lo que parece más dudoso es que puedan excluirse de colación las donaciones de bienes futuros, o las disposiciones *mortis causa*. Podemos añadir los argumentos de que el art. 1035 CC no delimita la colación al supuesto de los hijos o descendientes legitimarios o a legitimarios con un título análogo, y que el art. 1046 CC prevé la colación de la dote o donación[13]. Finalmente, no puede ignorarse que los arts. 839 y 840 CC

12 Vallet de Goytisolo, J. B.: "Computación, imputación, colación", cit., pp. 442 ss.

13 Cabe observar que el arts. 1321 CC, respecto de cualquier tipo de matrimonio y el art. 1406 CC en relación con la liquidación de la sociedad de gananciales, emplean la expresión "computárselo en su haber", que sugiere las operaciones de imputación, pero, también, de colación, al referirse, no genéricamente

prevén la posibilidad de su conversión dineraria del usufructo que corresponde al viudo o viuda, por lo que, en última instancia, supondrán un valor contable. Se han planteado conflictos en el caso de concurrir circunstancias especiales en la persona beneficiaria que hicieran necesario el mantenimiento de una fórmula asistencial y desaconsejaran la entrega de un capital, con la debida apreciación judicial en caso de desacuerdo.

En cuanto a las donaciones por razón del matrimonio, se prevén tanto entre cónyuges como a favor del hijo o hija y del consorte del hijo o hija conforme a los arts. 1336 y ss. CC., o de otros contrayentes[14].

Apenas se han considerado los casos de ausencia de descendientes. La cuestión de la aplicabilidad de la colación en dicho caso requeriría de un estudio independiente, que excede del objetivo de esta primera aproximación. El caso sería mucho más residual que el de los descendientes, por ser subsidiario y referirse a una parte más reducida de la herencia. Habría que examinar si la existencia de la reserva troncal del art. 811 CC y la reserva ordinaria de los arts. 968 ss. respecto de los bienes "familiares", junto con el hecho de quedar diferida la distribución de los bienes en la línea descendente al momento de la muerte del consorte o del otro progenitor, puede hacer irrelevante o innecesaria la medida de la colación en dicho momento, como así parece sugerirlo el art. 937 CC en el caso de la sucesión intestada.

IV. ALCANCE OBJETIVO Y LÍMITES.

1. Exención cuantitativa del donatario renunciante.

Consideramos que es una apreciación desafortunada la de Manresa y Navarro[15], a cuyo tenor el "heredero renunciante no llegó a ser legitimario, debe estimarse como extraño e imputarse la donación a la parte libre." Pues no hay ningún precepto que obligue a entender que la renuncia a la herencia priva al legitimario de esta última condición. Muy al contrario, hallamos una serie de previsiones tendentes a desligar la condición de legitimario o "heredero forzoso" de la de

al haber hereditario, sino a "su" haber. Para el estudio de los supuestos previstos en el CC y pese a las modificaciones habidas, siguen siendo referencia los comentarios de De Los Mozos, J. L.: "Arts. 1315 a 1343", *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales* (coord. M. Albaladejo García), tomo XVIII, vol. 1, Madrid, 1978.

14 Resulta de interés plantearse si la irrevocabilidad de la promesa de mejorar o no o de la mejora en los casos de los arts. 826 CC (relativo a la promesa de mejorar o no mejorar) y 827 CC (relativo a la mejora irrevocable "hecha en capitulaciones matrimoniales o por contrato oneroso celebrado con un tercero") en tanto se haya formulado a legitimarios, es bilateral o si, por el contrario, sólo vincula al donante. Me inclino por esta segunda interpretación, y por entender que al donatario legitimario le quedará la opción de aceptar la situación resultante u optar por colacionar una vez abierta la sucesión, en el sentido en el que se analiza esta última posibilidad en el presente trabajo, de acuerdo con el tenor literal de los artículos mencionados.

15 Manresa y Navarro, J. M.: *Comentarios al Código Civil Español*, cit., pp. 605 s.

heredero: Entre los títulos "inter vivos" por los que se puede dejar la legítima de los herederos forzosos, se encuentra la dote, donación u otro título lucrativo (art. 1035 CC). Además, hallamos precisiones relativas a la coordinación de estas disposiciones con la aceptación y repudiación de la herencia y con su computación, imputación y partición. Destacamos, de entre los mismos, los siguientes:

Art. 833 CC: "El hijo o descendiente mejorado podrá renunciar la herencia y aceptar la mejora."

El art. 819 CC, dispone que: "las donaciones hechas a los hijos, que no tengan el concepto de mejora, se imputarán en su legítima" y que, "en cuanto fueren inoficiosas o excedieren de la cuota disponible, se reducirán en cuanto al exceso."

Y el más genérico art. 815 CC, establece que: "el heredero forzoso a quien el testador haya dejado por cualquier título menos de la legítima que le corresponda, podrá reclamar el complemento de la misma."

Por consiguiente, la renuncia a la herencia no tiene porqué implicar necesariamente la pérdida de la condición de heredero forzoso. De otra forma no se sostendría el fundamento de mantenimiento de donaciones *mortis causa* como anticipo de legítima.

Algunos sectores doctrinales sustentan la opinión de que en ningún caso el heredero que repudiare la herencia puede retener más de lo que hubiera retenido si hubiese aceptado y colacionado[16]. Para ello, se basan en que si el padre (o madre o ascendiente) dona sin dispensa de colación, no puede presumirse voluntad alguna discriminatoria. Lo refuerza con la cita de la SAP Córdoba 27 enero 2003, y a su doctrina de que la repudiación de la herencia no logra evitar la reducción de la donación como inoficiosa, ya que la repudiación no puede utilizarse por el heredero con la finalidad de defraudar derechos de los coherederos o colegitimarios"

Entiendo que las observaciones reproducidas y el resultado de la STS de 19 febrero 2015[17], anteriormente citada, que desestima, en vía de casación, el recurso interpuesto por el hermano a quien se habían adjudicado en vida del causante un conjunto de bienes hereditarios y que había repudiado la herencia, a abonar en metálico su porción a sus hermanos colegitimarios, no se contradicen con el límite del art. 1036 CC de la inoficiosidad, ni con el alcance de la renuncia a la herencia por parte del donatario, pues se desenvuelven en planos distintos. En el caso últimamente mencionado, la condena es el resultado de la voluntad

16 Sarmiento ramos, J.: *Comentario del Código Civil*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, p. 2441, citado por Rivas Martínez, J. J.: *Derecho de sucesiones común, Estudio sistemático y jurisprudencial.* Tirant lo Blanch, enero de 2020, tomo III, p. 3161, quien se adhiere a este parecer.

17 STS 19 febrero 2015 *(Tol 4839330)*.

del causante y de un documento privado suscrito por los herederos y por el propio donatario renunciante al tiempo de hacerse la donación. El art. 1036 CC señala un límite "en abstracto", el cual, caso de referirse a descendientes, no se aprecia que haya inconveniente en que pueda extenderse a "toda la cantidad disponible por testamento", que es lo que señala como inoficioso el art. 636 CC[18]. Este artículo prevé que: "nadie puede dar o recibir, por vía de donación, más de lo que puede dar o recibir por testamento y que la donación será inoficiosa en todo lo que exceda de esta medida". Si bien esta observación no resuelve propiamente sobre la cuestión de si se ha de tener en cuenta la legítima estricta o la extensa, el testamento claramente permite diferenciar la disposición de ambos tercios implicados de la herencia. En consecuencia, creo defendible que lo que se ha de salvaguardar, en el caso de los descendientes colegitimarios, no será más que la legítima estricta. Las sentencias expuestas vienen referidas a los supuestos concretos que resuelven, en que se ha de estar a lo que resulte que haya sido la voluntad del causante en dicho caso en particular en tanto ley de la sucesión, a la integración legal en lo que no se haya previsto[19], y, eventualmente, a los pactos válidos a que hayan llegado los implicados.

Este razonamiento resulta aplicable a cualquier solución jurisprudencial. Al margen de los casos ya descritos, la jurisprudencia reciente permite apreciar que la solución en defecto de disposiciones claras o documentos firmados por los herederos o los legitimarios, sujetos a la correspondiente interpretación y conformidad a testamento o a la voluntad constatada del causante, que no tiene que ser necesariamente verbal, sino que se ha admitido que pueda expresarse en cualquier forma, (así nos lo recuerda, entre otras, la SAP León 31 enero 2019[20], en el FJ 2º "a pesar de que el art. 1036 CC exige que la dispensa sea expresa, puesto que no son necesarias fórmulas sacramentales, puede ser suficiente una voluntad no ambigua que resulte con claridad ") es la de la reclamación por inoficiosidad de los excesos de atribución al donatario que renuncia a la herencia. Citamos, como ejemplo, las siguientes sentencias: la STS 21 junio 2021[21] determina que la acción de complemento de la legítima no puede dirigirse contra quienes renunciaron a la herencia, y que sólo cabría una reclamación por inoficiosidad. Respecto de los antecedentes, en el caso, renuncian a la herencia dos hijas que recibieron donaciones por importe superior a la legítima y reclama la tercera hija. Seguido el procedimiento, el Juzgado dictó sentencia por la que estimó parcialmente la demanda en el sentido de condenar a Doña Marta a abonar a la demandante 15.631,23 euros y a Dª Victoria a abonarle 9.662,03 euros. La Audiencia declaró

18 Así lo razona Clemente Meoro, M. E.: "Objeto y límites de las donaciones por razón del matrimonio", cap. 26, *Tratado de las Liberalidades. Homenaje al Profesor Enrique Rubio Torrano* (dirs. M. Á. Egusquiza Balmaseda y C. Pérez de Ontiveros Baquero), Aranzadi, Cizur Menor, 2017, p. 849.

19 García-ripoll Montijano, M.: "El fundamento", cit., pp. 1035 ss.

20 SAP León 31 enero 2019 *(Tol 7085945)*.

21 STS 21 junio 2021 *(Tol 8481254)*.

que la *causa petendi* era distinta de lo solicitado por la actora con anterioridad, aunque los hechos en los que ampara la demandante su pretensión sean los mismos, de manera que la acción de computación legitimaria sólo requería el cómputo de las donaciones a efectos de cálculo de la legítima que correspondiera a la demandante. La recurrente quedó insatisfecha con el resultado y argumentó ante el TS que la sentencia había prescindido de que las demandadas otorgaron el 28 de diciembre de 2010 escritura de renuncia a la herencia de su padre, lo que daba lugar al derecho de acrecer de la sucesión testada a favor de la demandante, de acuerdo con el art. 985 CC, de modo que, como las demandadas habían renunciado, su parte le corresponde a la demandante (petición principal). Alegó también que el derecho de acrecer es compatible con la acción de complemento ejercitada por haber recibido menos de lo que le corresponde por legítima (primera subsidiaria). Reprochó al Juzgado que, al tener en cuenta sólo la legítima estricta de la parte demandante es como si considerara que el padre había mejorado a las hermanas demandadas, cuando según el testamento todas las hijas debían ser tratadas por igual. La sentencia recurrida considera que lo procedente sería que hubiera ejercitado una acción de reducción de donaciones. Lo cierto es que ni las demandadas ni la sentencia recurrida habían negado que la demandante sea la única heredera[22]. Ahora bien, como heredera testamentaria, la demandante nada puede recibir porque el causante no ha dejado bienes en el momento de su fallecimiento. Como legitimaria, en cambio, sí dispone de las acciones que ofrece el ordenamiento para reclamar lo que le corresponde por legítima, pero naturalmente conforme al régimen jurídico propio de cada acción "pues aquellos negocios jurídicos quedaron perfeccionados en su momento con la aceptación de los donatarios (art. 623 CC) y consecuentemente sólo están relacionados e influidos en orden a su detracción por la apertura del *ius delationis* de la herencia, en tanto en cuanto fueran inoficiosas".

La SAP Alicante 11 octubre 2017[23], señala que debemos partir de una premisa que se comparte con la resolución de primera instancia, y es que pese a que el art. 818 del Código Civil dispone que, para fijar la legítima, se atenderá "al valor líquido de los bienes hereditarios se agregará el de las donaciones colacionables", en realidad al valor líquido de los bienes deben agregarse todas las donaciones, colacionables o no colacionables, ya que no puede determinarse el carácter inoficioso de una donación (art. 1036 CC) sin su computación para el cálculo de la legítima, pues "como señala la jurisprudencia, en caso de dispensa de colación lo que se ha querido decir es que entonces no se computarán las donaciones a la legítima, pero no que se prescinda de ellas en el inventario para imputarlas donde

22 La sentencia se refiere a la recurrente también como única legitimaria. Si bien, ya se han expuesto las razones por las cuales considero dudosa esta última afirmación, y su efectiva aplicación no se ve reflejada en el fallo.

23 SAP Alicante, 11 octubre 2017 *(Tol 6522866)*.

corresponda, para saber si el testador se ha extralimitado en sus facultades". La STS 24 enero 2008[24] declaró que: "La colación lleva simplemente a una menor participación de uno o varios legitimarios en la herencia equivalente a lo que recibió en vida del causante, pero no evita las operaciones de computación e imputación". También se aduce en el caso la STS 18 octubre 2007[25], según la cual "la reducción de las obligaciones realizadas a título gratuito responde a la finalidad de salvaguardar el principio de intangibilidad de las legítimas, que garantiza el artículo 813 del Código Civil, y la colación tiene como finalidad procurar entre los herederos legitimarios la igualdad o proporcionalidad en sus percepciones, por presumirse que el causante no quiso la desigualdad de trato, de manera que la donación otorgada a uno de ellos se considera como anticipo de su futura cuota hereditaria".

La SAP Coruña 23 enero 2019[26], dispone que, en definitiva, la colación propiamente dicha consiste en una adición contable a la masa hereditaria de las donaciones llevadas a efecto por el causante a favor de un heredero forzoso para que sean tenidas en cuenta cuando concurra en la sucesión con otros que ostenten esa misma condición jurídica, basada en la presunción de que el *de cuius* quiso un trato igualitario y proporcional entre los herederos, reputando tales actos de disposición a título gratuito como anticipos de la herencia, salvo manifestación en contrario (art. 1036 CC). Dichos actos de liberalidad se configuran jurídicamente como un anticipo a cuenta de la herencia. No es pues un mecanismo de protección de las legítimas, sino de igualdad entre los herederos forzosos. En el caso examinado, Dª Noemi renunció a la herencia por medio de escritura pública de 6 de febrero de 2013, no podía ser obligada a colacionar, puesto que no ostentaba la condición de heredera.

El ejercicio de la acción de reducción de donaciones por inoficiosidad está sometido a un plazo de caducidad de cinco años, que debe computarse desde el fallecimiento del causante, sentencia de 4 marzo 1999[27], como *ratio decidendi*, con cita de la anterior de 12 de julio de 1984, que, a tenor de la primeramente mencionada, argumentó en el mismo sentido, pero *obiter dicta*. La sentencia establece la aplicabilidad del plazo previsto para la revocación de donaciones por supervivencia o supervenencia de hijos, por apreciar la existencia de analogía con este supuesto previsto en el art. 646 CC[28].

24 STS 24 enero 2008 *(Tol 1256805)*. Fue ponente O'Callaghan Muñoz.

25 STS 18 octubre 2007 *(Tol 1161157)*. Fue ponente García Varela.

26 SAP Coruña 23 enero 2019 *(Tol 7085782)*.

27 STS 4 marzo 1999 *(Tol 5120774)*. Fue ponente el profesor Gullón Ballesteros.

28 Algunos sectores doctrinales han propuesto el plazo de cuatro años correspondientes a las acciones rescisorias. Considero más acertado el criterio del profesor Gullón Ballesteros, ya que las acciones rescisorias están llamadas a proteger a los acreedores y requieren de fechas "públicas" de comienzo de los plazos de impugnación y plazos finitos de caducidad en aras de la seguridad jurídica. En este caso, la fecha no puede ser la de la donación, toda vez que los efectos comienzan con la apertura de la sucesión.

2. Bienes especialmente afectos a colación por la reclamación de la herencia por el renunciante.

Éste es otro punto que ha sido objeto de discusión. Parece conducente exponer en este punto lo previsto en la Ley 29 de Toro[29], en tanto antecedente histórico indiscutible de la materia que nos ocupa. La Ley 29 de Toro, en su primer apartado, refiere el caso de la colación.:

"Cuando algún hijo o hija viniere a heredar o partir los bienes de su padre, o de su madre, o de sus ascendientes, sean obligados ellos e sus herederos a traer en collación e partición la dote e donación *propter nuptias* e las otras donaciones que hobieren recibido de aquel cuyos bienes vienen a heredar"

El segundo apartado, en cambio, contempla la posibilidad del apartamiento:

"Pero si se quisieran apartar de la herencia, que lo pueden hacer, salvo si la dote o donación fueren inofficiosas, que, en este caso, mandamos que sean obligados los que la recibieren, ansi los hijos e descendientes en lo que toca a las donaciones, como las hijas e sus maridos en lo que toca a las dotes: puesto que sea durante el matrimonio a tornar a los otros herederos del testador aquello en que son inofficiosas para que las partan entre sí. E para decir si tal dote es inofficiosa, se mire a lo que escede de su legítima de tercio e quinto de mejora."

En un primer momento, se había argumentado que todas las donaciones, pese a lo dispuesto en la ley 20, debían imputarse a la legítima hasta el montante a que ésta ascendiere[30]. Porque, hasta dicho montante, explica "más que donar, el padre satisface una deuda". A su juicio, las donaciones sólo se entendían como mejora en cuanto excediera de la legítima. Luego aceptó la tesis que siguieron Rodrigo Suárez, Covarrubias, Antonio Gómez, Gregorio López, Tello Fernández, Peláez de Mieres, Matienzo, el Doctor Luís de Molina, Juan Gutiérrez, Angulo, el jesuita Luís de Molina, Juan García Saavedra y Parladoiro, común opinión que distinguía las donaciones simples, a las que aplicaba la ley 26, y las donaciones *ob causam,* a las cuales se refería la ley 29. La expresión de esta ley *las otras donaciones,* escrita a continuación de *la dote* e *la donación propter nuptias,* se entendió referida a las de naturaleza similar a éstas[31].

29 Las referencias a la Ley de Toro de este trabajo se han tomado de Vallet de Goytisolo, j. B.: *Estudios de derecho de sucesiones,* cit., pp. 206 y ss.

30 López De Palacios Ruvios, "Lex XXVI" y "Lex XXIX, glosa VII", *Glossemata Legum Tauri*, pp. 608 y 620 ss.

31 Vallet de Goytisolo, J. B.; *Estudios de derecho sucesorio*, cit., pp. 207 ss. La Ley 26 de Toro dispone que: "Si el padre o la madre, en testamento o en otra cualquiera última voluntad, o por algún contrato entre vivos, hicieren alguna donación a alguno de sus hijos, o descendientes, aunque no digan que lo mejoran en el tercio o en el quinto, entendiéndose que lo mejoran en el tercio o quinto de sus bienes, e que tal donación se cuenta en el tercio o quinto de sus bienes en lo que cupiere, para que a él ni a otro pueda mejorar más de lo que más fuere el valor de dicho tercio o quinto, e si de mayor valor fuere, mandamos que valga fasta

En igual sentido, se echa en falta en los estudios examinados el establecimiento de la correlación, que vemos natural, entre el art. 1036 CC y el art. 816 CC, cuando dispone que establece la nulidad de toda renuncia o transacción a la legítima futura entre el que la debe y sus herederos forzosos, que podrán reclamarla cuando muera aquél, pero debiendo traer a colación lo que hubieran recibido por la renuncia o transacción. Esta previsión acoge, por consiguiente, un criterio causal respecto de los bienes que deben traerse a colación, al igual que lo es la apreciación abrumadoramente mayoritaria acerca de la Ley 29 de Toro, según se viene de exponer. Pues lo que ha de ser objeto de colación es *lo que se haya recibido por la renuncia o transacción.* Pese a la redacción en términos similares al citado art. 816 CC del art. 467-8[32] de la Propuesta de Código Civil por la Asociación de Profesores de Derecho Civil, que prevé que debe traerse a colación *lo que se haya recibido por la renuncia o transacción* esta previsión no está acompasada con lo que propone el art. 468-62[33], cuando dispensa de colación las atribuciones *mortis causa* lo dejado *a título singular,* aparte de los casos expresamente previstos en el art. 468-64[34], que coinciden en gran medida con las previsiones actuales de los arts. 1039 y ss. CC, pero, además, alinea expresamente entre las donaciones no colacionables las remuneratorias. Lo dejado para renunciar o transigir, obviamente, puede recaer sobre una cantidad o un conjunto de cosas genéricas, pero también perfectamente sobre cosas singulares. Los demás bienes que pudiere haber recibido el donatario, habrá de entenderse que quedan sujetos a las reglas generales. De esta forma, las donaciones recibidas por los herederos forzosos estarían sujetas a dos regímenes diferentes, en función de si se hicieron en pago de la legítima y la herencia futura o no, al igual que la división resultante de las Leyes 26 y 29 de Toro.

Parece una conclusión lógica que el donatario legitimario que reclame su parte de la herencia deba traer a colación todo lo que haya recibido del causante de la misma por título *mortis causa,* a cuenta de su haber hereditario, incluso, cuando pudiera imputarse a partes de la herencia disponibles por testamento. El límite de las restantes donaciones o disposiciones a título gratuito será el de no exceder dichas cantidades disponibles por testamento, y lo que válidamente haya dispuesto el causante. Acaso, hubiera sido más acertada la ubicación del art. 816 CC como un apartado del art. 1036 CC, ya que viene claramente referido a los herederos forzosos y a la colación. Es posible que se haya colocado en sede de computación precisamente por afectar a la totalidad de lo recibido y no quedar sujeto a matizaciones en cuanto al importe o a los bienes así recibidos que quedan o no sujetos a colación.

---

en la cantidad del dicho tercio e quinto e legítima de lo que debían haber de los bienes de su padre e madre e abuelos e no más."

32 AA.VV.: *Propuesta de Código Civil por la Asociación de Profesores de Derecho Civil*, Tecnos, Madrid, 2018, p. 569.

33 AA.VV.: *Propuesta*, cit., p. 622

34 AA.VV.: *Propuesta*, cit., p. 623

V. TIEMPO Y FORMA.

La renuncia o repudiación a la herencia debe hacerse en escritura pública de conformidad con el art. 1008 CC, por persona con derecho a la herencia y plena capacidad de obrar, y, en su defecto, con la representación y autorización judicial o el complemento de capacidad que, en su caso, se precise. Nos remitimos a las reglas generales.

El art. 991 CC establece categóricamente que nadie puede aceptar o repudiar (una herencia), sin estar cierto de la muerte de la persona a quien haya de heredar ni de su derecho a la herencia. Igual regla predica el ya comentado art. 816 CC respecto de las legítimas. Cabe observar que el art. 816 CC, según lo permite el que es actualmente el art. 6.3 CC, supone un caso de nulidad especial, en que la ley prevé sus efectos en caso de contravención: concede al heredero forzoso la opción de mantener la situación creada o de optar por colacionar una vez abierta la sucesión del donante, como pasamos a exponer a continuación[35].

VI. DINÁMICA.

Lo expuesto hasta aquí encaja perfectamente con la previsión del art. 1271.2 CC, cuando establece que sobre la herencia futura no se podrán celebrar otros contratos que los que tengan por objeto practicar, entre vivos, la división del caudal y otras operaciones particionales, conforme al art. 1056 CC. Es decir, sólo cabe una división provisional, supeditada a los casos en que las donaciones pueden ser revocadas, sea de las hechas de presente en los casos permitidos, o de las que participan de la naturaleza *mortis causa*, respecto de las que se predica la aplicabilidad del art. 737 CC relativo a la esencial revocabilidad de las disposiciones testamentarias por la remisión del art. 620 CC. Junto a estos factores, habrá de atenderse a la situación existente en el momento de la apertura de la sucesión y, en su caso, de la partición, a la variable del monto del haber del causante al tiempo de su muerte, determinante del importe de las legítimas de los coherederos, y a lo que decida el donatario en dicho momento siempre que no se perjudique la legítima de los coherederos.

De los arts. 654–656 CC, referentes al deber de colacionar donaciones que sean inoficiosas, destacamos que tienen que referenciarse al valor líquido de los bienes del donante al tiempo de su muerte y que no obstará para que tengan efecto durante la vida del donante y que el donatario haga suyos los frutos entretanto; que sólo podrán pedir la reducción "los que tengan derecho a la legítima o a una parte alícuota de la herencia y sus herederos y causahabientes (y no, entre otros,

35 El Proyecto de 1851 recoge un precepto similar al art. 816 CC en su art. 646, pero, en sede de colación, no parece contener ninguna disposición en el sentido del art. 1036 enunciado segundo del CC.

los acreedores del difunto, quienes habrán de dirigirse contra la herencia[36]) y que, si siendo dos o más las donaciones, no cupieran todas en la parte disponible, se suprimirán o reducirán, en cuanto al exceso, las de fecha más reciente". En vida del donante tampoco puede atacarse esta donación, salvo que se haya hecho en fraude de acreedores, conforme al art. 1291.3 CC o por aplicación del art. 1111 CC, ambos, como es sabido, de ejercicio subsidiario para el caso de insuficiencia del patrimonio del donante.

La previsión últimamente mencionada ha de completarse con la regla del art. 820 1. CC, a cuyo tenor, fijada la legítima "se hará la reducción como sigue: 1º Se respetarán las donaciones, mientras pueda cubrirse la legítima, reduciendo o anulando, si necesario fuere, las mandas hechas en testamento".

El sistema de aportación meramente contable, según los arts. 1045 y 1047 CC, permite, en su caso, la conservación del bien donado, aún en el caso de que se hubiera de traer a colación.

Y la fijación del plazo de impugnación por inoficiosidad en cinco años a contar desde la apertura de la sucesión.

El resultado es, según mi parecer, cuanto se podía hacer en un contexto de prohibición de renuncia a la herencia (y a la legítima) en vida del donante y de esencial revocabilidad de las disposiciones *mortis causa* por el donante durante su vida, de los que se deriva la negativa generalizada a la sucesión contractual. Se crea el marco jurídico para una atribución provisional con las mayores garantías posibles de pervivencia y efectividad. En cualquier caso, se reitera la vigencia de la donación en vida del donante mientras no sea válidamente revocada. Se prevé, en principio, la colación meramente contable y no la aportación del bien en sí mismo. Se completa con las garantías, respectivamente, para el heredero forzoso donatario, de poder juzgar si la situación resultante le conviene o si prefiere colacionar una vez abierta la sucesión, y, para los demás legitimarios, de poder reclamar lo que les corresponda en caso de extralimitación.

Hay previsiones expresas en nuestro Derecho Común que facilitan considerablemente las disposiciones *mortis causa* en vida y la seguridad jurídica de las mismas, que, por ello, son, sin duda, preferibles en los casos así previstos. Además, permiten una mayor amplitud que la solución meramente "posesoria" que se ha examinado. Así, podemos citar las fórmulas expresas de los arts. 826 CC (promesa de mejorar o de no mejorar), 827 CC (capitulaciones matrimoniales

36 Los acreedores de la herencia han de plantear sus reclamaciones contra los herederos o contra la herencia. De esta forma, se salvaguarda el orden por el que han de reducirse o realizarse bienes hereditarios (o del heredero que haya aceptado la herencia pura y simplemente) para el pago de las mismas, y, por ello, no puede dirigirse directamente contra un donatario.

o contrato oneroso celebrado con un tercero), el art. 820.3º del CC, conocido como "cautela sociniana", empleado primordialmente en el testamento por las personas casadas que quieren dejar a su consorte el todo o una parte de la herencia superior a la legal, las sucesivas reformas del art. 831 CC, y la de los arts. 1056.2 CC, previsto para facilitar la conservación de una explotación económica o sociedad de capital y, en general, los arts. 841 y ss. CC, por la ley 11/81. Este último caso prevé la importante garantía para el instituido de poder exigir, conforme al art. 842 CC, que las cuotas de sus hermanos sean satisfechas en bienes de la herencia y evitar quedar como deudor frente a los mismos y al viudo o viuda, si no está dispuesto a ello.

No se ajustan a la estructura compensatoria de la opción que se ha descrito los casos previstos en los arts. 808 y 813 CC en favor de los hijos con discapacidad, reformados por la L. 8/ 21, 2 junio, que, a su vez, incide sobre la reforma precedente por L. 41/ 03, 18 noviembre. El legislador establece la posibilidad de que el causante disponga en favor de uno o más hijos con discapacidad no sólo de las partes disponibles por testamento, sino también de la legítima estricta de los descendientes legitimarios no discapacitados. Lejos de establecer a favor de estos últimos algún tipo de compensación por soportar este gravamen especial a su legítima estricta, el art. 808 apdo. 3 sólo les reconoce *salvo disposición contraria del testador,* el gravamen con la imposición (al o a los beneficiarios) de una sustitución fideicomisaria *de residuo* y una prohibición de disponer a título gratuito o *mortis causa de tales bienes* (o sea, habrá de entenderse referida a los bienes integrantes de la legítima estricta del heredero forzoso no discapacitado y no que se extiende a otros bienes que pudieren corresponder al hijo o hijos discapacitados)[37].

El caso del art. 822 CC puede considerarse neutro, al no impedir a los demás legitimarios que lo precisaren el uso de la vivienda familiar.

Todo ello, sin dejar de adherirme a los autores que expresan su parecer de que el sistema sucesorio del Código Civil precisa una profunda revisión, en el sentido de una mayor libertad de testar, para su adaptación a la realidad social del tiempo[38].

37 Carrión Olmos, S: "Un debate abierto: ¿modificación o supresión del régimen de legítimas del CC español?", *Actualidad Jurídica Iberoamericana,* núm. 16 bis, junio 2022, pp. 3020 ss. El autor observa certeramente que va a ser difícil que el hijo o descendiente no discapacitado vaya a tener opciones de heredar, y que la reforma de la L. 8/21 introduce un nuevo elemento para la polémica, al restringir el supuesto al caso de los hijos con exclusión de ulteriores descendientes, aunque fueran legitimarios. Si bien el derecho a la legítima estricta individual no participa del orden público constitucional, pues está ampliamente admitido en Aragón, Navarra y algunos territorios vascos, al amparo del art. 16.1.2 CC, sí parece discutible que se pueda derogar en Derecho Común en base a una circunstancia fortuita como la de tener un hermano con discapacidad. Este hecho no habría de incidir en el principio de igualdad de los hijos. Hubiera sido más coherente adoptar un sistema general de legítima colectiva.

38 Por todos, vid. Verdera Server, R: *Contra la legítima*, Real Academia Valenciana de Jurisprudencia y Legislación, Cuaderno núm. 94. Discurso de ingreso en la Real Academia Valenciana de Jurisprudencia y Legislación, 22 de octubre de 2021, p. 45. "La conexión de las legítimas con la familia, sea en su versión

BIBLIOGRAFÍA

AA.VV.: *Propuesta de Código Civil por la Asociación de Profesores de Derecho Civil*, Tecnos, Madrid, 2018.

Boe: *Las siete Partidas, glosadas por el Licenciado Gregorio López*, Libro III, reproducción de la edición de 1555, Madrid, 2011.

Calvo González, F. J.: "La colación: especial consideración de la STS 738/2014, de 19 de febrero", *Noticias jurídicas*, 11 mayo 2018.

Carrión Olmos, S: "Un debate abierto: ¿modificación o supresión del régimen de legítimas del CC español?", *Actualidad Jurídica Iberoamericana,* núm. 16 bis, junio 2022, pp. 3010 – 3039.

Clemente Meoro, M. E.: "Objeto y límites de las donaciones por razón del matrimonio", *Tratado de las Liberalidades*, *Homenaje al Profesor Enrique Rubio Torrano* (dir. M. Ángeles Egusquiza Balmaseda y Carmen Pérez de Ontiveros Baquero), Aranzadi 2017, cap. 26, pp. 835-855.

De Los Mozos, J. L.: "Arts. 1315 a 1343", *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales* (coord. M. Albaladejo García), tomo XVIII, vol. 1, Madrid, 1978.

García-Ripoll Montijano, M.: "El fundamento de la colación hereditaria y su dispensa", *Anuario de Derecho Civil,* Vol. 48, núm. 3, 1995, pp. 1105-1196.

López De Palacios Ruvios, J.: *Glossemata Legum Tauri,* 1615, http://hdl.handle.net /10016/17328

Manresa Y Navarro, J. M.: *Comentarios al Código Civil Español*, Madrid, 1914, 4ª ed., tomo VII.

Rivas Martínez, J. J.: *Derecho de sucesiones común, Estudio sistemático y jurisprudencial,* Tirant lo Blanch, enero de 2020, tomo III.

Sarmiento Ramos, J.: *Comentarios del Código Civil*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991.

Tovar Pulido, R.: "La regulación del matrimonio y los bienes gananciales por la normativa histórica española (SS. XVI-XIX)", *Anuario de la Facultad de Derecho*, Universidad de Extremadura, 36, 2020, pp. 863-896.

tradicional, sea en sus discursos modernizados, presenta, entre otros, un problema de base: la disolución del concepto jurídico de familia, con la prevalencia de los efectos afectivos, y la multiplicación de los modelos familiares, debilita la posibilidad de erigir sobre ese terreno el edificio de las legítimas."

VALLET DE GOYTISOLO, J. B.: "Computación, imputación, colación", *Estudios de derecho sucesorio*, Vol. VI, Montecorvo, Madrid, 1982.

VERDERA SERVER, R.: *Contra la legítima*, Discurso de ingreso en la Real Academia Valenciana de Jurisprudencia y Legislación, Cuaderno núm. 94, 22 de octubre de 2021.

ACTUACIONES SANCIONADORAS CON GUARDIANES DE ACCESO A MERCADOS DIGITALES EUROPEOS*

SANCTIONING ACTIONS WITH GATEKEEPERS TO EUROPEAN DIGITAL MARKETS

Rev. Boliv. de Derecho Nº 37, enero 2024, ISSN: 2070-8157, pp. 312-343

* 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.

Enrique DE MIGUEL CANUTO

ARTÍCULO RECIBIDO: 17 de octubre de 2023
ARTÍCULO APROBADO: 4 de diciembre de 2023

RESUMEN: Examen sistemático de los puntos esenciales de la normativa sobre las actuaciones de la Comisión europea dirigidas a los Guardianes de acceso a los mercados digitales europeos, en caso de incumplimiento de sus obligaciones para con los "usuarios profesionales" y "usuarios finales", previstas en el Reglamento europeo 2022/1925. Se estudia el procedimiento de investigación que conduce a una "decisión de incumplimiento", ubicándolo en el conjunto de procedimientos tipificados por el Reglamento.

PALABRAS CLAVE: Decisión de incumplimiento; guardianes de acceso.

ABSTRACT: *Systematic analysis of the essential points of the regulations on the actions of the European Commission addressed to the Gatekeepers to European digital markets, in case of non-compliance with their obligations towards business users and end users, EU Regulation 2022/1925. Investigative powers that leads to a "non-compliance decision" is studied, placing it in the set of procedures classified by the Regulation.*

KEY WORDS: *Gatekeepers; non-compliance decision.*

SUMARIO.- I. COORDENADAS APLICATIVAS.- II. PROCEDIMIENTO de INVESTIGACION.- 1. Decisión de incoación.- 2. Solicitud de información.- 3. Toma de declaraciones.- 4. Conclusiones preliminares.- 5. Derecho a ser oído.- 6. Prioridad competencial.- 7. Decisión de incumplimiento.- III. COMPETENCIAS DE INSPECCION.- IV. MEDIDAS CAUTELARES.- V. MEDIDAS CORRECTORAS Y COMPROMISOS VINCULANTES.- VI. MULTAS SANCIONADORAS.- VII. MULTAS COERCITIVAS.- VIII. DETERMINACION DEL VOLUMEN DE NEGOCIO.- IX. PRESCRIPCION DE LA INFRACCION Y PRESCRIPCION DE LA SANCION.- X. MEDIDAS DE CUMPLIMIENTO.- XI. MATERIA DE COMPETENCIA.- XII. CONTROL JURISDICCIONAL.- XIII. MEJORA DE LAS OBLIGACIONES.

I. COORDENADAS APLICATIVAS.

El papel clave de los Guardianes de acceso a los mercados digitales en el mundo mercantil de sus mercados subyacentes de bienes y servicios, reales y virtuales, en la actualidad, ha llevado a aprobar el Reglamento europeo 2022/1925[1]. Se atribuye a la Comisión, como Guardiana del Derecho de la Unión europea, la función de supervisión del cumplimiento de sus obligaciones por las grandes plataformas que sirven de puerta de acceso ("guardianes" o cancerberos) a los mercados digitales europeos.

El ámbito de aplicación del Reglamento 2022/1925[2], sobre plataformas arquitectónicas o Guardianes de acceso a los mercados digitales europeos, viene definido por tres coordenadas. El elemento subjetivo es la condición de Guardián de acceso a mercados digitales por designación de la Comisión, junto a empresas y asociaciones de empresas que hayan participado o colaborado en conductas de incumplimiento de las obligaciones propias de los Guardianes de acceso. El elemento objetivo es la prestación de "servicios básicos de plataforma", que sirven de puerta de acceso de los "usuarios finales" a las ofertas de los "usuarios

1 Madrid parra, A.: "Aproximación inicial a los Reglamentos Europeos sobre servicios y mercados digitales", *La Ley Unión Europea,* núm. 110, 2023, pp. 1-20; Olmedo peralta, E.: "Redefiniendo el ámbito de aplicación de la Ley de Mercados Digitales: ¿a quién? ¿cómo? y ¿para qué?", *Nuevas tendencias en el Derecho de la competencia y de la propiedad industrial* III / Anexo (Plaza, Costas Comesaña, Fernández Carballo-Calero, Torres Pérez, Louredo Casado, dirs.), 2022, pp. 87-116; Orozco Gonzalez, M.: "David vs. Goliat: las obligaciones de transparencia en el uso de datos por los "guardianes de acceso" en la Ley de Mercados Digitales", *Revista Aranzadi doctrinal* núm. 5, 2023, pp. 29-45; Ortega Sánchez, L.: "El nuevo Reglamento europeo de mercados digitales: regulación de las plataformas digitales en el nuevo entorno tecnológico", *Revista General de Derecho de los Sectores Regulados*: RSR, núm. 10, 2022; Ruiz espinosa, J.: "Tratamiento de las conductas desarrolladas por plataformas digitales de gran tamaño", *Revista Aranzadi Doctrinal* núm. 4, 2022; Ruiz peris, J.I: "La nueva *digital market act*, una respuesta híbrida de la Unión Europea a los "gatekeepers" GAFA", *Revista Aranzadi de Derecho y nuevas tecnologías,* núm. 57, 2021.

2 Reglamento nº 2022/1925 del Parlamento y el Consejo, de 14 de septiembre de 2022 (*D.O.U.E.* L 265 de 12.10.2022).

• Enrique de Miguel Canuto
Catedrático de Derecho financiero y tributario de la Universidad de Valencia. Correo electrónico: Enrique.de-miguel@uv.es

profesionales", servicios que deben ser distinguidos de otros servicios del sector digital y de similares servicios que posibiliten la recopilación de datos, que no sean prestados por Guardianes de acceso[3]. El elemento locativo o territorial consiste en que los destinatarios de los servicios de plataforma o servicios de acceso prestados por los Guardianes sean "usuarios profesionales" establecidos en la Unión o "usuarios finales"-contratantes con usuarios profesionales- situados en la Unión[4].

La finalidad o razón de ser de la regulación de los Guardianes de acceso a los mercados digitales es garantizar la disputabilidad y equidad de los mercados en el sector digital europeo, en beneficio de los "usuarios profesionales" que actúan en los mercados subyacentes a las plataformas digitales y, a la postre, en favor de los "usuarios finales", según el principio de protección del consumidor.

La nueva regulación armonizada -mas bien común o uniforme- de los servicios de acceso prestados por los Guardianes se mueve en la frontera con la previa normativa en materia de competencia mercantil[5], en que confluyen normas nacionales y reglas comunitarias. Normativa sobre concentraciones y defensa de la competencia que, en principio, subsiste como tal sin ser expresamente modificada.

El presente trabajo tiene como centro el *procedimiento de investigación* o comprobación a cargo de la Comisión europea, en ejercicio de sus potestades de investigación, inspección y sanción, que puede llevar a una "decisión de incumplimiento" (art. 29) de sus obligaciones por parte del Guardián, con imposición de una multa sancionadora.

Desde el principio de ejecución uniforme y eficaz del Derecho de la Unión, las actuaciones a realizar están a cargo de la Comisión como regla general, mediante

3 Los servicios no comerciales, propios de proyectos colaborativos, no se consideran "servicios básicos de plataforma" a los efectos del Reglamento de Guardianes de acceso, según la Exposición de motivos, punto 2 del Reglamento 2022/1925. Aun cuando se trata de "servicios de la sociedad de la información" y se prestan por medio de plataformas electrónicas.

4 Lo relevante no es el lugar de establecimiento, ni el lugar de residencia del Guardián de acceso. Por lo que el Reglamento 2022/1925 puede ser aplicado a Guardianes de acceso a mercados digitales que estén establecidos o sean residentes fuera del territorio de la Unión europea.

5 La *base jurídica* o título competencial del Reglamento está en el art. 114 del TFUE, según el cual el Parlamento y el Consejo, mediante el procedimiento legislativo ordinario, pueden adoptar medidas de aproximación o armonización, que tengan por objeto el establecimiento y funcionamiento del mercado interior. En el contexto de que si bien el mercado interior es un ámbito de competencia compartida o concurrente, las normas sobre competencia entre empresas en el mercado interior son campo de competencia exclusiva de la Unión.
Según Altzelai Uliondo, el Reglamento no forma parte del Derecho sobre la competencia, sino que pretende *complementar*lo en garantía de la disputabilidad y equidad de los mercados digitales de la Unión, porque la normativa va más allá de la legislación europea antitrust, introduciendo un conjunto de obligaciones de conducta *ex ante* la producción de posibles abusos, normativa que no se centra en el mercado relevante, ni en los efectos sobre la competencia. Siendo su modelo de referencia la experiencia previa del mercado de las telecomunicaciones (Altzelai Uliondo, I.: "Hacia unos mercados disputables y equitativos más allá del Derecho de la competencia en la Unión europea", *Revista de Derecho Comunitario europeo,* núm. 74, 2023, p. 159-163).

decisiones que son "actos de ejecución" comúnmente adoptados, en el contexto de la Comitología, mediante el procedimiento "consultivo" del Reglamento 182/2011, sobre competencias de ejecución de la Comisión. El Reglamento 2022/1925, sobre Guardianes de acceso debe ser aplicado en el territorio de la Unión europea a partir del 2 de mayo de 2023, como regla general.

II. PROCEDIMIENTO DE INVESTIGACION.

El procedimiento de investigación (o "procedimiento de supervisión") que debe seguir la Comisión europea con vistas a la posible adopción "decisiones sobre incumplimiento" de sus obligaciones por parte de Guardianes de acceso[6], está jalonado en su recorrido por los siguientes trámites o puntos:

1. Decisión de incoación.

La "decisión de incoación" por la Comisión es el primer acto del procedimiento de investigación. Cuando la Comisión se proponga comenzar un procedimiento de investigación con vistas a la posible adopción de decisiones de incumplimiento, debe adoptar una decisión de incoación. Si bien la Comisión puede ejercer sus competencias de investigación relativas a Guardianes de acceso a mercados digitales antes de incoar un procedimiento.

La incoación de un procedimiento de investigación por la Comisión con vistas a imponer una multa sancionadora o una multa coercitiva, interrumpe (art. 32) el plazo de prescripción de cinco años para el ejercicio de las competencias sancionadoras. La interrupción es operativa desde que la decisión sea notificada a una empresa o asociación de empresas involucrada.

El acto de incoación del procedimiento produce los efectos que son propios de un acto de procedimiento y, aparte de su situación procedimental, no afecta a la situación jurídica [sustantiva] de los recurrentes. En consecuencia, es inadmisible el recurso de anulación que haya sido presentado contra el acto de incoación del procedimiento de investigación[7].

2. Peticiones de información.

La Comisión está apoderada para exigir a las empresas y asociaciones de empresas que faciliten la información necesaria para las actuaciones de investigación relativas a Guardianes de acceso a mercados digitales. Puede hacerlo

6 Estas actuaciones de investigación son cosa distinta a una "investigación de mercado".

7 Supuesto análogo lo encontramos en el caso *Amazon.com Inc.*, cuya sentencia de instancia es confirmada en casación por la sentencia del TJUE de 20 de abril de 2023, causa C-815/21 P, ponente Wahl, apartado nº 22.

de dos formas: mediante simple solicitud o mediante una decisión, en ambos casos con la finalidad de realizar las funciones de investigación que le son propias.

En caso de simple solicitud de información[8] a una empresa o asociación de empresas, debe especificar qué información y en qué plazo debe ser facilitada, indicando la base jurídica y la finalidad de la solicitud. Advirtiendo de la multa sancionadora prevista que puede ser impuesta por proporcionar información o explicaciones incompletas incorrectas o engañosas[9].

En caso de decisión o requerimiento sobre información debe especificar qué información y en qué plazo debe ser facilitada, indicando la finalidad de la solicitud. Cuando la Comisión exija el acceso a datos y algoritmos o información sobre pruebas señalará el plazo en que debe facilitarse, indicando la finalidad de la solicitud. También advertirá de la multa que puede ser impuesta por proporcionar información o explicaciones incompletas, incorrectas o engañosas[10].

La Comisión impondrá o advertirá de imposición de multas coercitivas para compeler a cumplir con corrección, completitud y dentro de plazo, la decisión sobre información, para compeler a facilitar el acceso a bases de datos, algoritmos e información sobre pruebas o para compeler a dar las explicaciones que se soliciten[11].

La decisión sobre información de la Comisión puede ser objeto de control por el Tribunal General, mediante recurso de anulación.

3. Toma de declaraciones.

A fin de ejercer sus funciones de investigación, la Comisión podrá tomar declaración a toda persona física o jurídica que dé su consentimiento para ser entrevistada, a efectos de la recopilación de información, en relación con el objeto de una investigación. La Comisión tendrá la facultad de dejar constancia de las declaraciones por cualquier medio técnico.

Cuando una toma de declaración se realice en los locales de una empresa, la Comisión informará a la Administración nacional en materia de competencia

8 La regulación da pie a que una decisión sobre información pueda ser adoptada antes de la apertura de un procedimiento de investigación. Así se desprende de la interpretación sistemática del art. 21. 3 en relación con el art. 20.2, según el cual la Comisión podrá ejercer sus competencias de investigación antes de incoar un procedimiento de investigación y, en el mismo sentido, en relación con el art. 16.2, según el cual la Comisión podrá ejercer sus competencias de investigación antes de abrir una investigación de mercado. Lo corrobora que la decisión sobre información sea susceptible de recurso de anulación ante el Tribunal General (art. 21.3, *in fine*).

9 Art. 30, apartado 3, letra f) del Reglamento 2022/1925.

10 Art. 30, apartado 3, letra f) del Reglamento 2022/1925.

11 Art. 31, apartado 1, letras c) y d) del Reglamento 2022/1925.

en cuyo territorio tenga lugar la declaración. Si así lo solicita la Administración nacional, sus funcionarios podrán ayudar a los funcionarios y demás personas que los acompañen con autorización de la Comisión para realizar la toma de declaración.

Proporcionar explicaciones o informaciones incorrectas, incompletas o engañosas en las declaraciones realizadas, como después veremos, puede dar lugar a la imposición a la empresa de una multa sancionadora (art. 30, letra f del Reglamento).

4. Conclusiones preliminares.

En cuanto a las últimas actuaciones, antes de adoptar la decisión de incumplimiento, la Comisión comunicará sus conclusiones preliminares al Guardián de acceso. En dichas conclusiones preliminares, la Comisión enunciará los hechos constatados y explicará las medidas que esté considerando adoptar o que considere que el Guardián de acceso debe adoptar para atender de forma efectiva a las conclusiones preliminares. La Comisión podrá consultar a terceros cuando se proponga adoptar una decisión de incumplimiento.

La Comisión debe basar sus decisiones exclusivamente en los hechos y las normas recogidas en las conclusiones preliminares, incluida cualquier cuestión sobre la que haya formulado alguna objeción, sobre las que los guardianes de acceso, las empresas y las asociaciones de empresas hayan podido formular observaciones. La razón explicativa de esta garantía está en que el procedimiento puede concluir con una multa sancionadora.

"La Comisión podrá decidir incoar el procedimiento con vistas a la adopción de una decisión con arreglo al art. 29 del Reglamento (UE) 2022/1925 en cualquier momento, pero a más tardar, en la fecha en que emita las conclusiones preliminares con arreglo al art. 29, apartado 3, de dicho Reglamento" (art. 5 del Reglamento de ejecución 2023/814[12]). Lo que presupone poder realizarse solicitudes de información y toma de declaraciones sin un previo acto de incoación del procedimiento.

5. Derecho a ser oído.

La premisa garantista es que "en todo procedimiento se respetarán plenamente los derechos de defensa del guardián de acceso, la empresa o asociación de empresas" (art. 34). Noción de origen jurisprudencial de la que son manifestaciones el derecho a ser oído y el derecho de acceso al expediente.

12 Reglamento de ejecución 2023/814, de 14 de abril (*DOUE* L 102 de 17.04.2023).

La Comisión debe dar al Guardián de acceso, la asociación de empresas o la empresa la oportunidad de ser oído, antes de la adopción de la decisión de incumplimiento, respecto a las conclusiones preliminares de la Comisión, incluyendo cualquier asunto en que la Comisión haya formulado objeciones o cargos y respecto a las medidas que la Comisión se propone adoptar a la vista de las conclusiones preliminares.

Podrán presentar a la Comisión sus *observacione*s o alegaciones relativas a las conclusiones preliminares de la Comisión, los guardianes de acceso, las empresas y las asociaciones de empresas, en un plazo que ésta debe fijar en sus conclusiones preliminares y que no podrá ser inferior a catorce días.

Presupuesto lógico del derecho a ser oído es el derecho de acceso al expediente administrativo. El Guardián de acceso tendrá derecho a acceder al expediente de la Comisión en las "condiciones de revelación" (*under terms of disclosure*), sin perjuicio del interés legítimo de las empresas de proteger sus secretos comerciales. En caso de desacuerdo entre las partes, la Comisión podrá tomar decisiones en las que se definan esas condiciones de revelación. El derecho de acceso al expediente de la Comisión no se hará extensivo a la información confidencial, ni a los documentos internos de la Comisión o de las Administraciones de los Estados miembros. El derecho de acceso tampoco se hará extensivo a los intercambios de correspondencia entre la Comisión y las Administraciones de los Estados. Nada debe impedir que la Comisión revele y utilice la información necesaria para probar una conducta infractora.

6. Prioridad competencial.

La Administración nacional en materia de competencia, cuando, en virtud del Derecho nacional, tenga la potestad y las competencias de investigación para ello, por propia iniciativa, podrá investigar casos de posible incumplimiento en su territorio de las obligaciones de los arts. 5, 6 y 7 del Reglamento 2022/1925. Antes de adoptar la primera medida formal de investigación, la Administración nacional debe informar por escrito a la Comisión[13] .

Ahora bien, la incoación de un procedimiento de investigación por parte de la Comisión (art. 20) privará a las Administraciones nacionales en materia de competencia de la potestad de llevar a cabo tal investigación, o *pondrá término a dicha investigación si ésta ya se halla en curso* ("protección contra procedimientos paralelos")[14]. Esas Administraciones, con fundamento en el principio de cooperación

13 Art. 38 apartado 7 del Reglamento 2022/1925.

14 El objetivo es doble: garantizar la aplicación coherente de las normas sobre competencia de la Unión y una gestión óptima de la red de autoridades públicas encargadas de la aplicación de estas normas junto a proteger a las empresas de "actuaciones paralelas" por parte de las Administraciones nacionales y la

leal, deben informar a la Comisión de las conclusiones de la investigación, con el fin de apoyar a la Comisión en su función de *única responsable* de hacer cumplir las obligaciones del Reglamento sobre Guardianes de acceso.

7. Decisión de incumplimiento.

Supuestos en que la Comisión puede adoptar una "decisión de incumplimiento" son primero, el incumplimiento de las obligaciones a cargo del Guardián relativas a los deberes de abstención del art. 5, deberes de dejar hacer del art. 6 u obligaciones sobre interoperabilidad del art. 7, segundo, incumplimiento de las "medidas de cumplimiento" del art. 8.2 del Reglamento, tercero, incumplimiento relativo a las medidas cautelares, y, cuarto, respecto a los "incumplimientos sistemáticos", incumplir las "medidas correctoras" del art. 18.1 o incumplir los compromisos vinculantes del art. 25 del Reglamento.

Acerca del plazo máximo de duración del procedimiento de investigación, la Comisión procurará adoptar su decisión de incumplimiento en un plazo de doce meses a partir del inicio del procedimiento. El Reglamento 2022/1925 no explicita ninguna consecuencia para el caso de falta de cumplimiento del plazo por parte de la Comisión.

La decisión de incumplimiento consiste en un "acto de ejecución", acto de alcance individual, adoptado por la Comisión, según el "procedimiento consultivo" del Reglamento 182/2011, decisión definitiva, que recogerá los hechos constatados y las consecuencias que de ellos deban extraerse, previo dictamen del Comité consultivo sobre Mercados digitales. Las decisiones de la Comisión tienen carácter ejecutivo y gozan de la presunción de validez en tanto no hayan sido anuladas o revocadas.

En la decisión de incumplimiento, la Comisión ordenará al guardián de acceso que *cese el incumplimiento* dentro de un plazo apropiado y que dé explicaciones sobre la forma en que tiene previsto cumplir dicha decisión. El Guardián de acceso indicará a la Comisión las medidas que haya adoptado para garantizar la ejecución de la decisión de incumplimiento.

En el supuesto de que tras la tramitación del procedimiento la Comisión no vea razones para adoptar una decisión de incumplimiento, pondrá fin al procedimiento mediante una decisión.

No hay una concatenación inexorable de la decisión de incumplimiento y la imposición de multas sancionadoras. El contenido de una decisión de incumplimiento

Comisión europea. En tal sentido, el supuesto análogo resuelto en casación, por sentencia del TJUE de 20 de abril de 2023, caso *Amazom.com Inc*., causa C-815/21 P, apartado nº 28.

puede consistir en ordenar el cese del incumplimiento dentro de un plazo y pedir explicaciones sobre cómo se va a cumplir (art. 29, apartados 5 y 6), sin exigir la imposición de multa sancionadora. La conclusión viene corroborada porque un "incumplimiento sistemático" puede dar lugar a una medida correctora y la asunción de un compromiso vinculante de garantía de cumplimiento de las obligaciones (arts. 18 y 25) sin imposición de multa sancionadora.

En los procedimientos iniciados con vistas a la posible adopción de una decisión de incumplimiento (art. 29.1), como veremos, podrán ser tomadas por la Comisión medidas cautelares contra el Guardián de acceso (art. 24).

III. COMPETENCIAS DE INSPECCION.

Las competencias de inspección pertenecen al núcleo de la potestad de investigación atribuida a la Comisión. En tal sentido, los Guardianes de acceso, empresas o asociaciones de empresas tendrán la obligación de someterse a una inspección cuando haya sido ordenada por una decisión de la Comisión.

En la decisión de ordenación de la inspección se especificará el *objeto de la inspección* y su *finalidad*, se fijará la fecha de inicio y se indicarán las multas sancionadoras (art. 30) y multas coercitivas (art. 31) previstas, así como el derecho a que la futura decisión de la Comisión se someta al control del Tribunal General.

Las competencias de inspección, según el art. 23 del Reglamento de Guardianes de acceso, comprenden el siguiente haz de facultades de actuación:

a) acceder a cualquier local, terreno y medio de transporte de las empresas y asociaciones de empresas; b) y c) examinar los libros y otros documentos relativos a la actividad empresarial, con independencia del soporte en que estén guardados; y hacer u obtener copias o extractos de dichos documentos; d) exigir a la empresa o asociación de empresas que facilite el acceso y las explicaciones sobre su organización, funcionamiento, sistema informático, algoritmos, gestión de datos y prácticas empresariales, y grabar o documentar las explicaciones obtenidas con cualquier medio técnico; e) precintar todos los locales y libros o documentos de la empresa mientras dure la inspección y en la medida en que sea necesario para esta; f) solicitar a cualquier representante o miembro del personal de la empresa explicaciones sobre hechos o documentos relacionados con el objeto y la finalidad de la inspección y dejar constancia de sus respuestas mediante cualquier medio técnico.

La decisión notificada de la Comisión de ordenación de la inspección interrumpe el plazo de prescripción de cinco años para la imposición de multas sancionadoras

y también es causa de interrupción del plazo de prescripción de cinco años para la imposición de multas coercitivas.

La Comisión podrá solicitar la ayuda de auditores o expertos por ella nombrados, para llevar a cabo las actuaciones de inspección, y, por otra parte, podrá solicitar la ayuda de la Administración nacional en materia de competencia, quien, a su vez, podrá solicitar la ayuda de personas autorizadas o nombradas por dicha Administración nacional.

Actuaciones: los funcionarios y demás personas que los acompañen con autorización de la Comisión para realizar una inspección ejercerán sus competencias previa presentación de una autorización escrita que indique el objeto y la finalidad de la inspección, así como la advertencia de las multas sancionadoras previstas en el art. 30 para el supuesto de que los libros u otros documentos requeridos relativos a la actividad empresarial se presenten de manera incompleta o en caso de que las respuestas a las preguntas formuladas sean inexactas o engañosas. Con suficiente antelación, la Comisión advertirá de la inspección proyectada a la Administración nacional en materia de competencia en cuyo territorio se haya de realizar.

Los funcionarios de la Administración nacional competente del Estado miembro, y toda persona autorizada o nombrada por dicha Administración nacional, ayudarán activamente, a petición de dicha Administración o de la Comisión, a los funcionarios y demás personas que los acompañen con autorización de la Comisión. A tal fin, gozarán de las facultades integrantes de la competencia comunitaria de inspección.

Cuando los funcionarios y demás personas que los acompañen con autorización de la Comisión constaten que una empresa o asociación de empresas se opone a la realización de una inspección, el Estado miembro interesado les prestará la asistencia necesaria, requiriendo, si llega el caso, la acción de la policía o de una fuerza o cuerpo de seguridad equivalente, para permitirles realizar la inspección.

Si, conforme a la normativa nacional, la asistencia prevista requiere una autorización judicial, la Comisión o la Administración nacional en materia de competencia, o los funcionarios autorizados por dichas autoridades la solicitarán al juez. Esta autorización también podrá ser solicitada como medida cautelar.

Cuando se solicite la autorización prevista, el órgano judicial nacional verificará la autenticidad de la decisión de la Comisión y que las medidas coercitivas previstas no son arbitrarias ni están desproporcionadas en relación con el objeto de la inspección. En su control de la *proporcionalidad* de las medidas coercitivas, el órgano judicial podrá pedir a la Comisión, directamente o a través de la Administración

nacional en materia de competencia, explicaciones detalladas referentes a los motivos que tenga la Comisión para sospechar que se ha infringido el presente Reglamento, así como sobre la gravedad de la conducta infractora y la naturaleza de la participación de la empresa.

Sin embargo, el órgano judicial nacional no podrá poner en cuestión la necesidad de la inspección, ni exigir que se le presente la información que consta en el expediente de la Comisión[15]. Se trata pues de un control externo, superficial y sumario.

La legalidad de la decisión de ordenación de la inspección por la Comisión solo estará sujeta al control del Tribunal General, a instancia del Guardián, mediante el recurso de anulación.

IV. MEDIDAS CAUTELARES.

Se podrán adoptar *a iniciativa* de la Comisión medidas cautelares (o "medidas provisionales" o "medidas preventivas") antes de la finalización del procedimiento de investigación, con vistas a evitar obstáculos que puedan resultar insuperables a la disputabilidad y la equidad en el acceso a los mercados[16].

Presupuestos : la Comisión podrá adoptar un acto de ejecución en el que se ordenen medidas cautelares contra un guardián de acceso, cuando concurran dos circunstancias: primera, en caso de urgencia debido al riesgo de daños graves e irreparables para los usuarios profesionales o los usuarios finales de los Guardianes de acceso, y, segunda, sobre la base de una comprobación de la existencia *prima facie* de una infracción de los arts. 5, deberes de abstención, 6, deberes de dejar hacer, o 7, obligaciones de interoperatividad.

En cuanto al contenido de las medidas cautelares el Reglamento 2022/1925 deja en libertad a la Comisión, que deberá decidir proporcionadamente, para la evitación de obstáculos a la disputabilidad o la equidad que puedan devenir insuperables.

Contexto procedimental: solamente se puede adoptar dicho "acto de ejecución" por la Comisión en el marco de un procedimiento iniciado con vistas a la posible adopción de una decisión de incumplimiento (art. 29, apartado 1). Sin embargo, en los procedimientos iniciados con vistas a adoptar una decisión sobre

15 Se evidencia la desarmonía entre que el órgano jurisdiccional podrá pedir a la Comisión explicaciones detalladas de los motivos de su actuación pero no podrá exigir la presentación de la información que conste en el expediente de la Comisión.

16 Desde el punto de vista pedagógico, cabe señalar la distinción con la posibilidad de solicitar la empresa actora, ante el juez comunitario, una "medida cautelar", como lo es la suspensión de la obligación de pagar la multa impuesta. La finalidad y los contenidos de unas y otras medidas son bien distintos.

cumplimiento, no hay habilitación para la adopción de medidas cautelares contra un Guardián. Fuera de un procedimiento de investigación no puede ser adoptada ninguna medida cautelar.

¿Debe darse al Guardián audiencia antes de adoptar la medida cautelar? Dado que no se puede adoptar una medida cautelar fuera de un procedimiento dirigido a imponer una "decisión de incumplimiento" y que en todo procedimiento dirigido a una decisión de incumplimiento debe darse audiencia al Guardián concluimos en sentido afirmativo del trámite de audiencia. Aunque la normativa no lo explicite.

Los efectos de la medida cautelar son dos: primero, la medida cautelar se aplicará exclusivamente durante un período de tiempo limitado y, segundo, podrá renovarse la decisión cautelar en la medida en que sea necesario y apropiado para la finalidad de la investigación.

Forma: la medida cautelar se debe formalizar en un "acto de ejecución" de la Comisión, que deberá ser adoptado siguiendo el procedimiento consultivo del Reglamento 182/2011, sobre competencias de ejecución.

Distinción de afines: debe marcarse la distinción con el supuesto de medida cautelar eventualmente impuesta al Guardián de acceso, por la Administración *nacional* en materia de competencia, cuando lleva a cabo la investigación de casos de posible incumplimiento de los arts. 5, deberes de abstención, 6, deberes de dejar hacer, y 7, obligaciones de interoperabilidad, en su territorio (art. 38 apartado 3).

La Comisión, además, puede imponer multas coercitivas para compeler a cumplir una decisión que ordena medidas cautelares contra un Guardián de acceso.

V. MEDIDAS CORRECTORAS Y COMPROMISOS VINCULANTES.

Las actuaciones de "investigación de mercado" (art. 18) pueden confluir con procedimientos de investigación. Si bien no se trata de una relación biunívoca.

La Comisión podrá llevar a cabo una *investigación de mercado* con el fin de examinar si un guardián de acceso ha incurrido en un "incumplimiento sistemático". Cuando la investigación de mercado ponga de manifiesto que un guardián de acceso ha incumplido sistemáticamente una o varias de las obligaciones establecidas en los arts. 5, deberes de abstención, 6, deberes de dejar hacer, o 7, obligaciones de interoperabilidad, y ha mantenido, reforzado o ampliado su posición de Guardián de acceso, la Comisión podrá adoptar un acto de ejecución por el que imponga al Guardián cualquier medida correctora del comportamiento

o una medida estructural que debe ser necesaria y estar proporcionada para garantizar el cumplimiento efectivo de las obligaciones.

"Incumplimiento sistemático": se considerará que un guardián de acceso ha incurrido en un incumplimiento sistemático de las obligaciones establecidas en los arts. 5, 6 y 7 del Reglamento cuando la Comisión haya adoptado al menos *tres decisiones de incumplimiento* contra el Guardián de acceso en relación con cualesquiera de sus "servicios básicos de plataforma" dentro de los ocho años anteriores a la adopción de la decisión de apertura de una investigación de mercado en vista de la posible adopción de una medida correctora.

La interpretación contextual, a la luz del apartado 2 del art. 30 del Reglamento, sobre sanciones muy graves por incumplimiento repetitivo -que después veremos- conduce a que las decisiones de incumplimiento desatendidas hayan contenido ordenar el cese del incumplimiento y dar garantías de cumplimiento y hayan carecido de naturaleza sancionadora.

La medida correctora que se imponga, que debe ser necesaria y estar proporcionada para mantener o restablecer la equidad y la disputabilidad si se han visto menoscabadas por un incumplimiento sistemático, podrá incluir la prohibición, durante un tiempo limitado, al Guardián de acceso de tomar parte en una concentración en el sentido del art. 3 del Reglamento 139/2004 (LCEur 2004, 278, 3595) en relación con los "servicios básicos de plataforma", otros servicios prestados en el sector digital o los servicios que posibiliten la recopilación de datos que se hayan visto afectados por el incumplimiento sistemático.

Actuaciones: la Comisión debe comunicar sus conclusiones preliminares al Guardián en el plazo de seis meses a partir de la fecha de apertura de la investigación de mercado. En sus conclusiones preliminares, la Comisión explicará si considera, de manera preliminar, que se cumplen las condiciones de "incumplimiento sistemático" y qué medida o medidas correctoras considera, de manera preliminar, necesarias y proporcionadas.

Audiencia de terceros: para que los terceros interesados puedan formular observaciones, al mismo tiempo que comunica sus conclusiones preliminares sobre el guardián, o a la mayor brevedad posible después de comunicarlas, la Comisión publicará un resumen no confidencial del asunto y las medidas correctoras que esté considerando aplicar. La Comisión fijará un plazo razonable para la presentación de dichas observaciones.

La Comisión concluirá dicha investigación de mercado en el plazo de doce meses a partir de la fecha de apertura de la investigación de mercado. La norma no prevé qué consecuencias tiene para la Comisión el incumplimiento del plazo

máximo de duración del procedimiento, esto es, el plazo para la adopción de la decisión definitiva.

"Mientras se lleva a cabo la investigación de mercado, la Comisión podrá prorrogar su duración cuando tal prórroga esté justificada por razones objetivas y sea proporcionada. La prórroga podrá aplicarse al plazo en que la Comisión debe formular sus conclusiones preliminares o al plazo de adopción de la decisión definitiva[17]. La duración total de toda prórroga o prórrogas con arreglo al presente apartado no excederá de seis meses".

La Comisión adoptará mediante un "acto de ejecución" la decisión de conclusión de la investigación de mercado. Dicho acto de ejecución de la Comisión se adoptará de conformidad con el "procedimiento consultivo" del Reglamento 182/2011, sobre competencias de ejecución, previo dictamen consultivo del Comité consultivo sobre Mercados digitales.

Con el fin de garantizar que el guardián de acceso cumple efectivamente las obligaciones establecidas en los arts. 5, 6 y 7, la Comisión revisará periódicamente las medidas correctoras que imponga. La Comisión tendrá la facultad de modificar tales medidas correctoras si, tras una nueva investigación de mercado, comprueba que las medidas no son eficaces para la consecución de la finalidad pretendida.

Iniciativa de los Estados: uno o varios Estados de la Unión podrán solicitar a la Comisión que inicie una investigación de mercado por considerar que existen motivos fundados para suponer que un Guardián ha incumplido sistemáticamente sus obligaciones reglamentarias, y ha mantenido, reforzado o ampliado *contra legem* su posición de Guardián. Los Estados miembros aportarán pruebas para respaldar sus solicitudes[18]. En un plazo de cuatro meses a partir de la recepción de una solicitud, la Comisión examinará si existen motivos razonables para la apertura de una investigación de mercado. La Comisión publicará los resultados de su examen.

Compromisos vinculantes: si, durante el procedimiento de investigación de mercado por "incumplimiento sistemático", el guardián de acceso ofrece adoptar compromisos para los "servicios básicos de plataforma" con el fin de garantizar el cumplimiento de las obligaciones de los arts. 5, 6 y 7, la Comisión podrá adoptar un acto de ejecución en el que hará vinculantes esos compromisos para el guardián y declarará que no hay ya motivos para actuar. Dicho acto de ejecución de la Comisión se adoptará siguiendo el "procedimiento consultivo" del Reglamento 182/2011.

17 Decisión definitiva es la manifestación final de voluntad de la Comisión y no la preparación del acto final. En este contexto, decisión final se contrapone a conclusiones preliminares.

18 Art. 41 del Reglamento 2022/1925.

Audiencia de terceros: en caso de que la Comisión vaya a adoptar una decisión en relación con el incumplimiento sistemático, por la que haga vinculantes los compromisos ofrecidos por el guardián de acceso, publicará un resumen no confidencial del caso y el contenido principal de dichos compromisos. Los terceros interesados podrán presentar sus observaciones en un plazo razonable que fijará la Comisión.

La Comisión, previa solicitud o por iniciativa propia, podrá reabrir el procedimiento cuando: a) se haya producido la modificación la situación de hecho, respecto de un elemento esencial de la decisión; b) el guardián de acceso no cumpla sus compromisos vinculantes ; c) la decisión se haya basado en informaciones facilitadas por las partes que se hayan revelado como incompletas , inexactas o engañosas; d) los compromisos vinculantes no se hagan efectivos.

El incumplimiento de medidas correctoras y el incumplimiento de compromisos vinculantes pueden dar finalmente lugar a una "decisión de incumplimiento" por la Comisión (art. 29) e imposición de multa sancionadora (art. 30).

VI. MULTAS SANCIONADORAS.

En ausencia de sanción por su incumplimiento no habría norma jurídica. En tal sentido el Reglamento delimita tres grupos de conductas infractoras[19] que distingue en razón de la distinta sanción prevista para cada grupo. Aunque no enuncia una tríada de calificaciones, a efectos pedagógicos los enunciaremos como sanciones graves, sanciones más graves y sanciones menos graves.

Sanciones graves: en la decisión de incumplimiento la Comisión podrá imponer una multa sancionadora al Guardián de acceso, cuando constate que, de forma intencionada o por negligencia, ha incumplido las obligaciones, medidas o compromisos tipificados. Autoría: *solo los Guardianes de acceso*[20] *pueden ser autores de la conducta sancionada*. No así las empresas o asociaciones que hayan participado en la realización de la conducta.

Las conductas infractoras son las siguientes: incumplimiento de las obligaciones a cargo del Guardián relativas a los deberes de abstención (art. 5) deberes de dejar hacer (art. 6) u obligaciones sobre interoperabilidad (art. 7), segundo, incumplimiento de las "medidas de cumplimiento" del art. 8.2, tercero,

19 Como contexto, Bacigalupo Zapater, E.: *Sanciones administrativas: (Derecho español y comunitario)*, Madrid, 1991; Carnevali Rodriguez, R.: *Derecho penal y Derecho sancionador de la Unión Europea,* Granada, 2001; Molina del Pozo, C.F.: "Aplicación del Derecho comunitario y potestad sancionadora en el contexto de la Unión europea", *Revista parlamentaria de la Asamblea de Madrid,* núm. 25, 2011, pp. 95-124.

20 Los Guardianes de acceso a los mercados digitales del Reglamento 2022/1925 son el correlato de los prestadores de servicios intermediarios de muy gran tamaño del Reglamento 2022/2065 sobre servicios digitales (Madrid parra, A.: "Aproximación inicial a los Reglamentos Europeos sobre servicios y mercados digitales", *La Ley Unión Europea,* núm. 110, 2023, p. 11).

incumplimiento relativo a las medidas cautelares del art. 24, y, cuarto, respecto a los "incumplimientos sistemáticos", incumplir las "medidas correctoras" del art. 18.1 o incumplir los compromisos vinculantes del art. 25 del Reglamento.

Límite máximo: la multa sancionadora a imponer puede consistir en multas que no excedan del 10 % de su volumen de negocios total a nivel mundial en el ejercicio anterior. Criterios de determinación de la multa: al fijar el importe de una multa, la Comisión tendrá en cuenta la gravedad de la infracción, la duración de la conducta y la reiteración. El Reglamento no precisa si la reincidencia es una circunstancia agravante o un componente del importe de base de la multa. El Reglamento no tipifica ninguna circunstancia atenuante.

Sanciones más graves: en la decisión de incumplimiento, la Comisión podrá sancionar a un guardián de acceso con multas sancionadoras, cuando haya constatado en una decisión de incumplimiento que un guardián de acceso ha cometido la misma infracción de una obligación establecida en los art. 5 , deberes de abstención, 6, deberes de dejar hacer, o 7, obligaciones de interoperabilidad, en relación con el mismo "servicio básico de plataforma" que ya se hubiera constatado en una decisión de incumplimiento adoptada durante los ocho años anteriores , o una infracción similar .

Límite máximo: la cuantía de la multa en infracciones graves puede ser de hasta el 20 % de su volumen de negocios total a nivel mundial en el ejercicio anterior. Criterios de determinación de la multa: al fijar el importe de una multa, la Comisión tendrá en cuenta la gravedad de la infracción , la duración de la conducta y la reiteración.

Sanciones menos graves: la Comisión podrá imponer una multa sancionadora al Guardián de acceso, cuando constate que, de forma intencionada o por negligencia ha incurrido en alguna de las conductas infractoras entorpecedoras o dilatorias tipificadas.

Las conductas infractoras son las siguientes: a) no proporcionar dentro del plazo la información necesaria para comprobar su designación como guardianes de acceso (art. 3) o proporcionar información incorrecta, incompleta o engañosa; b) no cumplir la obligación de notificar a la Comisión haber alcanzado los umbrales del "servicio básico de plataforma" propios de la presunción de la condición de guardián de acceso (art. 3 , apartado 3) ; c) no notificar la información requerida según el art. 14 o que la información que proporcionen sea incorrecta, incompleta o engañosa; d) no presentar la descripción auditada sobre perfiles de los consumidores (art. 15) o que la información que proporcionen sea incorrecta, incompleta o engañosa; e) y f) no facilitar el acceso a las bases de datos, los algoritmos o a la información sobre las pruebas en respuesta a una decisión sobre información (art. 21, apartado

3); o no proporcionar dentro del plazo, la información solicitada o proporcionar información o explicaciones incorrectas , incompletas o engañosas solicitadas (arts. 21) o que las hayan proporcionado en una entrevista según el art. 22; g) no proporcionar o negarse a proporcionar información completa sobre hechos relativos al objeto y finalidad de una inspección (art. 23) o no rectificar, dentro de un plazo establecido por la Comisión, la información incorrecta, incompleta o engañosa facilitada por un representante o un miembro del personal; h) negarse a someterse a una decisión de ordenación de una inspección (art. 23); i) no cumplir las obligaciones impuestas por la Comisión sobre conservación de documentos relevantes (art. 26); j) no designar un agente de verificación del cumplimiento de las obligaciones (art. 28) o k) no respetar las condiciones o restricciones de acceso al expediente de la Comisión previstas en el art. 34 , apartado 4 .

Autoría: no solo los guardianes de acceso sino también las empresas o asociaciones de empresas que hayan participado en la conducta pueden ser sancionadas con sanción menos grave. A contraste con la solución dada para las sanciones graves.

Criterios de determinación de la multa: al fijar el importe, la Comisión tendrá en cuenta la gravedad de la infracción, la duración de la conducta, la reiteración en la infracción y, también, la demora causada al procedimiento. Límite máximo: la multa a imponer no podrá exceder del 1 % de su volumen de negocios total a nivel mundial del Guardián en el ejercicio anterior.

Respecto a la recaudación ejecutiva de la multa, el vencimiento del plazo concedido para efectuar el pago dará origen a la recaudación en vía ejecutiva. La recaudación en vía ejecutiva de las multas sancionadoras puede efectuarse mediante acto de la Comisión[21] o acto de un Estado de la Unión que actúe a instancia de la Comisión. El Tribunal de la Unión puede suspender la recaudación por vía ejecutiva. Los tribunales nacionales también están habilitados por el Reglamento 2022/1925 para suspender la recaudación por vía ejecutiva.

VII. MULTAS COERCITIVAS.

La Comisión podrá adoptar una decisión de imposición a los Guardianes de acceso de mercados digitales, empresas o asociaciones de empresas involucradas en la investigación de multas coercitivas[22] diarias para compelerlas a cumplir las decisiones o medidas tipificadas.

21 Los actos de la Comisión que impongan una obligación pecuniaria a personas privadas serán títulos ejecutivos (art. 299 de TFUE).

22 Las multas coercitivas no tienen naturaleza sancionadora. Las multas sancionadoras tienen el objetivo de alcanzar un nivel suficientemente disuasorio de la conducta infractora, mientras que la sucesión de multas coercitivas tiene el propósito de compeler a la empresa multada a la conducta de cumplir las medidas o exigencias de la Comisión.

Las actuaciones relativas a decisiones o medidas que pueden ser objeto de multas coercitivas son la siguientes: a) llevar a cabo las medidas de cumplimiento especificadas por la Comisión sobre la base de una decisión sobre cumplimiento (art. 8, apartado 2); b) y g) ejecutar las "medidas correctoras" (art. 18, apartado 1), y ejecutar los compromisos vinculantes (art. 25, apartado 1); c) y d) proporcionar información correcta y completa en el plazo requerido por una solicitud de información (art. 21); garantizar el acceso a las bases de datos, los algoritmos e información sobre las pruebas en respuesta a una decisión sobre información (art. 21, apartado 3), y proporcionar las explicaciones sobre los mismos que se soliciten mediante una decisión adoptada con arreglo al art. 21; e) someterse a una inspección ordenada mediante una decisión adoptada con arreglo al art. 23; f) cumplir una decisión que ordene medidas cautelares (art. 24); h) cumplir una "decisión de incumplimiento", cesando en el incumplimiento (art. 29.1).

Límite máximo: la cuantía de la multa coercitiva diaria no podrá exceder del 5 % del promedio diario del volumen de negocios a nivel mundial en el ejercicio anterior, calculado a partir de la fecha fijada por la decisión.

Respecto al procedimiento para imponer una multa coercitiva no está previsto el derecho del Guardián de acceso a ser oído antes de serle impuesta una multa coercitiva para compelerle a cumplir su obligación.

La multa coercitiva para compeler a cumplir la decisión sobre incumplimiento (letra h) debe imponerse dentro del plazo de prescripción de cinco años y deberá ser ejecutada dentro del plazo de otros cinco años una vez impuesta.

Importe definitivo: cuando los guardianes de acceso, empresas, o asociaciones de empresas, hayan cumplido la obligación que pretendía hacer cumplir la multa coercitiva, la Comisión podrá adoptar un acto de ejecución en el que fije el importe definitivo de la multa coercitiva en una cifra inferior a la que resultaría de la decisión original. Dicho "acto de ejecución" se adoptará siguiendo el procedimiento consultivo del Reglamento 182/2011, sobre competencias ejecutivas. Este importe "definitivo" es un importe nuevo, fruto de un hecho posterior, el cumplimiento de la obligación buscado. Que no modifica el carácter en sí definitivo de las multas originales impuestas. Carácter que viene confirmado por ser las multas originales susceptibles de recurso de anulación ante el Tribunal General.

VIII. DETERMINACION DEL VOLUMEN DE NEGOCIO.

Para cuantificar las multas sancionadoras y para cuantificar las multas coercitivas es necesario definir el parámetro "volumen de negocio"[23] del Guardián de acceso.

23 El art. 2 punto 30 del Reglamento 2022/1825 remite al Reglamento 139/2004, que es el Reglamento comunitario de concentraciones de empresas.

El volumen de negocios total de un Guardián de acceso comprende los importes resultantes de las prestaciones de servicios -y eventual venta de productos-, tanto a empresarios como a consumidores, por el Guardián de acceso durante el penúltimo ejercicio correspondientes a sus actividades ordinarias, previa deducción de los descuentos sobre ventas, además del impuesto sobre el valor añadido y otros impuestos directamente relacionados con el volumen de negocios.

El perímetro subjetivo del volumen de negocio a computar, a estos efectos, junto al Guardián de acceso, comprende al conjunto siguiente de entidades:

1º las empresas controlantes del Guardián, que dispongan en el Guardián de más de la mitad del capital o del capital circulante, poder ejercer más de la mitad de los derechos de voto, poder designar más de la mitad de los órganos de representación, o el derecho a dirigir las actividades del Guardián

2º las empresas dominadas por las controlantes del Guardián, en que las controlantes dispongan de más de la mitad del capital o del capital circulante, poder ejercer más de la mitad de los derechos de voto, poder designar más de la mitad de los órganos de representación, o el derecho a dirigir las actividades de la dominada

3º las empresas *controladas* por el Guardián, en que el Guardian dispone de más de la mitad del capital o del capital circulante, poder ejercer más de la mitad de los derechos de voto, poder designar más de la mitad de los órganos de representación, o el derecho a dirigir las actividades de la controlada

4º las *joint venture* formadas por dos o más controlantes del guardián, dominadas por las controlantes del o controladas por el Guardián anteriores, que dispongan conjuntamente en la empresa en participación de más de la mitad del capital o del capital circulante, poder ejercer más de la mitad de los derechos de voto, poder designar más de la mitad de los órganos de representación, o el derecho a dirigir las actividades de la empresa en participación.

Delimitando negativamente, quedan fuera del "volumen de negocio" las prestaciones de servicios y ventas de bienes, realizadas unas con otras ("ventas cautivas" o "ventas interiores") por las empresas comprendidas en el conjunto de entidades que forman el perímetro subjetivo a estos efectos. En suma, lo que cuenta es las operaciones *ad extra* con empresas terceras, las que quedan fuera del perímetro, aun cuando presenten algún grado de vinculación con las empresas incluidas en el perímetro.

IX. PRESCRIPCION DE LA INFRACCION Y PRESCRIPCION DE LA SANCION.

Está previsto un plazo de prescripción para la imposición de la multa por la Comisión y posterior plazo de prescripción para la ejecución de la multa impuesta.

prescripción de la *infracción*: las competencias conferidas a la Comisión para imponer multas sancionadoras y multas coercitivas, en su ejercicio, están sujetas a un plazo de prescripción extintiva de cinco años.

Respecto al *dies a quo* del cómputo del plazo, el plazo comenzará a contar a partir del día en que se haya cometido la infracción. Si bien, en el caso de infracciones continuadas o reiteradas, el plazo comenzará a contarse desde el día en que cese la conducta infractora.

Tras cada interrupción, el plazo de prescripción comenzará a contarse de nuevo desde el principio. Causas de interrupción: entre las acciones que interrumpen el transcurso del plazo se incluirán, en particular, las siguientes: a) las solicitudes de información de la Comisión; b) las autorizaciones escritas para realizar inspecciones expedidas por la Comisión a sus funcionarios; c) la incoación de un procedimiento por parte de la Comisión con vistas a imponer una multa sancionadora (art. 20) o una multa coercitiva.

El plazo de prescripción se interrumpirá con efectos a partir de la fecha en que la acción se notifique al menos a una empresa o asociación de empresas que haya participado en la conducta infractora.

"Toda medida adoptada por la Comisión a efectos de una investigación de mercado o un procedimiento relativo a una infracción" interrumpirá el plazo de prescripción para la imposición de multas sancionadoras o multas coercitivas. Por lo que las actuaciones de investigación, aunque no se dirijan a imponer una sanción o una multa coercitiva al guardián de acceso también interrumpen la prescripción relativa a las actuaciones sancionadoras.

Límite máximo a las interrupciones: no obstante, el plazo de prescripción expirará a más tardar el día en que haya transcurrido un plazo igual al *doble* del plazo de prescripción, esto es, diez años, sin que la Comisión haya impuesto una multa o una multa coercitiva.

Causa de suspensión: el plazo de prescripción para la imposición de multas sancionadoras o multas coercitivas se suspenderá mientras la decisión de la Comisión sea objeto de la resolución de un proceso pendiente ante el Tribunal General o después ante el Tribunal de la Unión. Además, en tal caso el límite

máximo a las interrupciones se prorrogará por el tiempo que se suspenda el plazo de prescripción.

prescripción de la sanción: las competencias de la Comisión para hacer cumplir las decisiones de imposición de multas sancionadoras y las decisiones de imposición de multas coercitivas estarán sujetas, en su ejercicio, a un plazo de prescripción de cinco años.

En cuanto al *dies a quo* del cómputo del plazo para la ejecución de las sanciones, el plazo comenzará a contar a partir del día en que la decisión de la Comisión sea definitiva. La lógica señala al día de la notificación[24] de la definitiva decisión de la Comisión, que es cuando el sancionado conoce la multa sancionadora.

Tras cada interrupción, el plazo de prescripción comenzará a contarse de nuevo desde el principio. Causas de interrupción: el plazo de prescripción para la ejecución de las sanciones se interrumpirá: a) por la notificación de una decisión por la que se modifique el importe inicial de la multa o de la multa coercitiva o por la que se deniegue una solicitud de modificación; b) por cualquier acto de la Comisión o de un Estado miembro que actúe a instancia de la Comisión, que esté dirigido a la recaudación por vía ejecutiva de la multa o de la multa coercitiva.

Causas de suspensión: el plazo de prescripción para la ejecución de sanciones quedará suspendido: a) mientras dure el plazo concedido para efectuar el pago, o b) mientras dure la suspensión de la recaudación por vía ejecutiva en virtud de una resolución del Tribunal General o de una resolución de un órgano jurisdiccional nacional.

X. MEDIDAS DE CUMPLIMIENTO.

El procedimiento de investigación o comprobación que puede llevar a una decisión de incumplimiento (art. 29) con imposición de una multa sancionadora (art. 30) también *puede dirigirse a "medidas de cumplimiento" de las obligaciones del Guardián de acceso* (art. 8.2).

El Guardián de acceso debe garantizar y demostrar el cumplimiento de las obligaciones para con los usuarios profesionales en los arts. 5, 6 y 7 del Reglamento. Las medidas aplicadas por el guardián de acceso para garantizar el cumplimiento de las obligaciones deberán ser eficaces para alcanzar los objetivos del Reglamento y de la obligación correspondiente.

24 Es lo coherente con que la notificación sobre modificación de la multa interrumpa la prescripción y armoniza con la suspensión de la prescripción mientras corre el plazo para efectuar el pago. Según el art. 297.2 in fine del TFUE "las decisiones que indiquen un destinatario se notificarán a sus destinatarios y surtirán efecto en virtud de dicha notificación".

Actuaciones: la Comisión podrá, por iniciativa propia o previa petición de un Guardián de acceso que presta "servicios básicos de plataforma", incoar un procedimiento de investigación.

El Guardián de acceso podrá pedir a la Comisión participar en el procedimiento para determinar si las medidas que ese guardián pretende aplicar o ha aplicado para garantizar el cumplimiento de su obligación son eficaces para alcanzar el objetivo de la obligación correspondiente. La Comisión tendrá una facultad discrecional para decidir si acepta su participación en tal procedimiento, respetando los principios de igualdad de trato, proporcionalidad y buena administración.

En su petición, el Guardián de acceso presentará un escrito motivado para explicar las medidas que pretende aplicar o que ha aplicado. Además, el guardián facilitará una versión no confidencial de su escrito motivado que podrá compartirse con terceros, como los usuarios profesionales con quienes tenga una relación contractual.

Con vistas a la adopción de la decisión sobre cumplimiento, la Comisión comunicará sus conclusiones preliminares al guardián de acceso en un plazo de tres meses a partir de la incoación del procedimiento. En las conclusiones preliminares, la Comisión explicará las medidas que considere que debe adoptar o que considere que el guardián de acceso debe adoptar para atender eficazmente a las conclusiones preliminares.

Audiencia de terceros: para que los terceros interesados, como los usuarios profesionales, puedan formular observaciones de forma efectiva, al comunicar sus conclusiones preliminares al guardián de acceso, o a la mayor brevedad posible después de comunicarlas, la Comisión publicará un resumen no confidencial del asunto y las medidas que esté considerando adoptar o que considere que el guardián de acceso de que se trate debe adoptar. La Comisión marcará un plazo razonable para la presentación de dichas observaciones.

Decisión sobre cumplimiento: la Comisión podrá adoptar un "acto de ejecución" en el que se especifiquen las medidas que deberá aplicar el guardián de acceso para cumplir efectivamente las obligaciones enunciadas. Al especificar las medidas previstas, la Comisión garantizará que las medidas sean eficaces para alcanzar los objetivos del Reglamento y la obligación correspondiente, y están proporcionadas en las circunstancias específicas del guardián de acceso y el servicio de que se trate. La Comisión valorará también si las medidas previstas o aplicadas garantizan que no subsista ningún desequilibrio entre los derechos y las obligaciones de los usuarios profesionales y que las medidas no confieren en sí mismas una ventaja para el guardián que sea desproporcionada en comparación

con el servicio prestado por el guardián a los usuarios profesionales con quienes tenga una relación contractual.

El acto de ejecución deberá ser adoptado en un plazo de seis meses, a partir de la incoación del procedimiento, siguiendo el procedimiento "consultivo" del Reglamento nº 182/2011. La normativa no prevé cuál es la consecuencia del incumplimiento del plazo.

Medidas anti-elusión: cuando los guardianes de acceso eludan[25] o intenten eludir sus obligaciones reglamentarias frente a los usuarios profesionales cocontratantes, la Comisión podrá incoar este procedimiento de investigación y adoptar un "acto de ejecución", especificado las medidas que deberán adoptar los guardianes de acceso.

La Comisión puede imponer multas coercitivas diarias a los Guardianes de acceso para compelerlos a cumplir las medidas recogidas en una "decisión sobre cumplimiento" del art. 18.1 del Reglamento.

Sin embargo, en los procedimientos iniciados con vistas a adoptar una decisión sobre cumplimiento, no hay habilitación para la adopción de medidas cautelares contra el Guardián de acceso. Según se deriva del art. 24 del Reglamento 2022/1925 que solo las habilita en procedimientos iniciados con vistas a una "decisión por incumplimiento".

Por último, adoptada la "decisión sobre cumplimiento", la Comisión podrá decidir volver a incoar el procedimiento: a) si ha habido un cambio significativo en los hechos fundamentadores de la decisión, o b) si la decisión se ha basado en información incompleta, incorrecta o engañosa, o c) si las medidas especificadas en la decisión no son eficaces.

El Reglamento deja abierta la puerta a que las "medidas de cumplimiento" del art. 8.2 sean compatibilizadas por la Comisión con la decisión por incumplimiento (art. 29) e incluso imposición de multas sancionadoras (art. 30) y multas coercitivas (art. 31). Así se desprende del apartado 8 del art. 13 ("El apartado 6 del presente art. se entenderá sin perjuicio de las competencias atribuidas a la Comisión en virtud de los arts. 29, 30 y 31".

XI. MATERIA DE COMPETENCIA.

Las competencias ejecutivas de la Comisión sobre el cumplimiento de sus obligaciones por los Guardianes de acceso no enervan las competencias ejecutivas

25 Medidas anti-elusión del art. 13 del Reglamento 2022/1925.

de los Estados de la Unión en materia de competencia mercantil en relación con los Guardianes de acceso.

"El presente Reglamento se entiende sin perjuicio de la aplicación de los arts. 101 y 102 del TFUE (RCL 2009, 2300). También se entiende sin perjuicio de la aplicación de: a) normas nacionales de competencia que prohíban los acuerdos contrarios a la competencia, las decisiones de asociaciones de empresas, las prácticas concertadas y los abusos de posición dominante; b) normas nacionales de competencia que prohíban otras formas de conducta unilateral en la medida en que se apliquen a empresas que no sean guardianes de acceso o equivalgan a imponer obligaciones adicionales a los guardianes de acceso, y c) el Reglamento (CE) n.º 139/2004 del Consejo (LCEur 2004, 278, 3595) y de normas nacionales relativas al control de las concentraciones"[26].

Mecanismo de información: cuando la Administración nacional en materia de competencia tenga la intención de iniciar una investigación sobre un guardián, con base en la legislación nacional, debe informar por escrito a la Comisión de su primera medida formal de investigación, antes o inmediatamente después del inicio de la medida. Esta información podrá ponerse también a disposición de las Administraciones nacionales de los demás Estados.

Cuando la Administración nacional en materia de competencia tenga intención de imponer obligaciones a los guardianes de acceso sobre la base de la legislación nacional, debe comunicar a la Comisión, en un plazo no superior a treinta días antes de su adopción, el proyecto de medidas, indicando los motivos o razones de la medida.

En el caso de las medidas cautelares, la Administración nacional en materia de competencia mercantil que se propone adoptarlas debe comunicar a la Comisión el proyecto de medidas lo antes posible, y a más tardar inmediatamente después de su adopción. Esta información podrá ponerse también a disposición de las Administraciones nacionales de los demás Estados.

Los mecanismos de información previstos en el Reglamento no se aplicarán a las decisiones relativas a las normas nacionales sobre concentraciones[27]. Se preserva así la competencia material del Estado en relación con el control de

26 Puede verse Canedo Arrillaga, M.P.: "El nuevo procedimiento comunitario de defensa de la libre competencia y su incidencia en el sistema español", *Cuadernos europeos de Deusto*, núm. 31, 2004, págs. 41-80 y Girona Domingo, R.M.: "El nuevo Reglamento 2022/720 de exenciones por categorías de acuerdos verticales y prácticas concertadas", *La Ley mercantil,* núm. 97, 2022.

27 Puede verse Iza Moreno,A.-Cantos Baquedano,F.-Franco dongora, D.: "Legislación de control de concentraciones y OPAs: reflexiones a favor de una nueva reforma", *Gaceta jurídica de la Unión Europea y de la competencia*, núm. 221, 2002, págs. 94-101.

concentraciones de dimensión nacional y la especialidad de la normativa sobre concentraciones en el campo general de la competencia entre empresas.

Destino: la información intercambiada, en el contexto de las actuaciones de investigación, y en el espíritu del principio de cooperación leal, solo se podrá comunicar recíprocamente y utilizar a efectos de coordinar la ejecución de las obligaciones de los Guardianes en el Reglamento 2022/1925 y las normas sobre competencia mercantil, en cuanto resulten de suyo también aplicables a los Guardianes de acceso.

XII. CONTROL JURISDICCIONAL.

Desde el punto de vista de la impugnación[28], ante los "actos de ejecución" de la Comisión la mirada se dirige hacia los recursos de anulación[29], a presentar por Guardianes de acceso, ante el *Tribunal General* y ulterior recurso de casación ante el Tribunal de la Unión[30]. Pero también podremos encontrar actuaciones puntuales del juez nacional, relativas al control del incumplimiento de sus obligaciones por los Guardianes de acceso.

Alegaciones: la Comisión podrá dirigir de oficio observaciones o alegaciones escritas a los órganos jurisdiccionales nacionales, cuando la aplicación coherente del Reglamento así lo exija. Podrán presentar también observaciones verbales, con la autorización del correspondiente órgano jurisdiccional. Al objeto de elaborar sus observaciones, la Comisión podrá solicitar al órgano jurisdiccional nacional que le transmita o le garantice la transmisión de toda la documentación necesaria para valorar el asunto.

Dictamen o informe: en los procedimientos para la aplicación del Reglamento 2022/1925, los órganos jurisdiccionales nacionales podrán pedir a la Comisión que les remita la información que obre en su poder y también podrán pedirle que emita un dictamen sobre cuestiones relativas a la aplicación del Reglamento a Guardianes de acceso a mercados electrónicos.

28 Desde sus orígenes, el Derecho de la Unión ha jugado con dos sistemas o modelos de tutela jurisdiccional. El de tutela *periférica* (juez nacional) con cooperación vigilada (cuestión prejudicial) para las vulneraciones procedentes de los Estados, donde el poder judicial central no tiene jurisdicción originaria, ni potestad jerárquica de enmienda sobre los poderes judiciales periféricos y un modelo de tutela *originaria* y jerarquizada (Tribunal de la Unión) para el ámbito en el que las vulneraciones de los particulares son el centro de la cuestión (recurso de anulación) como ejemplifica el campo de la defensa de la competencia (Azpitarte sánchez, M., " La autonomía del ordenamiento de la Unión y las "funciones esenciales" de su sistema jurisdiccional", *Teoría y Realidad constitucional*, núm. 32, 2013, p. 30).

29 La anulación de un acto pronunciada por el juez de la Unión produce efectos *ex tunc* y elimina, pues, del ordenamiento jurídico, el acto anulado, con carácter retroactivo (sentencias de primera instancia de 26 de abril de 1988, caso Asteris /Comisión, causa T- 97/86, apartado 30; de 13 de diciembre de 1995, caso Exporteurs in Levende Varkens /Comisión, causa T-481/93, apartado 46, de 10 de octubre de 2001, caso Corus UK/Comisión, causa T-171/99, apartado 50 y de 19 de enero de 2022, caso Deutsche Telekom/ Comisión, causa T-610/19).

30 Puede verse Naome, C.: *Appeals before the Court of Justice of the European Unión*, U. de Oxford, 2018.

Suspensión del proceso: los órganos judiciales nacionales deben evitar adoptar resoluciones que puedan entrar en conflicto con una decisión prevista por la Comisión en un procedimiento de investigación de un Guardián de acceso que ya se haya incoado. Su fundamento lo encontramos en el principio de ejecución uniforme y eficaz del Derecho de la Unión, a cargo de la Comisión (art. 291 de TFUE), de cuño jurisprudencial. A tal fin, corresponde a los órganos judiciales nacionales apreciar si procede suspender el curso de su proceso[31].

Cuestión prejudicial: "sin perjuicio de la posibilidad de que los órganos jurisdiccionales nacionales planteen una petición de decisión prejudicial en virtud del art. 267 del TFUE (RCL 2009, 2300)." De la norma se desprende que el juez nacional puede elevar cuestión prejudicial, ante el Tribunal de la Unión, sobre los guardianes de acceso, sin esperar a que la Comisión adopte su decisión, estando suspendido el curso del proceso judicial.

"Los órganos jurisdiccionales nacionales no adoptarán resoluciones que sean contrarias a una decisión adoptada por la Comisión en virtud del presente Reglamento". Lo que supone que, en materia de competencia mercantil, en relación con Guardianes, las resoluciones del juez nacional deben tomar como antecedente de hecho las decisiones de la Comisión conexas con la decisión nacional en materia de competencia a adoptar. Premisa de esta conclusión es que las Administraciones nacionales en materia de competencia "no tomarán decisiones que sean contrarias a una decisión adoptada por la Comisión en virtud del presente Reglamento" (art. 1 apartado 7).

Por otra parte, la Comisión podrá adoptar actos normativos de ejecución, esto es, actos de alcance general, por los que se establezcan disposiciones pormenorizadas para la aplicación de los aspectos prácticos de la cooperación y la coordinación entre las Administraciones nacionales y la Comisión a que se refieren los arts. 37 y 38 del Reglamento. Antes de adoptar el acto de ejecución, la Comisión publicará un proyecto de acto e invitará a las partes interesadas a presentar sus observaciones en un plazo que no podrá ser inferior a un mes.

31 La solución que encontramos en la normativa sobre Guardianes de acceso es distinta a la dada en la normativa general sobre competencia entre empresas en dos escenarios. Primero: ante la incoación del procedimiento por la Comisión, subsiste el ejercicio de la competencia jurisdiccional nacional en curso, en caso de actuación de los órganos jurisdiccionales como tribunal de apelación, en relación con multas sancionadoras, multas coercitivas, medidas cautelares, compromisos vinculantes u ordenes de cesación, por actos contrarios a la libre competencia. Segundo: en los Estados que distinguen entre órgano administrativo instructor y órgano judicial resolutor, en los procedimientos de defensa de la competencia, la incoación del procedimiento por la Comisión solo surtirá efectos para el órgano administrativo instructor que deberá poner fin al procedimiento nacional retirando la demanda (art. 35 del Reglamento 1/2003, de normas sobre competencia entre empresas).

Este acto de ejecución se adoptará siguiendo no el procedimiento consultivo sino el -más exigente- procedimiento de "examen"[32] del Reglamento 182/2011, sobre ejercicio de las competencias ejecutivas, con emisión de dictamen por el Comité consultivo de Mercados digitales. Si el Comité emite dictamen desfavorable, la Comisión debe presentar un nuevo proyecto o bien elevar el proyecto original a un Comité de apelación. Si en apelación se emitiera dictamen desfavorable la Comisión no podría adoptar el acto de ejecución.

Por último, desde otra perspectiva, Altzelai Uliondo subraya que, atendido el contenido y el efecto directo del Reglamento 2022/1925, esto supone que "usuarios profesionales" e incluso "usuarios finales" de Estados de la Unión, tendrán legitimación para interponer acciones privadas ante los tribunales nacionales contra los Guardianes de acceso, ante el incumplimiento de una obligación que les haya deparado un perjuicio[33].

XIII. MEJORA DE LAS OBLIGACIONES.

El profesor Madrid Parra enfatiza que en el núcleo de la regulación del Reglamento 2022/1925 están los "servicios intermediarios", o servicios de intermediación, que son servicios prestados por los Guardianes a usuarios profesionales (y no a consumidores finales), sobre la base de una relación contractual entre el Guardián proveedor y el usuario profesional, quien, a su vez, ofrece bienes o servicios a los consumidores finales[34].

Pues bien, la Comisión podrá llevar a cabo una "investigación de mercado"[35] con el fin de examinar[36] si deben añadirse a la lista de servicios básicos de plataforma, uno o varios servicios del sector digital, o con el fin de detectar prácticas que limiten la disputabilidad de los servicios básicos de plataforma o que no sean equitativas y no se aborden de forma eficaz en el presente Reglamento. En su examen, la Comisión tendrá en cuenta las conclusiones correspondientes de los procedimientos relativos a la competencia mercantil, desarrollados en virtud de los arts. 101 y 102 del TFUE (RCL 2009, 2300) en relación con los mercados electrónicos, así como cualquier otra circunstancia relevante.

32 Para profundizar puede verse Blumann Cl.: "Un nouveau départ pour la comitologie. Le règlement nº 182/2022 du 16 février", *Cahiers de Droit europeen* nº 1, 2011, pp. 23-52 y Silva de Lapuerta, R.: "La Decisión del Consejo de 28 de junio de 1999 sobre Comitología", *Noticias de la Unión europea*, núm. 179, 1999, pp. 43-50.

33 Altzelai Uliondo, I.: "Hacia unos mercados disputables y equitativos más allá del Derecho de la competencia en la Unión europea", *Revista de Derecho Comunitario europeo,* núm. 74, 2023, p. 162.

34 Madrid Parra, A.: "Aproximación inicial a los Reglamentos Europeos sobre servicios y mercados digitales", *La Ley Unión Europea,* núm. 110, 2023, p. 7.

35 En este escenario la "investigación de mercado" no se dirige a dictar un acto de alcance individual sino hacia el ejercicio de la función de iniciativa legislativa por la Comisión.

36 Art. 19 del Reglamento 2022/1925.

Cuando lleve a cabo una investigación de mercado, la Comisión podrá consultar a terceros, entre los que se incluyen usuarios profesionales y usuarios finales de servicios del sector digital objeto de investigaciones en curso y usuarios profesionales y usuarios finales sujetos a prácticas que estén siendo investigadas.

Plazo máximo para concluir: la Comisión publicará sus conclusiones en un informe en el plazo de dieciocho meses a partir de la fecha de apertura de la investigación de mercado.

El informe se presentará al Parlamento Europeo y al Consejo y, en su caso, irá acompañado de: a) una propuesta legislativa de modificación del Reglamento para incluir servicios adicionales del sector digital en la lista de servicios básicos de plataforma, o para incluir nuevas obligaciones. La propuesta podrá también plantear la supresión de servicios presentes en la lista de servicios básicos de plataforma, o la supresión de obligaciones reglamentarias actuales.

b) o bien un proyecto de acto delegado que complete el Reglamento en cuanto a las obligaciones de abstención o dejar hacer de los arts. 5 y 6, o un proyecto de acto delegado que modifique elementos no esenciales o complete el Reglamento en lo que respecta a las obligaciones de interoperabilidad del art. 7, según se dispone en el art. 12.

El Reglamento de Guardianes de acceso, como acto delegante, otorga a la Comisión los poderes para adoptar *actos delegados*[37] en las condiciones establecidas.

Tiempo: los poderes para adoptar actos delegados se otorgan a la Comisión por un período de cinco años a partir del 1 de noviembre de 2022. La Comisión debe elaborar un informe a más tardar nueve meses antes de que finalice el período de cinco años. La delegación de poderes se prorrogará tácitamente por períodos de idéntica duración, excepto si el Parlamento o el Consejo se oponen a la prórroga a más tardar tres meses antes del final de cada período.

Revocación: la delegación de poderes podrá ser revocada en cualquier momento por el Parlamento o por el Consejo. La decisión de revocación pondrá término a la delegación de los poderes que en ella se especifiquen. La decisión surtirá efecto el día siguiente al de su publicación en el *D.O.U.E.* o, cuando sea el caso, en una fecha posterior indicada en ella. La revocación no afectará a la validez de los actos delegados de la Comisión que ya estén en vigor.

37 Puede verse Alonso García, E.: *Sistema Jurídico de la Unión europea*, 2ª ed., Madrid, 2010, pp. 78-92; Garzón Clariana, G.: "Los actos delegados en el sistema de fuentes de Derecho de la Unión europea", *Revista de Derecho Comunitario europeo,* núm. 37, 2010, pp.721-760; De Miguel Canuto, E.: "Delegación de poderes y competencias de ejecución de la Comisión europea" *Diario La Ley,* núm. 8835, 2016.

Efectos: tan pronto como la Comisión adopte un acto delegado lo notificará al Parlamento y al Consejo. El acto adoptado entrará en vigor si, en un plazo de dos meses a partir de su notificación al Parlamento y al Consejo, ninguno formula objeciones o si, antes del vencimiento del plazo, ambos informan a la Comisión de que no las formularán. El plazo se puede prorrogar dos meses a iniciativa del Parlamento o del Consejo.

BIBLIOGRAFIA

ALONSO GARCÍA, R.: *Sistema Jurídico de la Unión europea*, 2ª ed., Madrid, 2010.

ALTZELAI ULIONDO, I.: "Hacia unos mercados disputables y equitativos más allá del Derecho de la competencia en la Unión europea", *Revista de Derecho Comunitario europeo,* núm. 74, 2023.

AZPITARTE SÁNCHEZ,M.: " La autonomía del ordenamiento de la Unión y las "funciones esenciales" de su sistema jurisdiccional", *Teoría y Realidad constitucional,* núm. 32, 2013.

BACIGALUPO ZAPATER, E.: *Sanciones administrativas: (Derecho español y comunitario)*, Madrid, 1991.

BLUMAN , CL.: "Un nouveau départ pour la comitologie. Le règlement nº 182/2022 du 16 fèvrier", *Cahiers de Droit europeen,* núm. 1, 2011.

CANEDO ARRILLAGA, M.P.: "El nuevo procedimiento comunitario de defensa de la libre competencia y su incidencia en el sistema español", *Cuadernos europeos de Deusto*, núm. 31, 2004.

CARNEVALI RODRIGUEZ, R.: *Derecho penal y Derecho sancionador de la Unión Europea* Granada, 2001.

DE MIGUEL CANUTO, E.: "Delegación de poderes y competencias de ejecución de la Comisión europea" *Diario La Ley,* núm. 8835, 2016.

GARZÓN CLARIANA, G.: "Los actos delegados en el sistema de fuentes de Derecho de la Unión europea", *Revista de Derecho Comunitario europeo,* núm. 37, 2010.

GIRONA DOMINGO, R.M.: "El nuevo Reglamento 2022/720 de exenciones por categorías de acuerdos verticales y prácticas concertadas", *La Ley mercantil* , núm. 97, 2022.

IZA MORENO, A.- CANTOS BAQUEDANO, F.-FRANCO DONGORA, D. : "Legislación de control de concentraciones y OPAs: reflexiones a favor de una nueva reforma", *Gaceta jurídica de la Unión Europea y de la competencia*, núm. 221, 2002.

MADRID PARRA, A.: "Aproximación inicial a los Reglamentos Europeos sobre servicios y mercados digitales", *La Ley Unión Europea,* núm. 110, 2023.

Molina del Pozo, C.F.: "Aplicación del Derecho comunitario y potestad sancionadora en el contexto de la Unión europea", *Revista parlamentaria de la Asamblea de Madrid*, núm. 25, 2011.

Naome ,C.: *Appeals before the Court of Justice of the European Unión*, U. de Oxford, 2018.

Olmedo peralta, E.: "Redefiniendo el ámbito de aplicación de la Ley de Mercados Digitales: ¿a quién? ¿cómo? y ¿para qué?", *Nuevas tendencias en el Derecho de la competencia y de la propiedad industrial* III / Anexo (Plaza, Costas Comesaña, Fernández Carballo-Calero, Torres Pérez, Louredo Casado, dirs.), 2022.

Orozco González, M.: "David vs. Goliat: las obligaciones de transparencia en el uso de datos por los "guardianes de acceso" en la Ley de Mercados Digitales", *Revista Aranzadi doctrinal*, núm. 5, 2023.

Ortega Sánchez, l.: "El nuevo Reglamento europeo de mercados digitales: regulación de las plataformas digitales en el nuevo entorno tecnológico", *Revista General de Derecho de los Sectores Regulados*: RSR, núm. 10, 2022.

Ruiz espinosa, J.: "Tratamiento de las conductas desarrolladas por plataformas digitales de gran tamaño", *Revista Aranzadi Doctrinal,* núm. 4, 2022.

Ruiz peris, J.I.: "La nueva *digital market act*, una respuesta híbrida de la Unión Europea a los "gatekeepers" GAFA", *Revista Aranzadi de Derecho y nuevas tecnologías,* núm. 57, 2021.

Silva de lapuerta, R. "La Decisión del Consejo de 28 de junio de 19999 sobre Comitología", *Noticias de la Unión europea,* núm. 179, 1999.

LOS DELITOS DE EXPRESIÓN CONTRA EL JEFE DEL ESTADO ESPAÑOL Y SU REGULACIÓN EN NUESTROS CÓDIGOS PENALES HISTÓRICOS

CRIMES OF SPEECH AGAINST THE SPANISH HEAD OF STATE AND THEIR REGULATION IN OUR HISTORICAL CRIMINAL CODES

Rev. Boliv. de Derecho Nº 37, enero 2024, ISSN: 2070-8157, pp. 344-387

Irene RUFO RUBIO

ARTÍCULO RECIBIDO: 27 de octubre de 2023
ARTÍCULO APROBADO: 4 de diciembre de 2023

RESUMEN: En la legislación penal vigente, los delitos de expresión contra el Rey y otros miembros de la Familia Real son concebidos como "Delitos contra la Constitución" y tipificados en los arts. 490.3 y 491. No obstante, los continuos intentos de despenalización, así como las repetidas condenas del TEDH a nuestro país por la aplicación de estos tipos en perjuicio de la libertad de expresión, hacen necesario una revisión histórica de la cuestión con el fin de averiguar cuál ha sido su fundamento y características en cada periodo constitucional, pudiendo así realizar una aproximación más adecuada a la actual discusión. De esta forma, en el presente trabajo se va a ofrecer una visión completa del tratamiento que han recibido los delitos de expresión contra el Jefe del Estado —y, por su obligada remisión, los delitos de calumnias e injurias comunes— a lo largo de la codificación penal española.

PALABRAS CLAVE: Libertad de expresión; honor; Jefe del Estado; injuria; calumnia; códigos penales históricos; constitucionalismo histórico.

ABSTRACT: *In the current criminal legislation, crimes of speech against the King and other members of the Royal Family are conceived as "Crimes against the Constitution" and typified in articles 490.3 and 491. However, the continuous attempts of decriminalization, as well as the repeated condemnations of the ECtHR to our country for the application of these types to the detriment of freedom of expression, make necessary a historical review of the issue in order to find out what has been its basis and characteristics in each constitutional period, thus being able to make a more appropriate approach to the current discussion. In this way, this paper will offer a complete vision of the treatment that the crimes of speech against the Head of State have received —and, due to their obligatory referral, the common crimes of slander and insults— throughout of the Spanish penal codification.*

KEY WORDS: Freedom of expression; honor; Head of State; insults; slander; historical criminal codes; historical constitutionalism.

SUMARIO.- I. PLANTEAMIENTO.- II. CÓDIGO PENAL DE 1822.- 1. Un breve apunte sobre el contexto histórico-constitucional.- 2. Los delitos de expresión contra el Jefe del Estado.- 3. Una remisión necesaria: definición y tipificación de las calumnias e injurias como delitos comunes.- III. CÓDIGO PENAL DE 1848.- 1. Un breve apunte sobre el contexto histórico-constitucional.- 2. Los delitos de expresión contra el Jefe del Estado.- 3. Definición y tipificación de las calumnias e injurias como delitos comunes.- IV. CÓDIGO PENAL DE 1870.- 1. Un breve apunte sobre el contexto histórico-constitucional.- 2. Los delitos de expresión contra el Jefe del Estado.- 3. Definición y tipificación de las calumnias e injurias como delitos comunes. V. CÓDIGO PENAL DE 1928.- 1. Un breve apunte sobre el contexto histórico-constitucional.- 2. Los delitos de expresión contra el Jefe del Estado.- 3. Definición y tipificación de las calumnias e injurias como delitos comunes.- VI. CÓDIGO PENAL DE 1932.- 1. Un breve apunte sobre el contexto histórico-constitucional.- 2. Los delitos de expresión contra el Jefe del Estado.- 3. Definición y tipificación de las calumnias e injurias como delitos comunes.- VII. CÓDIGO PENAL DE 1944 Y SUS POSTERIORES REFORMAS.- 1. Un breve apunte sobre el contexto histórico-constitucional.- 2. Los delitos de expresión contra el Jefe del Estado.- 3. Definición y tipificación de las calumnias e injurias como delitos comunes.- 4. Reformas que afectan a los delitos de expresión contra el Jefe del Estado.- VIII. CONCLUSIONES.

I. PLANTEAMIENTO.

La desaparición en España de los delitos de expresión contra el Rey y otros miembros de la Familia Real podría estar más cerca que nunca. Se consiga bien por la vía legislativa, mediante su derogación definitiva de la ley penal; bien por la de la interpretación y aplicación que de aquellos hacen nuestros tribunales, comprometidos por la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante, TEDH)[1].

1 Una tercera alternativa, nada desdeñable, es la presentación y estimación de una cuestión de inconstitucionalidad contra dichos preceptos. Ejemplo de un caso reciente lo encontramos en Bélgica, cuyo Tribunal Constitucional ha declarado en 2021 la inconstitucionalidad de la normativa belga de 1847 por la que se castigaba con hasta tres años de cárcel los insultos contra el Rey. El origen de dicho pronunciamiento se halla en la consulta elevada por el Tribunal de Apelación de Gante sobre la compatibilidad de dicha normativa con la libertad de expresión (curiosamente, para resolver sobre la extradición y entrega del rapero mallorquín Josep Miquel Arenas, alias *Valtònyc,* a la justicia española tras haber sido condenado por delitos de enaltecimiento al terrorismo e injurias a la Corona). Por su parte, dentro de nuestras fronteras tenemos la declaración de inconstitucionalidad del inciso segundo del art. 607 del Código Penal de 1995 referido al delito de negacionismo. Así, la STC 235/2007, de 7 de noviembre, consideró que "la libertad de configuración del legislador penal encuentra su límite en el contenido esencial del derecho a la libertad de expresión, de tal modo que [...] nuestro ordenamiento constitucional no permite la tipificación como delito de la mera transmisión de ideas, ni si quiera en los casos en que se trate de ideas execrables por resultar contrarias a la dignidad humana que constituye el fundamento de todos los derechos que recoge la Constitución y, por ende, de nuestro sistema político". Dicha resolución, dictada con cuatro votos particulares en contra, no impidió que el delito de negacionismo se castigue de nuevo tras la reforma de la ley penal del 2015, cuando, dice el actual art. 510, 1 c) CP, de este modo se promueva o favorezca un clima de violencia, hostilidad, odio o discriminación.

• Irene Rufo Rubio
Contratada predoctoral en el Departamento de Derecho Público I y Ciencia Política, con perfil en Derecho Constitucional, de la Universidad Rey Juan Carlos (Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas). Correo electrónico: irene.rufo.rubio@urjc.es. ORCID ID 0009-0000-8879-6477.

En relación con la primera posibilidad, hasta hace pocos días se debatía en sede parlamentaria la *Proposición de Ley por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, para despenalizar las injurias a la Corona y los ultrajes a España*. Dicha iniciativa había sido presentada en marzo del 2020 en el Senado por el Grupo Parlamentario Esquerra Republicana-Euskal Herria Bildu, al entender que, según reivindican en la referida Proposición, "una democracia avanzada y moderna debe asegurar a la ciudadanía su pleno derecho de la libertad de expresión". Y aunque la repentina disolución de las Cortes el 29 de mayo del 2023 y la consecuente convocatoria de elecciones generales hayan supuesto su *muerte* prematura[2], la recurrencia de este tipo de iniciativas[3], así como el interés material que suscita la propuesta, bien merecen la realización de algunos comentarios.

En este sentido, señala la iniciativa la intención de aproximar el sistema español al norteamericano, innegablemente más permisivo. No puede por ello olvidarse que la Primera Enmienda de la Constitución de los Estados Unidos protege la libertad de expresión hasta sus últimas consecuencias, incluso cuando ello supone

2 Para situar al lector en el contexto jurídico-político en el que nos encontramos al escribir estas líneas, conviene señalar que por Real Decreto 400/2023, de 29 de mayo, quedaron disueltos el Congreso y el Senado, y fueron convocadas elecciones a ambas Cámaras para el día 23 de julio del 2023. Así las cosas, este final anticipado de legislatura ha supuesto que la tramitación de numerosos textos legales (entre los que se encuentra la referida *Proposición de Ley por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, para despenalizar las injurias a la Corona y los ultrajes a España*) hayan decaído, independientemente del punto más o menos avanzado en el que se encontraran en la discusión parlamentaria (en el caso objeto de estudio, el último hito lo encontramos en el Debate de enmiendas a la totalidad celebrado el 29 de septiembre del 2022). Así lo dispone el art. 207 del Reglamento del Congreso de los Diputados: "Disuelto el Congreso de los Diputados o expirado su mandato, quedarán caducados todos los asuntos pendientes de examen y resolución por la Cámara, excepto aquellos de los que constitucionalmente tenga que conocer su Diputación Permanente".

3 Son frecuentes los intentos legislativos que buscan acabar con las injurias y calumnias contra el Jefe del Estado. Sin ir más lejos, el Grupo Parlamentario Esquerra Republicana-Euskal Herria Bildu presentó en agosto del 2020 la misma iniciativa en el Congreso, aunque sin obtener en dicha ocasión apoyos suficientes para continuar con la tramitación parlamentaria (https://www.congreso.es/public_oficiales/L14/CONG/BOCG/B/BOCG-14-B-107-1.PDF). Por su parte, entre medias de la tramitación de la Proposición que aquí comentamos, el Grupo Parlamentario Confederal de Unidas Podemos-En Comú Podem-Galicia en Común, formuló en el Congreso, en febrero del 2021, la *Proposición de Ley Orgánica de reforma de la Ley Orgánica, de 23 de noviembre, del Código Penal para la protección de la libertad de expresión* (https://www.congreso.es/public_oficiales/L14/CONG/BOCG/B/BOCG-14-B-149-1.PDF#page=1). Entre las distintas medidas que se solicitaban en la última iniciativa, estaba, también, la de derogación de los delitos contra la Corona recogidos en los arts. 490.3 y 491 CP. Sin embargo, esta Proposición ha caducado con motivo de la disolución anticipada de las Cortes.
Existen otros muchos ejemplos más lejanos en el tiempo. En dicho sentido, hay que mencionar la Proposición de Ley presentada por el Grupo Parlamentario Confederal de Unidos Podemos-En Comú Podem-En Marea en marzo del 2018 (https://www.congreso.es/public_oficiales/L12/CONG/BOCG/B/BOCG-12-B-239-1.PDF#page=1); la Proposición de Ley presentada por el Grupo Parlamentario de Esquerra Republicana de noviembre del 2016 (https://www.congreso.es/public_oficiales/L12/CONG/BOCG/B/BOCG-12-B-57-1.PDF); o la instada por el Grupo Parlamentario de Esquerra Republicana-Izquierda Unida-Iniciativa per Catalunya Verds de marzo del 2011 (https://www.congreso.es/public_oficiales/L9/CONG/BOCG/B/B_309-01.PDF#page=1).
Lejos de quedar ahí, con motivo de la disolución de las Cortes y la caducidad sobrevenida de las iniciativas parlamentarias aquí mencionadas, el Grupo Parlamentario Plurinacional SUMAR registró hace escasamente un mes (octubre del 2023) una nueva Proposición de Ley Orgánica en aras de reformar el Código Penal para la "protección de la libertad de expresión" en la que se planteaba la despenalización del delito de calumnias e injurias contra la Corona. Si bien es cierto que recientemente han procedido a su retirada de la tramitación parlamentaria.

amparar en la mayoría de casos discursos de odio o de negacionismo. En el famoso *caso Milk Wagon Drivers Union of Chicago v. Meadowmoor* dirimido ante el Tribunal Supremo estadounidense en 1941, el Juez BLACK, H.L., formulaba un voto particular señalando que la libertad de escribir y hablar sobre cuestiones públicas es tan importante para la vida del gobierno de un país como lo es el corazón para el cuerpo humano. De acuerdo con ello, si se silencia, el resultado es la muerte. Y lo que en esa Sentencia era una interpretación minoritaria, pasó a ser la dominante poco tiempo después. Así, en el *asunto Terminiello v. Chicago*, en 1949, mientras que para la mayoría "la vitalidad de la instituciones civiles y políticas en nuestra sociedad depende de la libre discusión pública", para el juez JACKSON, R.H., el "dogma de la libertad absoluta" debía ser objeto de reproche. En esta línea, emitiría un voto particular advirtiendo del peligro que supone pasar por alto que en muchas ocasiones reclaman libertad quienes esperan poner la democracia en jaque, y que, a largo plazo, el mantenimiento de la libertad de expresión peligrará en mayor medida si la población no puede obtener protección frente a abusos que llevan a la violencia, pues "ninguna libertad puede asegurarse si se asume que sus abusos son inseparables de su disfrute".

En fin, volviendo al ámbito español, la implementación en nuestro país de dicha forma de entender la libertad de expresión como una libertad plena exige de algo más que "superar [como se dice en la Proposición de Ley] estas censuras que tipifican como delitos la quema de banderas o la injuria a la Corona". Habrá pues que analizar muy detenidamente, como sugirió a los estadounidenses el juez JACKSON R.H., en el referido voto particular, el pretendido cambio de rumbo y asumir las consecuencias, todas, de elevar la libertad de expresión a la categoría de derecho absoluto[4].

4 Destacamos en este sentido la obra de Alcácer Guirao, R.: "Víctimas y disidentes. El «discurso de odio» en EE. UU., y Europa", *Revista Española de Derecho Constitucional*, 2015, núm. 103, pp. 45-86, de la que hemos recabado la información sobre el *asunto Terminiello v. Chicago* de 1949 (pp. 49-50). Señala además el autor que mientras la piedra basal del sistema norteamericano es la libertad de la expresión, en el europeo se ha aceptado la inclusión de límites relacionados con la igualdad, la dignidad o el honor de los ciudadanos (p. 51). Por dicha razón, indica, la jurisprudencia del Tribunal Supremo de Estados Unidos suscita en nuestro continente sentimientos encontrados: por un lado, se observa desde la admiración que se haya declarado prioritaria la libertad de expresión frente a la quema de la bandera norteamericana (*caso Texas v. Johnson*, 491 US 397 [1989]), pero nos produce estupor que se permita la quema de una cruz, como símbolo del *Ku Klux Klan*, en el jardín de una familia afroamericana (*RVA v. City of St. Paul* [1992]), o la celebración de una marcha neonazi por Skokie, barrio de Illinois, cuya población es predominantemente judía (muchos de ellos supervivientes del Holocausto). Ello es síntoma de la diferente concepción que tienen ya no solo los operadores jurídicos, sino la propia población de a pie, americana y europea, de dicho derecho. En el referido artículo doctrinal (p. 57), se cita un extracto de la sentencia *Snyder. v. Phelps*, de 2011, que refleja bien este extremo: "El ejercicio de la expresión [*speech*] es poderoso. Puede incitar a la gente a la acción, llevarles a las lágrimas o [...] infligir grandes dosis de sufrimiento. Pero, ante los presentes hechos, no podemos reaccionar a ese sufrimiento castigando a quien se manifiesta. Como nación, hemos elegido un camino distinto: proteger el discurso público, incluso cuando cause dolor, en aras de no reprimir el debate público". Todo lo anterior le lleva a concluir que: "[...] ha sido la interpretación que a lo largo de los años ha venido dando a la misma [se refiere a la Primera Enmienda] el Tribunal Supremo lo que en la actualidad permite a todo ciudadano estadounidense quemar su bandera, insultar a su Presidente o denigrar el Islam o la Iglesia Católica, pero también [y aquí se encuentra la principal diferencia con los sistemas europeos] justificar el Holocausto, declarar a los negros o los asiáticos seres inferiores o sugerir que los homosexuales, los inmigrantes ilegales o los dentistas deberían ser colgados por los tobillos" (p. 59).

En cuanto a la segunda forma posible de acabar con la vigencia de estos delitos, esto es, mediante la casuística jurisprudencial, como también pone de relevancia la ya caduca Proposición de Ley, la posición del TEDH ante las condenas dictadas por la comisión de delitos de calumnias e injurias contra la Corona española es clara: la agravación punitiva de las conductas expresivas cuando el destinatario de las mismas es el Jefe del Estado no es compatible con el espíritu del Convenio Europeo de Derechos Humanos (en adelante, CEDH).

Para que una limitación nacional a la libertad de expresión sea aceptada por el TEDH a la luz del art. 10 CEDH, deberá cumplir tres requisitos cumulativos: 1) encontrarse en una previsión legal; 2) perseguir una finalidad legítima; así como 3) ser necesaria en una sociedad democrática.

Aplicado lo anterior al caso español[5], los delitos de calumnias e injurias contra el Jefe del Estado como límite penal a la libertad de expresión cumplirían con las dos primeras cláusulas del *triple test de injerencia en la libertad de expresión:* a) con el *test de la legalidad de la injerencia*, pues se encuentran regulados en los arts. 490.3 y 491 de la ley penal; y b) con el *test de legitimidad del fin perseguido con la injerencia*, en la medida en que protege la reputación o la protección o los derechos de los otros (los del Rey). Sin embargo, a juicio del Alto Tribunal europeo, dicha limitación incumpliría el *test de la necesariedad de la injerencia en una sociedad democrática*, por considerarse incompatible con los intereses del libre debate de las cuestiones políticas. Así lo tiene declarado en los archiconocidos *asuntos Otegi Mondragon c. España* (STEDH de 15 de marzo del 2011[6]) y *Stern Tautlats y Roura Capellera c. España* (STEDH de 13 de marzo del 2018[7]). De esta forma, aunque el TEDH no

5 Además del caso español, la regulación y el tratamiento que de la cuestión hacen el resto de Estados ha dado lugar a otros pronunciamientos del TEDH; a saber: *Asuntos Colombani y otros c. Francia*, n.º 51279/99, de 25 de junio del 2002; *Pakdemirli c. Turquía,* n.º 35839/97, de 22 de febrero del 2005; *Artun y Güvener c. Turquía*, n.º 75510/01, de 26 de junio de 2007.

6 Los hechos que dieron lugar a la condena de los tribunales españoles *ex* art. 490.3 CP fueron unas declaraciones dadas por el portavoz del grupo parlamentario *Socialista Abertzaleak* con motivo de una visita del Rey al País Vasco; concretamente: "¿Cómo es posible que se fotografíen hoy en día en Bilbao con el Rey español, cuando el Rey español es el jefe máximo del Ejército español, es decir, el responsable de los torturadores y que ampara la tortura y que impone su régimen monárquico a nuestro pueblo mediante la tortura y la violencia?". *Grosso modo*, el TEDH llega a la conclusión de que: a) las expresiones empleadas por el político son provocativas, pero justificadas para "todo individuo que se compromete en un debate público de interés general", a quien "le está permitido recurrir a una determinada dosis de exageración, o incluso de provocación, es decir, de ser un tanto inmoderado en sus observaciones"; b) las declaraciones examinadas se pronuncian en una rueda de prensa, circunstancia que dejó sin opción al condenado para la reformulación o rectificación; c) el art. 490.3 CP, que sirve de base a la condena, se trata de una ley especial que no se ajusta al espíritu del Convenio por ofrecer de forma injustificada una protección reforzada al Jefe del Estado frente al resto de ciudadanos y otras instituciones; d) el hecho de que el Rey sea símbolo del Estado y ocupe una posición de neutralidad, no le hace inmune a toda crítica política; e) el discurso enjuiciado tiene lugar en un contexto público y político, sin cuestionar la vida privada del Rey ni afectar a su núcleo último de dignidad; y, por último, f) en cuanto a la sanción, su naturaleza y dureza (1 año de prisión y suspensión del sufragio pasivo), impiden hablar de una injerencia en la libertad de expresión proporcionada.

7 Los hechos que dieron lugar a la condena de los tribunales españoles, también *ex* art. 490.3 CP (aunque creemos que bien pudiera haber tenido cabida por la vía del art. 491.2 CP), fue la quema, previa colocación boca abajo, de una fotografía de SSMM., los Reyes de España. Todo ello en el contexto de una manifestación en la que se tachaba a la dinastía borbónica de fuerza ocupante de Cataluña. *Grosso modo*, el TEDH llega a la conclusión de que: a) el acto expresivo condenado "se enmarca en el ámbito de la crítica política, y no

tiene, formalmente, legitimidad para sustituir a los órganos judiciales internos, sí puede dejar sin aplicación *de facto* la normativa estatal cuando las restricciones a la libertad de expresión no se adecúan a lo establecido en el apartado segundo del mentado art. 10 CEDH[8]. Y ello lo consigue a través de dos formas distintas: en primer lugar, controlando y, en su caso, condenando a España por vulneración del art. 10 CEDH; y, en segundo lugar, como consecuencia de lo anterior, creando doctrina de obligada recepción para los tribunales menores y el propio Tribunal Constitucional español de acuerdo con el art. 10.2 CE. Lo expuesto reduce de forma considerable las probabilidades de éxito de los procedimientos seguidos al amparo de los arts. 490.3 y 491 CP, creándose así una sensación generalizada de impunidad o, si se prefiere, de desvirtuación de estos tipos delictivos.

Pues bien, si la protección penal de los símbolos constitucionales parece e*star en retirada* (al menos por la sola fuerza de los hechos, no así por ahora *de iure*), lo cierto es que muy especialmente la tutela de la figura del Jefe del Estado siempre ha ocupado un papel central en nuestras leyes penales. Más conocido en épocas pretéritas como "delito de lesa majestad" (del latín *Laesa maiesta* o *Laesae maiestatis*), el Diccionario de la Real Academia Española denomina de este modo al ilícito que "en derecho antiguo, [...] se cometía contra la vida del soberano o sus familiares"; y, de una forma más amplia, "en países o naciones monárquicas, delito que se comete contra el rey o sus familiares". Que España es un país de tradición monárquica es un hecho. Ahora bien, como se verá, nos encontramos ante un grupo de delitos que han conservado toda su operatividad durante las dos repúblicas españolas. Y que, de hecho, actualmente en algunos Estados republicanos (como, por ejemplo, Italia[9] o Alemania[10]) siguen castigándose. Ello nos hace plantearnos como primera hipótesis si se debe sin más eliminar estos delitos por anacrónicos o, al contario, despolitizarlos e indagar en las verdaderas razones

personal, de la institución de la monarquía en general y en particular del Reino de España como nación"; b) el empleo de una imagen de grandes dimensiones, su colocación boca abajo y el uso del fuego, son manifestaciones simbólicas directamente vinculadas al *animus criticandi* de los condenados; c) no se observa en la conducta una intención de incitación al odio o a la violencia del pueblo contra la persona del Rey; y, por último, f) en cuanto a la sanción, su naturaleza y dureza (pena de prisión), impiden hablar de una injerencia en la libertad de expresión proporcionada.

8 Nuestro Texto constitucional recoge como límites a la libertad de expresión, además de la exigencia de veracidad en relación con la libertad de información, los derechos que se recogen en el Título I de la Constitución; y, en particular, por su especial colisión con los mismos, el derecho al honor, a la intimidad, a la propia imagen y la protección de la juventud y la infancia (precepto 20.4 CE). Sin embargo, el apartado 2 del art. 10 CEDH presenta un mayor desarrollo: "El ejercicio de estas libertades [...] podrá ser sometido a ciertas formalidades, condiciones, restricciones o sanciones previstas por la ley, que constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad nacional, la integridad territorial o la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, la protección de la reputación o de los derechos ajenos, para impedir la divulgación de informaciones confidenciales o para garantizar la autoridad y la imparcialidad del poder judicial".

9 El art. 278 del Código Penal italiano sanciona las "ofensas al honor o al prestigio del Presidente de la República" con la pena de prisión de uno a cinco años.

10 Castiga el delito de "difamación del Presidente Federal" el art. 90 del Código Penal alemán con pena privativa de libertad de tres meses a cinco años en su tipo básico. Eso sí, el hecho delictivo solo se perseguirá con autorización del Presidente Federal.

que llevan a la protección penal reforzada del honor del más Alto Representante del Estado.

Lo que es evidente es que, en relación con el régimen monárquico español, pero que bien pudiera extrapolarse a un hipotético régimen republicano, estos delitos requieren una lectura renovada adaptada a nuestros tiempos (sobre todo, en términos de legitimación y de observancia práctica). Por dicha razón, un estudio histórico de la cuestión puede ayudar a un mejor y más completo entendimiento de los equilibrios establecidos entre la libertad de expresión y otros bienes y derechos de relevancia para la convivencia social (en particular, el honor). Asimismo, resulta de interés examinar cómo la posición del Poder Constituyente respecto a los mismos y a la Jefatura del Estado ha encontrado su reflejo en la normativa infra-constitucional, y la interpretación y aplicación que de todo este entramado han venido haciendo nuestros tribunales.

II. EL CÓDIGO PENAL DE 1822.

1. Un breve apunte sobre el contexto histórico-constitucional[11].

La ley penal de 1822 se aprueba en el marco de la Constitución de 1812; más concretamente, durante su segundo periodo de vigencia, que tuvo lugar en la etapa histórica que va desde 1820 hasta 1823, y que se conoce como "Trienio Liberal". Cierto es que el art. 258 del propio Texto constitucional gaditano hacía hincapié en la idoneidad de elaborar un Código Criminal único para toda la monarquía "sin perjuicio de las variaciones que por particulares circunstancias [pudieran] hacer las Cortes". Sin embargo, el regreso de Fernando VII en 1814 y, con él, el restablecimiento del absolutismo monárquico, impidieron su materialización[12]. Por dicha razón, habrá que esperar hasta el 22 de agosto de 1820 para la constitución de una Comisión *ad hoc* con el objeto de cumplir con aquel mandato constitucional, cuyo proyecto de Código Penal sería finalmente sancionado por el Monarca y promulgado el 9 de julio de 1822[13].

11 Si bien por razones de espacio y temática no nos podemos extender demasiado sobre esta cuestión, para un conocimiento más amplio sobre el contexto histórico-constitucional en el que se aprueban las leyes penales españolas, *vid*., el estudio realizado en profundidad sobre las Constituciones de España en Vera Santos, J.M.: *Las Constituciones de España*, Civitas Ediciones, Pamplona, 2008.

12 En honor a la verdad, Morillas Cueva, L.: *Sistema de Derecho Penal (Parte general)*, Primera reimpresión actualizada 2021, Dykinson, S.L., Madrid, 2021, p. 149, apunta que el propio Rey Fernando VII, ante la necesidad de tener un Código Penal español y su promulgación ya entonces en bastantes naciones europeas, ordenó su elaboración al Consejo Real; cometido que, con motivo de la sublevación de Riego en *Las Cabezas de San Juan* y el inicio del *Trienio Liberal*, no pudo llevar a cabo.

13 Antón Oneca, J.: "Historia del Código Penal de 1822", *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, 1965, Tomo 18, p. 272, destaca el tono moderado y cortés de los debates parlamentarios por la conciencia de los miembros de la Comisión "de estar realizando una obra histórica" al tratar de "sustituir una legislación bárbara, medieval, desvirtuada por el arbitrio judicial mudable y caprichoso, por un sistema legalista y humano, como el ya existente en algunos países ilustrados". El resultado final fue un texto imbuido al mismo tiempo de las ideas del Antiguo Régimen (lo que puede explicar, entre otras cosas, que la protección de la religión católica, de acuerdo con lo establecido en el art. 12 de la Constitución, operase como un límite infranqueable a la libertad de expresión, castigándose incluso en el art. 227 con pena de muerte a

En materia de libertad de expresión, el art. 371 de la Constitución reconocía a todos los españoles "la libertad de escribir, imprimir y publicar sus ideas políticas, sin necesidad de licencia, revisión o aprobación alguna anterior a la publicación", bajo las restricciones y responsabilidades que establecieran las leyes.

Por su lado, la Constitución de 1812 reconocía a la persona del Rey un papel superlativo[14] como Jefe del Estado y de Gobierno (art. 14), como poder colegislador junto a las Cortes (art. 15; que, como muestran los arts. 142-152, se concretaba en un poder de veto), como ejecutor de la ley (arts. 16 y 170); y, en suma, como figura *sagrada* e *inviolable*, exonerada de toda responsabilidad (art. 168).

2. Los delitos de expresión contra el Jefe del Estado.

Ambas realidades constitucionales van a quedar plasmadas en el primer Código Penal español[15]: por un lado, la libertad de expresión va a recibir protección penal. Así, el art. 242 del Código Penal de 1822 castigaba al que impidiere o coartare

todo aquel que defendiera el establecimiento de una religión diferente) como de los nuevos postulados ilustrados (de la mano de autores como Bentham, Beccaria, Montesquieu, Filangieri, y de obras de gran calado como lo fue el Código Penal francés de 1810).

14 También la Constitución de 1812 elabora con conocimiento de causa en su art. 172 un listado con doce apartados en los que se detallan "las restricciones de la autoridad del Rey".

15 Antes de dicha fecha, la legislación penal aplicable en España era la que recogía el Libro XII de la *Novísima Recopilación de las Leyes de España de 1805*. Autores como Manjón-Cabeza Olmeda, A.: "Constitución de 1812 y Código Penal de 1822 (algunas reflexiones sobre el tratamiento de la religión y la libertad ideológica y sobre la vigencia del texto penal)", *UNED, Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2013, 3.ª Época, n.º 9, p. 145, tildan dicha normativa de "durísima", siendo característico del Derecho Penal del Antiguo Régimen "la consideración de los delitos de lesa majestad como los más graves, el carácter expiatorio e intimidante del castigo, y la arbitrariedad judicial a la hora de aplicar la pena, con resultados desiguales en función a la condición social del culpable y el recurso frecuente a la pena de muerte y a los castigos corporales".
No podemos, sin embargo, pasar por alto el *Plan de Código Criminal de 1787*, por tratarse del primer cuerpo legislativo penal autónomo surgido del proceso de codificación que se inició con la Ilustración. Su Título II, rubricado "De los delitos contra el Estado", consagraba como delitos de "Lesa Magestad" las injurias al Rey y Familia Real. Dicha obra bebe de las ideas propuestas por Filangieri, G., en su famosa *Sciencia della legislazione*; quien, con tono crítico y espíritu reformista, llegaba a reflexiones tan vanguardistas como la siguiente: "El Soberano no solamente exige de los súbditos conservación, defensa, y obediencia, sino veneración y obsequio. Este es otro pacto y otra obligación que contrae con la sociedad el ciudadano cuando nace. La violación de este pacto, los insultos verdaderos y manifiestos hechos al Soberano, ocuparán el quinto lugar en esta clase. ¿Pero qué es lo que debe comprenderse bajo el nombre de insulto hecho al Soberano? La ley debe definirlo si no quiere dar lugar a la más funesta arbitrariedad. Llamo insulto hecho al Soberano toda acción manifiestamente injuriosa, por la cual se viola evidentemente el respeto que se debe a la soberanía. Un libelo famoso, por ejemplo, publicado contra el Soberano podría comprenderse en este número; pero no llamo insulto al escrito libre de un filósofo que representa con viveza los males de su patria para acelerar la corrección; tampoco llamo insulto una palabra, una imprecación, y una maldición proferidas en un movimiento de ira, ni una conversación privada algo libre sobre la conducta del jefe de la nación" concluyendo "[s]i queremos hacer de las palabras un delito, la sociedad estará llena de delatores y de reos" (extraído de la traducción al castellano realizada por Rubio, J.: *Ciencia de la legislación*, Tomo VII, Imprenta de Núñez, Madrid, 1822, p. 75). Aclara además el propio Filangieri, G., que "por Soberano se entiende la persona moral que ejerce el poder supremo, que es el legislativo", siendo en las monarquías de Europa el Rey soberano porque es legislador "y bajo este aspecto solamente podemos sin degradarnos llamar a nuestros Reyes nuestros señores" (p. 67). De la lectura de su Capítulo XLVI (*vid*., en la citada traducción pp. 66-94), no puede inferirse que se esté abogando por la despenalización de este tipo de delitos, más todo lo contrario, pues "en todos los países, aun en los más libres, se ha respetado siempre el lugar donde reside el supremo poder". Lo que Filangieri, G., reivindicó fue la necesidad de implantar un sistema sancionador claro y proporcionado sin que "una palabra indirecta, una conversación privada, una queja de los abusos y errores públicos del gobierno, o de las injusticias que se sufren, [deban] reputarse por delitos injuriosos al Soberano".

a algún español el ejercicio de la facultad legítima para hablar, escribir y hacer libremente todo cuanto no estuviera prohibido legalmente. Y, por otro, dentro de esas prohibiciones o limitaciones a las que se refiere el citado precepto *in fine*, se va a encontrar el vilipendio a la figura real.

De acuerdo con lo anterior, la Parte Primera del Código Penal de 1822, destinada a regular los "Delitos contra la sociedad", consagró en el Capítulo II ("De los delitos contra el Rey, la Reina o el Príncipe heredero") de su Título Primero ("De los delitos contra la Constitución y orden político de la Monarquía")[16], el delito de injurias al Monarca[17]. Así, el art. 223 castigaba con la pena de ocho a catorce años de obras públicas a "[c]ualquier persona que a presencia del Rey o Reina o del Príncipe heredero le insultare a sabiendas con acción o palabra injuriosa u ofensiva". Como se observa, cuatro eran los elementos por considerar para que pudiera entenderse cometido dicho delito: 1) que los insultos fueran proferidos cara a cara; 2) que existiera dolo de insultar; 3) que la ofensa se realizase mediante la palabra o por cualquier otra forma de expresión empleada con el mismo fin; y, finalmente, 4) que el sujeto pasivo de los insultos fuera el Rey, la Reina o el Príncipe heredero.

Por su parte, en un segundo apartado del citado precepto, se establecía un subtipo para el caso de que los insultos no fueran realizados en presencia de las personas ofendidas; diferenciando, asimismo, el castigo si se trataba de una injuria pública o privada: de cinco a diez años de reclusión en una casa de trabajo en el primer caso, de uno a seis años en el segundo. Si la injuria se cometía por medio de libelo infamatorio, en sermón, o en discurso pronunciado al pueblo, se aumentaba la pena respectiva en dos años.

A mayor abundamiento, el art. 324, en un intento de controlar el influjo ideológico que la Iglesia Católica ejercía sobre los españoles, imponía la pena de expulsión sin opción de retorno, ocupándose también sus temporalidades, a los eclesiásticos que utilizaran su sermón o discurso dirigido al pueblo, carta pastoral u otro escrito oficial, para "denigrar" al Rey.

Realizadas las consideraciones anteriores respecto de los límites penales a la libertad de expresión *stricto sensu*, se observan también especiales recelos hacia

16 Dentro de dicha Parte Primera, pero ya en el Título II, como "Delitos en contra de la Seguridad Exterior del Estado", el art. 260 castigaba a: "Toda persona que en España injuriase de palabra o por escrito a las augustas personas de los Monarcas o Jefes supremos de otras nacionales"; eso sí, remitiéndose sin más a las disposiciones comunes del Código sobre injurias.

17 Mención aparte merece por su evidente menoscabo a la libertad de crítica el art. 212, que sancionaba penalmente a todo español que de palabra o por escrito propagase cualquier otra máxima o doctrina que tuviera una tendencia directa a trastornar o destruir la Constitución política de la Monarquía. Dicho delito de expresión no trataba de salvaguardar el prestigio de la Corona y el honor de las personas que la encarnan, sino la propia indemnidad y existencia del orden constitucional y del régimen monárquico consagrado en el mismo.

la libertad de imprenta. Ya el Decreto de 12 de febrero de 1822 (adicional al de 22 de octubre de 1820)[18], catalogaba como "subversivos" los escritos por los que se injuriara a la sagrada e inviolable persona del Rey, o sirvieran para propagar máximas o doctrinas por las que se imputara algún tipo de responsabilidad. En la misma línea, el art. 592. 3.º, 5.º y 7.º, dentro del Título IX que lleva por título "De los delitos y culpas de los impresores, libreros, y otras personas en el abuso de la libertad de imprenta", consideraba que se abusaba de la libertad de imprenta respectivamente: "con impresos *incitadores directamente a la desobediencia o a la inobservancia de la Constitución",* provocadas mediante el uso de la sátira o las invectivas, en el supuesto contemplado en el art. 324 (la denigración del Rey realizada por eclesiástico); y "con *libelos infamatorios*" (en los que se injuriase gravemente) y "con papeles *injuriosos"* (en los que se hiciera levemente), en las circunstancias y con las penas contempladas para estos abusos en el art. 223 (injurias regias)[19].

3. Una remisión necesaria: definición y tipificación de las calumnias e injurias como delitos comunes.

Para saber qué se entendía en aquel momento por ofensas contra la "honra", "fama", y "tranquilidad" de las personas, y conocer las especificidades técnicas que rodeaban a dicho bien jurídico, al que se remitían los tipos penales especiales antedichos, habrá que acudir al Título II de la Parte Segunda de la ley penal (en la que se regulaban los delitos cometidos contra los particulares). Más concretamente, a su Capítulo I, rubricado "De las calumnias, libelos infamatorios, injurias y revelación de secretos confiados".

Define el art. 699 la *calumnia* como la imputación de hechos falsos realizada por medio de "discurso o acto público, en papel leído, o en conversación tenida abiertamente en sitio o reunión pública, o en concurrencia particular numerosa" que, de ser ciertos, podrían provocar en la víctima "alguna deshonra, odiosidad o desprecio en la opinión común de sus ciudadanos". Aclara igualmente el precepto que por "concurrencia particular numerosa", elemento que permitía distinguir la calumnia pública de la privada, debía tenerse toda aquella que pasara de diez

18 Mira Benavent, J.: *Los límites penales a la libertad de expresión en los comienzos del régimen constitucional español*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1995, pp. 114-115, defiende que no puede hablarse de una duplicidad legislativa, en tanto en cuanto el Decreto de 1820 y el Código Penal de 1822 se complementaban. En este sentido, el autor pone de relevancia que las Comisiones legislativas que se encargaban de la elaboración de los mismos, se simultanearon en el tiempo, hasta el punto de suspenderse algunas sesiones parlamentarias para evitar solapamientos o antinomias jurídicas en el articulado. De la misma opinión, Rebollo Vargas, R., y Tenorio Tagle, F.: *Derecho Penal, Constitución y Derechos*, 1.ª ed., J.M. Bosh Editor, Barcelona, 2013, pp. 394-395.

19 Los tipos del Título IX no especificaban las consecuencias jurídicas, sino que se remitían a las penas establecidas a las conductas descritas en otras partes del Código. Ello responde a que el Título IX no tenía por objeto establecer castigos diversos ni ilícitos autónomos en función de si la conducta se realizaba o no mediante el uso de la imprenta; sino, más bien, buscó especificar cómo operaba el juego de responsabilidades entre las distintas personas que intervenían en la comisión del delito de imprenta.

personas (además de las que habitaran la casa o sitio privado donde se verificase la concurrencia). En estos casos, la pena a imponer[20] era la de reclusión de uno a seis años y la de retractación pública de la calumnia. Además, el art. 699 consagró un tipo agravado de calumnia: cuando la imputación de hechos falsos fuera de delito o de culpa penada por ley; en cuyo caso, la pena a imponer era la de retractación pública y "la mitad a las dos terceras partes de la misma pena que se impondría al calumniador [calumniado] si fuere cierta la imputación", no pudiendo en ningún caso ser inferior a la pena de reclusión impuesta al tipo básico de calumnia pública (o sea, de uno a seis años).

De igual modo, los arts. 700 y 701 buscaban contener aquellas calumnias que, por su capacidad de divulgación, aumentaban la lesividad de la acción: en el primer caso, las cometidas mediante *libelo infamatorio*; es decir, la calumnia realizada "por medio en cartel, anuncio, pasquín, lámina, pintura, u otro documento puesto al público, o en papel impreso o en manuscrito que haya sido distribuido a otras personas, o enviado o presentado a alguna autoridad". En el segundo, la calumnia difundida en sermón o discurso dirigido al pueblo. En ambos casos, si la imputación falsa era suficiente para mancillar de algún modo la honra y fama del calumniado, además de las penas establecidas en el art. 699, se imponía la de multa.

20 Paradójicamente, el Código Penal de 1822 contemplaba en su articulado la infamia como posible pena no corporal (art. 28; considerándola el art. 29 corporal "para todos los efectos civiles") —*contra el honor*– a imponer. Define De Lardizábal y Uribe, M.: en *Discurso sobre las penas*, Madrid, MDCCLXXXII, pp. 220 y ss., la infamia como "una pérdida del buen nombre y reputación, que un hombre tiene entre los demás hombres con quienes vive: es una especie de excomunión civil, que priva al que ha incurrido en ella de toda consideración, y rompe todos los vínculos civiles que le unían con sus conciudadanos, dejándole como aislado en medio de la misma sociedad". Asimismo, distinguiría entre la infamia de hecho y de derecho: "La primera depende única y privadamente de la opinión y concepto de los hombres, y así, propiamente hablando, no puede llamarse pena, porque no se impone por ley, como la segunda". De acuerdo con ello, opina el autor que la pena de infamia "usada con tino y discreción podrá evitar muchos delitos, particularmente en un gobierno monárquico, cuyo principio es el honor". Y, efectivamente, este fue el objeto del legislador penal de 1822; que, además, contaba con el respaldo de la Constitución de 1812, la cual, en su art. 24, abría *a priori* tal posibilidad: "La calidad de ciudadano español se pierde. Tercero. Por sentencia en que se impongan penas aflictivas o *infamantes*, si no se obtiene rehabilitación".
Ahora bien, la pena de infamia o declaración de infamia no resultaría de aplicación en relación con los delitos de expresión contra el honor. Valora positivamente esta decisión legislativa De Pablo Serrano, A.: *Honor, injurias y calumnias. Los delitos contra el honor en el derecho histórico y en el derecho vigente español*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, p. 148, pues, a su juicio, ello supone "un diminuto paso en la senda que conduciría a la adecuada ubicación del honor en el entramado de valores sociales, no como el más elevado, sino como uno más merecedor de protección penal, ya que para reprimir los delitos de injurias y calumnias no se recurrirá a una pena tan cruel, humillante e indignante como la infamia, sino que se optaba por penas más leves como la reclusión, la multa o la retractación". Proceso de acomodación del honor dentro del sistema dogmático y, consecuentemente, en el de bienes jurídicos, que, sin embargo, no puede hacernos negar la evidencia: el honor y su conservación ocupaba un papel central en la vida de las personas. Ello se infiere: a) de la protección penal que se le dispensa, a la que se destina una veintena de preceptos solo en la parte general del Código; b) de la instrumentalización que del desprestigio y la pérdida de reputación hace la ley para contener y castigar las conductas delictivas más execrables (*v.gr.*, entre otros delitos, los que castigan los arts. 251 o 257, considerados "De los que comprometen la existencia política de la Nación o exponen al Estado a los ataques de una Potencia extranjera"; o, dentro de los delitos contra los particulares, se establece la pena de infamia a los asesinos [art. 609], los salteadores y ladrones que mataran para robar o hurtar [art. 611] o al parricidio [art. 613]). La infamia desaparece con el Código Penal de 1848, *ex* art. 23 ("la ley no reconoce pena alguna infamante"). Para conocer con mayor profundidad las singularidades de esta pena propia de la ley penal de 1822, *vid*., Masferrer Domingo, A.: "La pena de infamia en la codificación penal española", *Ius fugit: Revista interdisciplinar de estudios histórico-jurídicos*, 1998, N.º 7, pp. 123-178.

El art. 702 sirvió para perseguir igualmente las calumnias privadas, teniéndose por tal la imputación a otro en presencia de una o más personas (pero menos de diez, si atendemos a lo dispuesto en el art. 699). Quedaba en este caso reducida la pena de reclusión de dos meses a dos años y debiendo el calumniador retractarse únicamente ante el juez y el escribano, los testigos del suceso y de "cuatro hombres buenos".

Bien que el Código Penal de 1822 distinguía ya entonces la calumnia de la injuria. Su art. 703 definió la *injuria* como cualquier acto o palabra que tuviera como objetivo "deshonrar, afrentar, envilecer, desacreditar, hacer odiosa, despreciable o sospechosa, o mofar o poner en ridículo" a otra persona, siempre que "causare alguno de estos efectos en la opinión común, o en la más generalmente recibida entre las gentes del pueblo en que se cometa el delito". También se admitía la injuria por omisión; esto es, la falta de decoro o respeto hacia una persona que por ley debía recibirlo (art. 703, último inciso).

Dentro de esta clasificación general, las injurias podían agruparse en graves, cuando se anunciase o acusase delante de otras personas de "delito, culpa, vicio, mala acción o mala propiedad determinada" y, lo más curioso, aunque se trataran de hechos ciertos, siempre que lo dicho pudiera causar al injuriado responsabilidad penal[21] o provocar el rechazo de las gentes del pueblo respectivo (art. 704); y en livianas, en todos los demás casos (art. 705). Respecto a las primeras, el art. 706 va a completar la definición con la siguiente precisión: "[...] cometerán injuria los que publiquen, anuncien, descubran, censuren o echen en cara defecto, exceso,

21 Es difícil saber con total exactitud lo que el legislador penal de 1822 quería expresar en su obra, pues a la farragosa y poco precisa redacción dada (advirtiéndose incluso errores importantes como, por ejemplo, la confusión de los sujetos activos y pasivos de esta clase de delitos), se le suma la escasa información que existe sobre la aplicación práctica o la interpretación dada a los mismos. Con el ánimo de esclarecer algo la cuestión, de la lectura conjunta de los arts. 699 y 704 se podría inferir que la diferencia entre la calumnia y la injuria por imputación de hechos no radicó, como hoy sí lo hace, en que la primera se refiriera a hechos delictivos y la segunda no, sino en la falsedad de la acusación. Si el art. 699, en relación con las calumnias, habla siempre y en todo caso de imputación de hechos falsos (siendo, eso sí, más grave relacionar a una persona con la comisión de un delito); el art. 704 considera injuria la imputación de un hecho, que, aun siendo cierto, pudiera "causar al injuriado una responsabilidad penal, [...] o hacerle [...] sospechoso en la opinión común o más generalmente recibida entre las gentes del pueblo respectivo". Lo cual puede significar solo una cosa: el Código Penal de 1822 buscó proteger el honor de las personas frente incluso del derecho de los demás a conocer las actuaciones delictivas, cuya revelación solo adquiría sentido y respaldo jurídico si se denunciaba usando los cauces diseñados para ello. O, desde otra óptica, podría decirse que con dicho posicionamiento también se buscaba proteger al pueblo de los bulos e infundios. Respaldaría nuestra postura el art. 706, el cual, entre los supuestos excepcionados como delito de injuria, señaló que tampoco cometía injuria el que con acción legal acusase a otro en juicio de delito o culpa, o lo denunciase a la autoridad legítima, o lo expusiera cuando fuera conducente en escritos y defensas judiciales, siempre que no hubiera calumnia. Así, la denuncia de hechos ciertos susceptibles de generar responsabilidad penal ante la autoridad competente nunca podría ser considerada injuria; a no ser que resultara ser calumniosa (es decir, se demostrase que las declaraciones adolecían de falsedad). Consideraciones que no son baladí al menos en dos aspectos: en primer lugar, porque se trata de la primera aproximación conceptual al delito de injurias y calumnias, lo que, con mayor o menor medida, va a tener cierto impacto en la regulación que posteriormente hagan el resto de leyes penales españolas; y, sobre todo, porque refiriéndose únicamente los preceptos que castigan los delitos expresivos contra el Rey o Reina y Príncipe heredero a la acción de "injuriar", "insultar", o "denigrar", debemos concluir que aquellos arts. se refieren únicamente a la injuria definida en el art. 703, pues se parte de la premisa de que al Jefe del Estado no se le puede atribuir ningún tipo de responsabilidad.

o vicio *puramente doméstico,* o de aquellos que no están sujetos a pena por la ley civil, o de aquellos que aunque lo estén pertenecen a la clase de delitos privados". Se trata pues de un modo de legislar en el que se prioriza el honor e, incluso, la tranquilidad e intimidad de las personas, frente al derecho de informar y revelar, pues se penaliza la difusión de informaciones verdaderas que, por no denunciarse por las vías oficiales diseñadas a tal fin, o por no tener trascendencia jurídica, carecen de utilidad a efectos de la formación de una correcta opinión crítica.

En otro orden de cosas, el art. 706 también resulta de interés para entender la relevancia que el principio de autoridad tenía para respaldar el reproche penal o, al contrario, para deslegitimarlo. En relación con esto último, no podían injuriar los padres y ascendientes contra sus hijos o descendientes en línea recta; ni tampoco los amos, maestros, tutores, jefes, superiores y autoridades legítimas en cuanto a los delitos, culpas, faltas, excesos o vicios, de los que, en ejercicio de sus facultades o cumpliendo con su obligación, reprochasen o tacharan a sus súbditos o subalternos (excepto si las acusaciones fueran constitutivas de calumnia). Principio que, como es obvio, adquiere todo su sentido en relación con los delitos de lesa majestad.

Por lo demás, el esquema seguido para las injurias es el mismo que para el de las calumnias (eso sí, con una rebaja en las penas como consecuencia de la menor gravedad de la injuria con respecto a la calumnia): se castigan las injurias graves públicas en el art. 707, teniéndose por tal las realizadas en el modo expresado en el art. 699; los arts. 708 y 709 reprenden, en relación con los ya explicados arts. 700 y 701, de una forma más severa las injurias realizadas mediante libelo infamatorio y por sermón o discurso al público pronunciado en sitio público; y, finalmente, lo mismo cabe decir de las injurias privadas, que el art. 711 explica en los términos empleados con las calumnias privadas.

Cuestión importante es la del *animus*. Al mismo se refiere el legislador en diferentes momentos. Así, por ejemplo, cuando para la calificación de la calumnia señala en el art. 699 la necesidad de que la imputación del hecho falso sea voluntaria por parte del calumniador; o cuando en el art. 704 declara la presunción de la intención de injuriar cuando la comisión de una injuria grave se hiciera "espontáneamente y a sabiendas". Asimismo, conviene recordar en este punto que el art. 223 también apuntaba que los insultos y las injurias contra el Rey debían realizarse "a sabiendas". *Prima facie,* pudiera pensarse que esta intención específica se trataba de un requisito *sine qua non* de los delitos contra el honor. Sin embargo, el art. 713, al menos en el caso de las injurias, va a convertir la inobservancia de "malicia", "intención de injuriar" y la declaración del reo "de no haber sido su ánimo hacerlo", en factores a tener en cuenta para la minoración de las penas. Minoración a la que, dicho sea de paso, no se alude en la regulación de las injurias regias.

Por añadidura, el art. 715 recoge las circunstancias agravantes en la calificación y graduación de las injurias. Y, aunque un tanto reiterativo con la inclusión de la publicidad del delito como agravante, ciertos elementos a observar para la elevación de las penas guardan especial relación con los delitos que aquí se analizan. Así, si bien algunos debieran quedar subsumidos en los tipos específicos que tutelan el honor del Monarca (como el agravante de "condecoración, autoridad o superioridad, clase conspicua o notoria buena fama del injuriado"), otros, como la agravación de "solemnidad del acto en el que se cometiera la injuria", podrían resultar de aplicación.

Finalmente, el primer Código Penal de nuestro país ya contemplaba la figura jurídica de la *exceptio veritatis* para las calumnias; no así, por regla general, para las injurias[22]: El art. 710 señalaba que en ningún caso serviría al reo de disculpa ser notorio o estar declarado judicialmente el hecho en que consistiera la injuria, ni se le admitiría de ningún modo probar su certeza. No obstante esto, continúa el precepto confiriendo la oportunidad de probar la veracidad de las acusaciones al que fuera acusado de calumnia (prueba que, sin embargo, lejos de exonerar de responsabilidad, reducía la pena a la de injuria). Solo el art. 706 admitía una salvedad en la inaplicación de la *exceptio veritatis* en el delito de injurias, en cuyo caso sí daba lugar a la eliminación de toda responsabilidad: "Tampoco cometen injuria los que por medio de la imprenta, por escrito, o de palabra publiquen, anuncien o censuren delito, culpa, defecto, o exceso cometido por un funcionario público en el ejercicio de sus funciones, y con relación a ellas". Quedaban pues, fuera de la cobertura de la *exceptio veritatis*, los insultos y las injurias contra la Familia Real. No solo eso, sino que de los arts. 160-Segundo y 167 se colige también su exclusión del elenco de conductas que podían recibir el indulto[23].

22 La excepcionalidad con la que el Código Penal de 1822 reconoce la *exceptio veritatis* obedece, en palabras de De Pablo Serrano, A., *Honor, injurias,* cit., p. 137, a "la trascendencia del honor como elemento estructurador de las clases sociales", y es que "la pérdida del mismo suponía la postergación social y la humillación más absoluta" de forma que "la ley se articulaba de tal manera que el más elemental ataque al honor, justo e injusto, fuera castigado, ya que de esta forma la amenaza penal funcionaba como censura [...]".

23 El art. 171-Decimotercera de la Constitución gaditana atribuía al Rey la potestad de "indultar a los delincuentes, con arreglo a las leyes". Distingue en este sentido el art. 157 del Código Penal entre dos clases de indultos: los *indultos particulare*s, que eran "los que en alguna causa sobre delito se [concedían] al reo o reos comprendidos en ella"; y los *indultos generale*s, siendo estos "los que S.M. [concedía] sin determinación de causas ni de personas a todos los que [hubieran] delinquido". Sin embargo, no todos los delitos podían beneficiarse del indulto. En este sentido, el art. 160-Segundo, en relación con los primeros, dispuso: "En ningún caso puede obtener indulto particular el que haya cometido: [...] Segundo: delitos contra la Constitución". Sobre la segunda clase de indultos, hace lo propio el art. 167: "El Rey en las faustas ocasiones de advenimiento al trono, o de su casamiento, o del Príncipe de Asturias, o del nacimiento del algún Infante, o de la conclusión de algún tratado de paz, puede conceder, oyendo también al Consejo de Estado, indulto general en favor de todos los que hayan delinquido [...] excluyéndose siempre los reos de alguno de los delitos exceptuados en los arts. 160, 161 y 162, además de los que S.M., tenga a bien excluir del indulto, según las circunstancias". Es por tanto claro, teniendo en cuenta que las injurias contra el Monarca se castigan en el Título I de la Primera Parte de la ley penal de 1822 como delitos contra la Constitución y orden político de la Monarquía, que aquellas no eran *ilícitos graciable*s.

III. EL CÓDIGO PENAL DE 1848.

1. Un breve apunte sobre el contexto histórico-constitucional.

El episodio de los *Cien Mil Hijos de San Luis* propiciaría la restauración de la monarquía totalitaria en España de la mano de Fernando VII; quien, de nuevo, como hizo a su vuelta del exilio allá por 1814, dejaría sin efecto toda la legislación dictada en el marco de la Constitución de 1812, esta vez en virtud del Decreto de 1 de octubre de 1823. En lo tocante a la normativa penal, el triunfo absolutista supuso un paréntesis en el proceso de codificación iniciado en 1822 en nuestro país, retomando su vigencia la *Novísima Recopilación* y los *Fueros* y las *Partidas* como fuentes supletorias[24]. Entretanto, sin que exista consenso por parte de los estudiosos ni en el número ni en las fechas, el moderantismo que caracterizó el reinado de Fernando VII en sus últimos años propició la presentación y discusión de diferentes proyectos de códigos penales desde 1829 hasta el fallecimiento del Rey (entre los que destaca el de Sainz De Andino).

Este acaecimiento, la muerte del Rey, desencadenaría la sucesión de diferentes hitos de indudable relevancia constitucional: a la promulgación del Estatuto Real de 1834 durante la regencia de María Cristina de Borbón-Dos Sicilias en la forma de Carta otorgada, le siguió la aprobación de la Constitución de 1837 y la restitución forzosa del régimen liberal de 1812 (fracasando el Proyecto de Código Penal de 1839), que definitivamente sería sustituida por la Constitución de 1845 bajo el reinado efectivo de Isabel II de Borbón. Así, en virtud de su art. 2, se proclamó el derecho de todos los españoles a imprimir y publicar libremente sin previa censura con sujeción a las leyes. En lo tocante al Monarca, el Texto constitucional, entre las atribuciones más importantes, le otorgó la potestad para proponer (art. 35), hacer (art. 12), ejecutar (art. 43) y sancionar y promulgar las leyes (art. 44), envistiendo de inviolabilidad su sagrada Autoridad y exonerándola de toda responsabilidad (art. 42).

Con dicho telón de fondo, se aprueba el Código Penal de 1848[25]. La segunda ley penal española se ve, una vez más, ante el reto de saber conciliar el deber de

24 Antón Oneca, J.: "El Código penal de 1848 y D. Joaquín Francisco Pacheco", *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, 1965, Tomo 18, p. 475.

25 En 1850 se lleva a cabo un endurecimiento de las disposiciones del Código Penal de 1848. Si por algo destaca dicha reforma, estando además directamente relacionado con el tema de nuestro estudio, es precisamente por la introducción de dos figuras autónomas por vez primera para la mayoría de autores (sobre este particular, *vid*., Jiménez Díaz, M.ª J.: "Ayer y hoy en la tutela del honor de los sujetos públicos: de los delitos de desacato a su actual protección", en AA.VV.: *Estudios jurídico penales y criminológicos. En homenaje al Prof. Dr. Dr. H. C. Mult. Lorenzo Morillas Cueva* (coord., por Suárez López, J. M.ª, Barquín Sanz, J., Benítez Ortúzar, I.F., Jiménez Díaz, M.ª J., y Sainz-cantero Caparrós, J.E.),Volumen II, Dykinson, Madrid, 2018, pp. 1177-1199; en especial pp. 1180-1182): los delitos de atentado y desacato contra las autoridades públicas, teniéndose por tales las injurias y calumnias cometidas contras las mismas (quedando desplazado, también en estos casos, el régimen general de los delitos contra el honor). Puesto de manifiesto lo anterior, debemos destacar que tal inclusión comportó una reordenación de los preceptos. En dicho sentido, si la calumnia aparecía enunciada en el Código Penal de 1848 en el art. 365, tras la reforma de 1850 aparecerá

respeto hacia una Reina que todavía aglutinaba bajo su cetro amplios poderes y la libertad de expresión reconocida constitucionalmente a los ciudadanos. Sin embargo, sí habrá una novedad importante en dicho ámbito: el art. 19. 2.º de la Constitución de 1845 atribuyó de manera excepcional al Senado la función no legislativa de "conocer de los delitos graves contra la persona o dignidad del Rey".

2. Los delitos de expresión contra el Jefe del Estado.

El Título III del Libro Segundo de la ley penal de 1848 consagra en esta ocasión como "Delitos contra la seguridad interior del Estado y el orden público" los "Delitos de lesa magestad" en su Capítulo I. El art. 164, de una forma más severa que en 1822, castigaba al que injuriase al Rey o a su sucesor al trono en su presencia con la pena de cadena temporal de doce a los veinte años. El segundo inciso del precepto se encargó de las injurias por escrito y con publicidad, realizadas por tanto fuera de la presencia de la figura regia, imponiendo en estos casos pena de prisión mayor (de siete a doce años de duración) junto con la correspondiente multa económica[26]. Finalmente, cerraba el art. con un tercer apartado a modo de cajón de sastre en tanto en cuanto "las injurias cometidas *en cualquier otra forma*" serían penadas con la prisión mayor (si fueran graves) y con la correccional (si fuesen leves). De igual forma, como delitos de menor gravedad (con la consiguiente rebaja en un grado de las penas referidas), el art. 165 perseguía las injurias proferidas contra el Regente del reino, el padre, la madre o el consorte del Rey, la Reina viuda, o los Infantes de España[27].

---

en el art. 375 (y lo mismo ocurre con el resto de preceptos). A modo de aclaración, hay que decir que hemos trabajado sobre el Código Penal de 1848 (puede consultarse en https://bvpb.mcu.es/es/catalogo_imagenes/grupo.do?path=142335), ya que la mentada reforma no va a alterar los contenidos que aquí se discuten más allá de en algún aspecto puntual (en cuyo caso dejaremos debidamente señalizado).

26 Pacheco, J.F.: *El Código Penal: concordado y comentado, Libro Segundo,* Tomo II, 4ª Edición (corregida y aumentada), Madrid, 1870, pp. 135 y 136, como representante del pensamiento científico de la época, realiza los siguientes comentarios al art. 164: "[...] las personas de los reyes han de ser honradas y respetadas de una manera especial, con propio homenaje y particulares garantías. [...] No hemos de decir que es un sacrilegio el ofender al monarca; pero no hemos de decir tampoco que su ofensa es igual a cualquier otra ofensa. Donde esto se dijese, la monarquía había concluido. [...] Las injurias, ora presenciales, ora públicas, de palabra o por escrito, contra el rey o inmediato sucesor, son merecedoras de una mención particular y de un castigo ciertamente más pesado que la generalidad de otras injurias u ofensas". Así, declarándose como se ha visto a favor de la tipicidad especial y agravada de las injurias al Monarca, se muestra no obstante disconforme con las penas impuestas: "Sin embargo, la pena señalada para la primera especie (injurias realizadas en presencia del rey o del sucesor al trono), no solo nos parece dura, en toda la extensión en que podrá aplicársela, sino que nos parece también en discordancia o desacuerdo con las señaladas para los otros dos casos (injurias realizadas por escrito y por escrito, o "en cualquier otra forma"). Ni hay armonía, a nuestro modo de ver, entre la cadena y la prisión; ni entendemos que sea proporcionada y conveniente aquella para todo género de injuria presencial, como terminantemente establece el artículo. Injuriar al rey en su presencia es decirle una palabra indecente, es increparle de un modo procaz y liviano. Sin duda alguna que esto debe castigarse, y no con un castigo común; pero el de cadena —doce a veinte años de trabajos públicos tan penosos— se nos figura que es exagerado, que es excesivo".

27 A este respecto, *ibid*., p. 140, estima necesario que el delito de injurias cometido contra los regentes del reino y algunos miembros de la realeza se castigase con mayor dureza que las proferidas contra otros individuos; y que, si bien dicho castigo habría de ser mayor que el dispuesto para las injurias comunes, nunca debería alcanzar el reproche punitivo que merecían las ofensas realizadas al Rey o al sucesor al trono. Mas en cambio, el autor desaprueba dos aspectos. Primero, que el castigo impuesto fuera el mismo para todas las personas designadas en el art. 165; en concreto, igual para el que menosprecia al regente que el que lo hacía al primo o sobrino del Monarca pues "no tiene por su posición en la familia importancia política de

Si la conducta no revestía suficiente entidad como para encajar en alguno de los tipos anteriores —y ello pese al ya mencionado aperturismo del art. 164—, el Libro III del mismo cuerpo legal penaba como falta menos grave en su art. 480 al que "públicamente maldijera al Rey, o con otras expresiones cometiere desacato contra su sagrada persona".

Por demás, conviene puntualizar que el art. 7 del Código Penal excluía la aplicación de sus disposiciones a los delitos de imprenta[28]. Pensemos, en este sentido, que el art. 35 del Real Decreto de 10 de abril de 1844 consideraba como delito de imprenta los escritos *subversivos* que atacasen la sagrada persona del Monarca, su dignidad, o sus prerrogativas constitucionales. Asimismo, el Real Decreto sobre la imprenta de 6 de julio de 1845 incluye dentro de tal consideración a los que manifestaran de cualquier forma, el deseo, la esperanza o la amenaza de destruir la monarquía constitucional y la legítima autoridad de la Reina.

3. Definición y tipificación de las calumnias e injurias como delitos comunes.

Resulta necesario nuevamente acudir a las definiciones y principios generales establecidos por la norma penal en materia de calumnias e injurias contra particulares para dar el adecuado sentido a los arts. que recién hemos examinado[29]. El Título XI del Libro Segundo del Código Penal de 1848 es el que se ocupa "De los delitos contra el honor". Dicho cambio nominal (recordemos que el legislador de 1822 hablaba de "honra", "fama" y "tranquilidad") supone un claro avance conceptual, en el que se asume la existencia del honor como un todo que se desdobla en las dos caras o facetas del individuo, la interna y la externa, la privada

ningún género". En segundo lugar, y como consecuencia de lo anterior, que se bajase como regla general en un grado las penas a aplicar, "decretando, si así puede decirse, a ciegas y en globo una penalidad tan considerable". Las razones para el autor eran claras: siendo "justísimos" el respeto y consideración que merecen dichas figuras, no debía confundirse el delito contra el honor que "necesariamente ataca a la sociedad", "de lo que solo hiere el respeto y consideracion con que la ley rodea a una familia".

28 En este sentido, Mira Benavent, J.: *Los límites,* cit., p. 190, siguiendo las tesis de Pacheco, J.F., determina qué delitos cometidos a través de la imprenta quedaban o no sometidos a la regulación penal de 1848: "las leyes especiales, dado su carácter esencialmente *político*, debían ocuparse de aquellos delitos cometidos a través de la imprenta consistentes en enunciar máximas o doctrinas *políticas.* Y los delitos de esa clase estaban constituidos, según la doctrina de la época, sólo por aquellos impresos que contuvieren escritos *subversivos*, *sediciosos*, *obscenos* e *inmorales*, que eran los únicos a los que los arts. 34 y siguientes del Decreto de 10 de abril de 1844, a la sazón vigente, otorgaba la calificación de «delitos de imprenta»" (la cursiva es del autor). Además de esto, es claro que mientras las calumnias e injurias cometidas contra particulares, como delitos privados, eran únicamente juzgables de acuerdo con la legislación y Tribunales ordinarios (así lo establece el art. 97 del Real Decreto de 1844), las dirigidas al Rey y otras autoridades públicas podían ser sometidas al régimen especial de prensa (Sánchez, R.: "Derechos en conflicto. Honor, libertad de expresión y vida cotidiana en la España del siglo XIX", *Historia Constitucional: Revista Electrónica de Historia Constitucional*, 2020, núm. 21, pp. 515 [nota n.º 16] y 516).

29 Son famosos los comentarios que, como su coetáneo Pacheco, J.F., realizaron Vizmanos, T.M.ª, y Álvarez Martínez, C., vocales de la Comisión de Códigos de 1843 y, por ende, padres del Código Penal de 1848. Siendo más precisos, en relación con los preceptos que ahora nos interesan, en *Comentarios al Código Penal*, Tomo II, Madrid, 1848, p. 92, señalaron que "las injurias hechas al rey han de tener los mismos caracteres, han de consistir en expresiones o en acciones de deshonra, descrédito o menosprecio de su persona, pues toda la diferencia que hay entre una injuria hecha al rey o a un individuo de otra clase, es por el alto carácter de las personas que se comprenden entre los delitos de lesa magestad, y se castiga con penas más graves".

y la pública, que, si bien pueden desligarse, su reconocimiento y su ofensa suelen ir de la mano.

También el Código de 1848 destaca por la estructura sistemática elegida, que, respecto a los delitos contra el honor, se mantiene hasta la vigente ley penal de 1995. En este sentido, se opta por ordenar los preceptos es tres partes bien diferenciadas: un primer capítulo dedicado en exclusiva a la regulación de la calumnia; un segundo capítulo a las injurias; y, en último lugar, un tercero dedicado a las Disposiciones Comunes. Dudas ya no caben acerca de si nos encontramos o no ante un mismo delito: calumniar e injuriar son pues dos conductas heterogéneas, susceptibles, por sus propias características, de una regulación diferenciada; lo que no impide hablar, en la medida en que ciertamente la calumnia puede considerarse la modalidad agravada de la injuria, de la existencia de puntos de convergencia entre ambas.

El art. 365 del Código Penal de 1848, más lacónico que su homólogo en la norma del 22, define la calumnia como "la falsa imputación de un delito de los que den lugar a procedimientos de oficio", cuya gravedad dependía, perdónese la redundancia, de la gravedad del delito imputado (art. 366). Por su lado, el art. 369 se refiere a la injuria como "toda expresión proferida o acción ejecutada en deshonra, descrédito o menosprecio de otra persona"; considerándose grave la que consistiera en: 1.º) la imputación de un delito privado; 2.º) la atribución de un vicio o falta de moralidad, cuyas consecuencias pudieran afectar al honor, crédito o interés del agraviado; 3.º) las injurias que por su naturaleza, ocasión o circunstancias, fueran tenidas en el concepto público por afrentosas; y, reconociéndose distintos niveles de honor, 4.º) las que racionalmente merecieran la calificación de graves, atendiendo al estado, dignidad y circunstancias del ofendido y ofensor (art. 370)[30].

Desapareciendo la referencia expresa a la diferenciación entre injurias públicas y privadas, no debe pasar desapercibido que ambos ilícitos penales sufrían una agravación en las penas cuando se difundían por escrito y con publicidad (agravación que se aplica igualmente a las injurias regias según lo visto en relación con el apartado segundo del art. 164). Esta vez el legislador penal se decantó por

30 Sin perjuicio de lo dispuesto en la nota inmediatamente anterior, y como también señalan dichos autores (*ibid*., p. 93), la determinación de la gravedad de las conductas injuriosas sigue en el Título III (o sea, las realizadas contra la Corona) un derrotero distinto que las que aparecen tipificadas en el Título XI (las injurias comunes). Así, mientras que en este último van a enumerarse cuatro circunstancias ante las cuales se entendía que la ofensa merecía mayor reprochabilidad penal (concretamente, en su art. 370); el insulto realizado cara a cara al Rey o al sucesor al trono constituía, se apreciaran una o ninguna de las circunstancias del art. 370, la clase de injuria más grave *ex* art. 164. De hecho, yendo un poco más allá, se podría sostener que toda injuria realizada contra el Rey o su sucesor es *per se* grave en la medida en que encajan de pleno con el último supuesto que contempla el art. 370 (y que, por tanto, ello por sí solo serviría para explicar y justificar por qué el honor del Monarca recibía una protección más reforzada en el art. 164). Ahora bien, tan cierto como esto es que las circunstancias que se enumeran en el art. 370 (sobre todo las que se contemplan en los apartados 2.º y 3.º) servirían para determinar la gravedad de las injurias realizadas en cualquier otra forma del último inciso del art. 164.

una fórmula híbrida para definir las calumnias e injurias hechas con publicidad, atendiendo tanto al número de personas que se hicieran eco de las ofensas como al medio empleado con tal fin por el ofensor. De esta forma: "la calumnia y la injuria se [reputarían] hechas con publicidad cuando se propagasen por medio de papeles impresos, litografiados o grabados; por carteles o pasquines fijados en los sitios públicos, o por papeles manuscritos comunicados a más de diez personas" (art. 375).

En lo que atañe al resto de la regulación, solo en tres cuestiones más del Título XI resulta de interés detenerse por su posible relación con los delitos expresivos de lesa majestad. En primer lugar, el art. 374 puso el foco en que la ofensa, para que fuese castigada como calumnia o injuria, no tendría por qué ser manifiesta, sino que también adquirirían tal condición las que se hicieran por medio de alegorías, caricaturas, emblemas o alusiones. La segunda tiene que ver con el deber de satisfacción pública, que el art. 377 imponía esta vez únicamente al editor del periódico en el que se hubieran publicado las injurias y calumnias. Y, por último, debe subrayarse que el Código Penal de 1848 admite y perfila de forma definitiva las dos causas de exoneración de responsabilidad por antonomasia en los delitos contra el honor: la *exceptio veritatis* y el perdón del ofendido. A este respecto, sin que volvamos sobre ello en el estudio de las leyes penales sucesivas por haberse mantenido sin cambios hasta nuestros días, ni en un caso ni en otro va a aceptarse su aplicación a las injurias regias: en relación con la primera, va a desplegar ya todos sus efectos exculpatorios en relación con las calumnias[31], quedando relegada a las injurias proferidas contra el funcionariado público. Por otro lado, la figura del perdón se introduce en nuestra tradición jurídico penal a partir de 1848 en el art. 381 en relación con las calumnias e injurias en contra de los particulares al ser estos delitos perseguibles únicamente a instancia del ofendido[32].

31 Si hacemos un pequeño recordatorio, el Código Penal de 1822 permitía al presunto calumniador probar la veracidad de sus imputaciones a los efectos de reducir su pena a la de injurias. Esto cambia con la entrada en vigor del Código Penal de 1848. Así, dispuso el art. 368: "El acusado de calumnia quedará exento de toda pena probando el hecho criminal que hubiera imputado". En el caso de las injurias, se va a seguir idéntico esquema que en 1822: la *exceptio veritatis* no operará en materia de injurias en la medida en que no se aprecia interés superior alguno que justifique la acción del injuriador y el consecuente daño al honor del injuriado; salvo en un único caso: cuando lo que está en juego es demostrar la diligencia de un empleado público. Como explican Vizmanos, T.M.ª, y Álvarez Martínez, C., *ibid*., pp. 411 y 412, "tachar la conducta del hombre privado, mientras por este no se infrinjan las leyes, a nadie debe ser lícito: pero censurar la del hombre público en cuando al ejercicio de su cargo deben tener derecho todos los ciudadanos en los gobiernos de discusión, donde la autoridad y los poderes públicos están sujetos a la censura de la opinión pública".

32 El art. 381 del Código Penal de 1848 facultaba al culpable del delito de calumnias e injurias cometidas contra particulares liberarse de la pena impuesta si el ofendido le concedía su perdón. Ello obedece al carácter privado que ya, entonces, presentaban dichos tipos penales (y que aún en la actualidad conservan). Con la aparición del delito de desacato en 1850, el nuevo art. 391 desvincula a las injurias y calumnias proferidas contra la autoridad pública de las comunes, quedando elevadas a la categoría de delito público. Sostiene al respecto De Pablo Serrano, A., *Honor, injurias,* cit., p. 166, que "en el fondo subyacían intereses superiores a los del honor entre los particulares, cuáles eran el prestigio y la dignidad de las autoridades, intereses que también justificaban que, aunque la autoridad ofendida otorgase su perdón, el proceso debía continuar pues, por encima de la reparación y satisfacción de la autoridad, se encontraban el orden público y la justa protección de la autoridad pública". En este sentido, y aunque la figura del Rey no aparece referenciada en el listado del art. 192 como autoridad pública protegida por el delito de desacato (ya que

En conclusión, el Código Penal de 1848-1850 no se separa del rumbo emprendido en la época isabelina en la dirección de recuperar los postulados tradicionales que se habían perdido con el gobierno progresista. En concreto, y si hablamos de libertades y derechos, o, más concretamente, en su restricción, lo cierto es que tal circunstancia quedó claramente reflejada en las penas[33]. En lo que concierne a los delitos contra el honor, se vio no solo en las que se imponían a los castigados por insultar a la realeza; sino, también, en el resto de casos, con una regulación aún muy represiva (a modo de ejemplo, las injurias graves hechas por escrito y con publicidad eran castigadas con pena de destierro).

IV. EL CÓDIGO PENAL DE 1870.

1. Un breve apunte sobre el contexto histórico-constitucional.

La revolución liberal de 1868 provocó el derrocamiento de Isabel II y la aprobación de la nueva Constitución de 1869. De espíritu progresista, el nuevo Texto vino a establecer un régimen monárquico pese a que, como sabemos, el trono español se encontraba vacante en el momento de su aprobación. Duraría un tiempo esa situación hasta que, en 1871, al haber sido expulsada la dinastía borbónica, aquel fue ocupado por Amadeo de Saboya, hijo del Rey italiano Víctor Manuel II. Así las cosas, siendo su principal valedor el general Prim, fue llamado y elegido por las Cortes[34] (aunque el art. 77 de la Carta Magna seguía hablando de una monarquía hereditaria), por lo que pasaría a ser conocido como el "Rey Electo" o el "Rey Demócrata".

Entre los cambios más significativos en relación con el régimen de potestades de las que gozaba el Rey durante el orden constitucional anterior cabe mencionar la pérdida de su tradicional participación en la elaboración de las leyes (quedando la capacidad de hacer las leyes atribuida en exclusiva a las Cortes en virtud del art. 34). No obstante ello, va a conservar la función de iniciativa legislativa (art. 54), así como la de ejecución (art. 69) y de sanción y promulgación de las leyes (art. 34). Asimismo, ciertos preceptos, como el 35, bien plasman la voluntad de los liberales sublevados de incrementar la función moderadora, arbitraria y simbólica

del desacato en sus distintas manifestaciones contra la autoridad regia se ocupa el ya analizado Título III), los mismos razonamientos deben servir para explicar el por qué el perdón del ofendido, del Monarca, no se contempló. De hecho, el propio art. 391, establece, de cara a la consideración de delito público y consecuente inaplicación del perdón del ofendido, que "se reputan Autoridad los Soberanos y Príncipes de naciones amigas o aliadas".

33 Corral Maraver, N.: *Las penas largas de prisión en España. Evolución histórica y político-criminal,* Dykinson, Madrid, 2015, pp. 46 y 59, insiste en la idea de que dicha tendencia restrictiva se observa en relación con los delitos políticos sobre todo a partir de 1850, a manos de un poder que observaba con temor los movimientos revolucionarios que se extendían por el continente europeo (muy especialmente los sucesos ocurridos en Francia en 1848, que desembocarían en la instauración de la II República).

34 La Carta Magna fue aprobada el 6 de junio de 1869, sin que las Cortes Constituyentes se disolvieran hasta el 3 de enero de 1871, justo después de que Amadeo I, quien fue elegido por las mismas el 16 de noviembre de 1870, jurase la Constitución.

del Rey[35]. Sobre las prerrogativas regias, el art. 67 le enviste de inviolabilidad e irresponsabilidad, mas prescinde del atributo de "sagrado"[36].

Los ideales democráticos y liberales sobre los que se asienta este nuevo periodo constitucional no solo afectarían a la forma de entender la institución monárquica, sino, también, los derechos de los ciudadanos. De entre ellos, la libertad de expresión va a ser proclamada en el art. 17, empleándose una fórmula amplia no vista en nuestras normas constitucionales hasta dicho momento y que ciertamente recuerda a la que hoy tenemos: "Tampoco podrá ser privado ningún español: del derecho de emitir libremente sus ideas y opiniones, ya de palabra, ya por escrito, valiéndose de la imprenta o de otro procedimiento semejante".

2. Los delitos de expresión contra el Jefe del Estado.

Pese a las posibles expectativas, los nuevos postulados no van a imbuir la regulación de los delitos de expresión cometidos contra la Corona[37]. En la Sección Primera, del Capítulo I, del Título II del Código Penal de 1870, nuevamente como "Delitos contra la Constitución", las injurias[38], que, como novedad, van a aparecer

35 Varela Suanzes-Carpegna, J.: "La monarquía en las Cortes y en la Constitución de 1869", *Historia Constitucional*, 2006, núm. 7, p. 220, apunta en tal sentido: "Esta concepción de Jefatura del Estado, con una función eminentemente moderadora, se plasmó en el texto de 1869. «El rey —decía su artículo 35, que se aprobó sin discusión alguna— ejerce el poder ejecutivo a través de los ministros». El monarca, pues, se concebía, *prima facie*, como Jefe del Estado, no como titular del Ejecutivo. Su función ante todo, parecía ser, como había resumido Adolphe Thiers en frase célebre, la de reinar, no la de gobernar, única manera de llevar a cabo su poder «moderador»".

36 Extremo que, como demuestra nuestra actual Constitución de 1978, es propio de una monarquía *democrática.* Señala Fernández-Miranda Campoamor, C.: "La irresponsabilidad del Rey: evolución histórica y regulación actual", *Revista de Derecho Político*, 1998, núm. 44, pp. 228-229: "El carácter de persona sagrada y, en consecuencia —como dice el adagio clásico— «que no puede obrar mal» o «que no puede hacer injusticia» alude a la consideración de que el Rey es el representante de Dios. Esta idea surge en las primeras civilizaciones como producto de la necesidad humana de divinizar lo poderoso. Como dice Kelsen, en la conciencia del hombre primitivo el orden de su vida en común tiene origen divino o mágico; y este origen supraterreno de la norma revierte en la creencia del origen divino del titular del poder que es un ser de naturaleza diferente al resto de los humanos, representante o instrumento de la divinidad. Esta concepción nace en la práctica en las organizaciones políticas de Oriente, y de ahí se transmite a Occidente siendo permanente atributo de la Monarquía hasta que desaparece definitivamente con la implantación del Estado democrático de nuestros días".

37 Más bien todo lo contrario, pues, aunque la monarquía resulta debilitada con la promulgación del nuevo Texto constitucional, se recuperan del Código Penal de 1822 (*vid*., nota n.° 17) mecanismos destinados a coartar la libertad de expresión con el fin de garantizar la perduración del régimen monárquico. Sin ánimo de detenernos en dicha cuestión por tratarse de "delitos contra la forma de gobierno" —al margen, por tanto, de los delitos contra la figura del Rey— los arts. 181.1.° y 182. 1.° y 2.° se encargaron de castigar a los que, en las manifestaciones políticas, en toda clase de reuniones públicas o en sitios de numerosa concurrencia, dieren vivas u otros gritos que provocaran aclamaciones directamente encaminadas a reemplazar el gobierno monárquico-constitucional por un gobierno monárquico-absoluto o republicano; y a los que, con el mismo fin, pronunciaren discursos, leyeren o repartieren impresos o llevaren lemas y banderas anti-monárquicos. Esta regulación es reflejo de los problemas a los que tuvo que enfrentarse el Rey Amadeo I: un clima de tiranteces entre los republicanos que repudiaban el régimen monárquico de cualquier clase, los monárquicos moderados que aceptaron con recelos el establecimiento de una monarquía liberal y los monárquicos que anhelaban la vuelta de la dinastía borbónica.

38 Tanto el Código Penal de 1822 (art. 223), como el de 1848-1850 (art. 164), como el que ahora nos ocupa, tipifican únicamente como delitos de expresión contra la Autoridad Real las injurias, dejando fuera las calumnias. En dicha ausencia cae en la cuenta Groizard y Gómez De La Serna, A.: *Código Penal de 1870 concordado y comentado*, Tomo III, Esteban-Hermanos, Impresores, Salamanca, 1893, p. 160: "Al rey se puede agraviar, según el artículo [161-162]: 1.° injuriándole; 2.° amenazándole; 3.° invadiendo violentamente

junto al delito de amenazas, al Rey en su presencia aparecen castigadas con la pena de reclusión temporal (de 12 años y 1 día a 20 años); las realizadas por escrito y publicidad fuera de su presencia con la pena de prisión mayor (6 años y 1 día a 12 años) y multa económica; y, finalmente, las realizadas "en cualquier otra forma" con la prisión correccional en su grado medio a prisión mayor en su grado mínimo si fueran leves (arts. 161 y 162)[39].

La modificación más relevante que se realiza en 1870 tiene que ver con los sujetos pasivos de esta modalidad especial de injurias: únicamente el Rey recibe la protección penal de los arts. 161 y 162, mientras que el sucesor al trono va a ver la suya capitidisminuida en la medida en la que, a diferencia que en 1848, se le iguala a la que recibían el Consorte del Rey y el Regente del reino (suprimiéndose la referencia a los padres del Monarca y los Infantes de España[40]), en cuyo caso se castigaban con la pena inferior en grado (art. 164).

3. Definición y tipificación de las calumnias e injurias como delitos comunes.

De nuevo la explicación quedaría incompleta si no acudimos a la definición de la injuria común. Así y todo, la regulación de los delitos contra el honor dada en

su morada. Nosotros hubiéramos añadido uno más: calumniándole". Dicho lo cual, el autor llega a la conclusión de que la calumnia no aparece recogida explícitamente porque se entiende contenida en la propia injuria: "La adición, sin embargo, afectaría más a la forma que al fondo de las cosas, pues que toda calumnia supone una injuria, y por tanto no queda fuera del alcance de la justicia, por mas que el texto no lo exprese con la oportuna palabra técnica —el que calumniare al rey—, puesto que, calumniándole le injuria". Pero, ¿realmente es así? La principal razón que nos lleva a cuestionarnos las afirmaciones de Groizard y Gómez De La Serna es que, si la calumnia se concibe tan solo como una ramificación o una modalidad agravada de la injuria, no se entiende que el legislador penal dedique dos capítulos diferenciados para castigar la calumnia y la injuria. Si tal hubiera sido su pretensión, así lo habría dispuesto (al igual que, por ejemplo, nuestro vigente Código Penal de 1995 explica la violación como un subtipo agravado dentro del capítulo destinado a la agresión sexual). La calumnia tendría por tanto una sustantividad propia respecto a la injuria, de las que se derivan especificidades que solo resultan de aplicación a la misma (en esencia, la prueba de la verdad). De esta forma, la no tipificación de la calumnia como ataque expresivo al Soberano respondería a cosa distinta: la protección frente a la imputación de delitos falsos carecería de razón de ser teniendo en cuenta que el Rey es una persona jurídicamente irresponsable. De este modo, solo sería necesario ampararle ante la injuria como sinónimo de insulto.

39 Con ocasión de los comentarios realizados a los delitos de lesa majestad del Código Penal de 1870, Buenaventura Selva, N.: *Comentarios al Código Penal reformado y planteado provisionalmente por ley de 3 de junio de 1870*, Madrid, 1870, p. 84, realiza una asimilación entre la pérdida del prestigio del Rey y el propio fin de la institución monárquica: "Pero ¿quién es el monarca? ¿No es una persona revestida de la representación social e investida de toda la potestad necesaria para hacer obedecer las leyes dentro y fuera de la nación, y a la que es indispensable rodear de todos los atributos que hacen respetable el principio de autoridad? [...]Desprestigiad al padre, y habréis disuelto la familia; despojad de ese prestigio al monarca, y habréis acabado con la monarquía. Considerando, por lo tanto, el rey como el primero en la nación, se consideraron igualmente como los primeros y como los mayores de todos los delitos los que tenían por objeto su persona, y se castigaron con la mayor de las penas".

40 González y Serrano, J.: *Apéndice a los comentarios del Código Penal de Don Joaquín Francisco Pacheco, o sea el Nuevo Código, comentadas las adiciones que contiene*, Madrid, 1870, p. 170, califica como "perfecta" dicha reforma: "El antiguo Código todavía pasteleaba poniendo a gran altura a los Infantes de España, olvidando que real y verdaderamente estos ciudadanos no pueden ser superiores a los grandes dignatarios del Estado y a muchos particulares que tienen una gran posición social. Considérese por lo tanto como inviolables las personas del Monarca, su inmediato sucesor y el Regente, y entren todas las demás en la mesa común del pueblo. Este es el verdadero camino de elevar a gran altura el principio monárquico".

1848 pasa sin grandes retoques a la ley penal de 1870 en su Título X (arts. 467 al 482)[41].

Por calumnia sigue entendiéndose la imputación falsa de unos hechos concretos constitutivos de un delito que diera lugar a un procedimiento de oficio; y, por injuria, toda expresión proferida o acción ejecutada en deshonra, descrédito o menosprecio de otra persona[42]. También al igual que la ley penal anterior, el art. 476 castigaba las calumnias e injurias realizadas por medio de "alegorías, caricaturas, emblemas o alusiones"; tratándose de evitar, de esta forma, que los insultos, la crítica feroz o los actos de desacato subrepticios quedaran sin más impunes. De hecho, el Tribunal Supremo, en su sentencia de 13 de enero de 1871, haciendo una interpretación restrictiva, dictaminó que aun cuando el calumniador o injuriador declarase que no tuvo intención de injuriar, retirando cualquier frase que pudiera parecer o calificarse como ofensiva, no sería bastante para eximirle de responsabilidad, ya fuese la injuria manifiesta o encubierta, "pues si bien la ley admite la explicación de estas últimas [así lo permitía el art. 478], es bajo el supuesto de aclarar conceptos oscuros y no con [...] generalidad [...], limitándose a retirar las frases que puedan ser injuriosas"[43].

Con todo, el que fue concebido como el "Código Penal del verano", sin intención de que perdurase en el tiempo, estuvo vigente en nuestro país más de

41 Por dicha razón, nos remitimos a las explicaciones dadas a la sazón del Código Penal de 1848-1850 en relación con la agravación de la calumnia e injuria realizada por escrito y publicidad (ahora, respectivamente, en los arts. 468 y 473), con la determinación de la gravedad de la calumnia en función de la gravedad del delito imputado, con los criterios delimitadores entre la injuria grave y leve (arts. 472 y 474), así como a lo que ya se ha dicho sobre la obligación de satisfacer públicamente al agraviado si la injuria/calumnia hubiera sido propagada en periódico (art. 479).

42 Buenaventura Selva, N.: *Comentarios al,* cit., p. 212 se sirve de un ejemplo práctico para explicar los matices diferenciadores que el legislador penal de 1870 da, al igual que hizo el de 1850, a la calumnia de la injuria: "Si un hombre le llamare a otro ladrón o asesino no incurriría en calumnia, pero sí en injuria, porque la fama de ladrón o de asesino no autorizaría a ningún juez para entablar procedimiento. Pero si dijera que un delito determinado, que tal robo o tal homicidio se había cometido por el ofendido, entonces incurre de lleno en el delito de calumnia, porque aquella propagación autoriza a todo juez para proceder y hasta para detener, cuando se eleva a voz pública, al designado por el delincuente". A las mismas conclusiones llega Viada y Vilaseca, S.: en *Código Penal reformado de 1870 con las variaciones introducidas en el mismo por la Ley de 17 de julio de 1876, concordado y comentado,* Madrid, 1885, p. 605, siguiendo lo sentado por la jurisprudencia de la época: "Para que exista la falsa imputación de un delito de los que dan lugar a procedimiento de oficio, que es lo que constituye la calumnia según el art. 467 del Código, no basta denominaciones genéricas y vagas, sino que es requisito esencial que se concreten el hecho o hechos que deban perseguirse, como lo ha declarado el Tribunal Supremo en repetidas Sentencias". Así, en relación con las sentencias del Tribunal Supremo de 25 de noviembre de 1874, inserta en la Gaceta de 19 de Enero de 1875; y de 18 de marzo de 1875, publicada en la Gaceta de 9 de mayo del mismo año, señala: "las palabras «ladrón de acequias y caminos» que confesó el procesado haber proferido [...] no concretan ni especifican hechos, cual sería necesario para proceder de oficio [y, por tanto, para constituir delito de calumnia], si bien formen una injuria grave, imputando al ofendido un vicio que perjudicaría considerablemente su fama y crédito". De este modo, que la calumnia se refiriera únicamente a los delitos públicos pone de relevancia que no solo se buscaba proteger el bien jurídico honor del ofendido, sino también la correcta administración de justicia (pues la denuncia pública de unos hechos delictivos perseguibles de oficio obligaba al juez a instar el procedimiento de investigación y persecución respectivo).

43 Dicha sentencia aparece publicada en la Gazeta de Madrid de 4 de febrero de 1871, pp. 291-292 (https://www.boe.es/gazeta/dias/1871/02/04/pdfs/GMD-1871-35.pdf). Viada y Vilaseca, S., *ibid.,* p. 619, entiende que dicha forma de injuriar, hecha con premeditación y astucia, era más grave que las realizadas de forma manifiesta, por lo que merecían ser castigadas en su grado máximo.

50 años. El Código Penal de 1870 pervivió a la Primera República Española (1873-1874) y a la aprobación de la Constitución de 1876, sin que la proclamación de Alfonso XII, hijo de la Reina exiliada Isabel II, como legítimo Rey (art. 59), inviolable y de nuevo sagrado (art. 48), supusiera variación alguna en la protección penal del Monarca. Ahora bien, la aprobación de la *Ley para la represión de los delitos contra la patria y el Ejército de 1906*[44], así como el Código Militar, ya bajo el mandato de Alfonso XIII, virará el enjuiciamiento de las injurias cometidas contra el Rey, por su condición de Jefe Supremo del Ejército y de la Armada, hacia la jurisdicción militar[45]. Dicha disposición, también conocida como *Ley de Jurisdicciones*, imponía la prisión correccional a los que "de palabra, por escrito, por medio de la imprenta, grabado, estampas, alegorías, caricaturas, signos, gritos o alusiones, ultrajaren a la Nación, a su bandera, himno nacional u otro emblema de su representación" (art. 2); así como a los que "de palabra, o por escrito, por medio de la imprenta, grabado, u otro medio mecánico de publicación, en estampas, alegorías, caricaturas, emblemas o alusiones, injuriasen u ofendieran clara o encubiertamente al Ejército o a la Armada [...]" (art. 3). Será el Real Decreto que lo acompaña el que justifique las medidas acordadas en los siguientes términos: " [...] queda alejada toda idea de persecución a la tendencia, de castigo a la doctrina, de la delincuencia por el pensamiento. No hay delito más que en el hecho, y en el hecho definido, claro y terminante: en el ataque armado contra la Patria, en el ultraje contra la Nación, en la injuria u ofensa contra el Ejército y en la apología de estos delitos".

V. EL CÓDIGO PENAL DE 1928.

1. Un breve apunte sobre el contexto histórico-constitucional.

Instaurada la dictadura de Primo de Rivera en 1923 con el respaldo del Rey Alfonso XIII, se suspendería la Constitución de 1876 (aunque sin llegarse a derogar). El nuevo régimen fracasará en su tentativa de dotarse de un Texto constitucional propio acorde a sus ideales, lo que no ocurrirá sin embargo en materia de legislación penal. Es de justicia señalar que los verdaderos Códigos originarios fueron los de 1822 y 1848, pues dejan sentadas las bases que, de forma

44 Los sucesos que llevaron a la promulgación de dicha Ley son notoriamente conocidos: la publicación de una caricatura en el semanario satírico *Cu-Cut* por la que se ponía en entredicho las victorias y el prestigio del Ejército español como consecuencia de la derrota colonial de 1898. Ello desembocaría en el asalto por un grupo de oficiales de la guarnición de Barcelona de las redacciones de aquella revista y del periódico *La Veu de Catalunya* (de mismo corte ideológico) en la noche del 25 de noviembre de 1905. Detrás de dicho cambio legal por el que se limitó fuertemente la libertad de expresión en aras de fortalecer los vínculos ligados al patriotismo, según sostiene Álvaro Dueñas, M.: en "Poder militar y práctica política en el reinado de Alfonso XIII: de la suspensión de garantías constitucionales en Barcelona a la Ley de Jurisdicciones (1905-1906)", *Revista de estudios políticos*, 1989, N.º 68, pp. 271-273, estaba el propio Rey Alfonso XIII.

45 Martínez Guerra, A.: "Delitos contra la Corona", en AA.VV.: *Tratado de Derecho Penal. Parte Especial. IV. Delitos contra la Constitución. Actualizado por las Leyes Orgánicas 1 y 2/2015* (dirigida por Álvarez García, F.J.; y coordinada por Manjón-Cabeza Olmeda, A., y Ventura Püschel, A.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, p. 75 (dicha paginación se corresponde con el ejemplar que consta en el repositorio online de Tirant lo Blanch).

más o menos extensa y más o menos acertada, desarrollan y modifican las leyes penales posteriores.

Siendo esto así, el Código Penal de 1928 (o "Código Penal gubernativo") va a seguir la senda marcada por el Código Penal de 1848, conservado por el de 1870 (y, por ende, paradójicamente, la de la ya lejana Constitución de 1869). Sin embargo, el contexto de crisis política que llevó al resquebrajamiento del sistema político de la Restauración y propiciaría el golpe de Estado (los problemas de regeneración y reforma interna, el auge de los movimientos nacionalistas en nuestro país y la derrota militar española conocida como "desastre de Annual" en 1921), provocará asimismo que el gobierno primorriverista introduzca importantes modificaciones legislativas en su empeño de reafirmar la conciencia nacional.

2. Los delitos de expresión contra el Jefe del Estado.

No resulta pues extraño que la singularidad del Código de 1928 radique precisamente en que se trata del primer texto penal de nuestra historia en recoger el delito de ultrajes a España[46]. Entrando en detalles, su art. 231, como "Delitos contra la patria" (Capítulo Primero, Título Primero, del Libro Segundo), imponía la pena de reclusión de uno a diez años a los que "con publicidad, de palabra, por escrito, por medio de la imprenta, grabado, estampas, tarjetas, alegorías, caricaturas, signos o cualquier otro medio de difusión, gritos, alusiones hicieren manifestaciones ofensivas para la unidad de la Patria o ultrajares a la nación, a su bandera, himno nacional u otro emblema de su representación integral".

De la misma forma, tratando de contener la antipatía que la monarquía empezaba a despertar en el pueblo español y el crecimiento cada vez más evidente de los apoyos hacia el bando republicano, se va a acometer una ampliación y endurecimiento de los delitos de expresión contra el Jefe del Estado. Así, como "Delitos contra los Poderes Públicos y contra la Constitución" (Sección Primera, Capítulo Primero, del Título II, también del Libro Segundo), el art. 256[47] penaba con prisión de diez a veinte años al que injuriase, calumniase o amenazare de palabra al Rey en su presencia. Además de ello, las calumnias e injurias realizadas

46 Nos estamos refiriendo al primer Código Penal español que introduce en su articulado el delito de ultrajes a España. Sin embargo, el antecedente más remoto de este tipo delictivo se encuentra en la ya mencionada *Ley para la represión de los delitos contra la patria y el Ejército* de 1906.

47 Cuello Calón, E., miembro de la Comisión de redacción del Proyecto del Código Penal de 1928, en *El nuevo Código Penal Español, Libro Segundo, Parte Primera (artículos 215-544),* Librería Bosch, Barcelona, 1930, p. 31, lleva a cabo un brillante compendio de la jurisprudencia penal de la época para explicar el contenido de los arts. del "nuevo código". Así, en sus apreciaciones sobre el art. 256, el profesor se refiere a la doctrina sentada por el Tribunal Supremo el 14 de mayo de 1884 en virtud de la cual entre esta injuria y la común (definida en los arts. 627 y siguientes), no existía diferencia de esencia, sino que la especialidad de dicho delito radicaba en "el superior respeto y acatamiento que merece la personalidad del Rey", siendo indiferente si la ofensa venía referida a su esfera pública (como Jefe del Estado) o privada. Por su parte, con base en la STS de 8 de octubre de 1884 en la que se condenó como actos injuriosos los golpes realizados contra el retrato del Monarca, se entendía igualmente realizado el delito cuando existía un acto de ofensa dirigida contra la imagen, estatua, busto, etc., del mismo.

sin estar presente del Rey y con publicidad se castigaban con la pena de prisión de seis a doce años de prisión. Asimismo, la pena oscilaba entre cuatro a seis años cuando los insultos o acusaciones se profiriesen en "cualquier otra forma". Para terminar, el precepto cierra con la obligación del culpable de sufragar una multa económica por la comisión de cualquiera de los delitos descritos.

Antes de continuar, debe advertirse que la criminalización de la figura de las calumnias en relación con el Monarca no tenía precedentes en nuestra normativa penal hasta la fecha; y, como se verá, desaparecerá con la aprobación del Código Penal de 1932 hasta su reintroducción en la vigente ley penal de 1995. ¿Qué podría haber provocado tal decisión legislativa? Todo apunta a un intento desesperado por rescatar la imagen de Alfonso XIII que, sobre todo a partir de su supuesto posicionamiento a favor de la dictadura militar, se vio envuelto en una campaña de desprestigio encabezada por personajes de la talla de Miguel de Unamuno (condenado por un delito de graves injurias contra el Rey) o Ramón María del Valle-Inclán en la que se le relacionó con distintos escándalos de corrupción[48].

En cuanto el tipo subjetivo, para que pudiera apreciarse alguna de las conductas descritas en el art. 256, se exigía la apreciación de *animus iniuriandi.* De esta forma, solo las imputaciones delictivas o expresiones proferidas o acciones ejecutadas en deshonra, descrédito o menosprecio al Rey con la intención dolosa de menoscabar o desacreditar su persona, podrían llegar a constituir calumnia o injuria[49].

48 El procesamiento de Unamuno por un delito grave de injurias contra el Rey Alfonso XIII y su madre María Cristina de Habsburgo tuvo lugar por la publicación de sus artículos "El archiduque de España" (27 de octubre de 1918), "Irresponsabilidades" (17 de noviembre de 1918) y "La soledad del Rey" (9 de febrero de 1919) en el periódico *El Mercantil Valenciano*. Finalmente, fue condenado con base en el art. 162 del Código Penal de 1870 a una pena de 16 años de prisión mayor y al pago de una multa de 1000 pesetas. No obstante esto, se benefició del indulto general concedido por Real Decreto el 12 de septiembre de 1919 (*vid*., Robles, L.: "Unamuno procesado en Valencia", *Cátedra Miguel de Unamuno. Cuadernos*, 2007, n.º 2, vol. 44, pp. 127–142). Pese a los esfuerzos, poco se podía ya hacer. Cuando cayó la monarquía de Alfonso XIII en abril de 1931, se escuchaban en las ciudades españolas coplas cuyas letras ("¡Alirón, alirón, Alfonsito es un ladrón!") evidenciaron su absoluta pérdida de credibilidad y prestigio. En dicha línea, Ramón María del Valle-Inclán escribiría las siguientes líneas: "Ahora no se le arroja a Alfonso XIII por anticonstitucional, sino como ladrón. Venimos a alcanzar la dignidad de hombres de bien. España ha hecho la revolución de los hombres de bien contra los ladrones". Todo ello acabó dando lugar a un hecho insólito en nuestro constitucionalismo histórico: las Cortes Constituyentes republicanas crearían en 1931 una comisión para exigir responsabilidades a un Monarca que, hasta ese momento, había sido por imperativo constitucional irresponsable. El resultado fue un acta de acusación contra Alfonso XIII por la comisión de delitos de lesa majestad (en el sentido de la violación de la soberanía del pueblo), de rebelión militar y "actos de inmoralidad administrativa". Las Cortes, reconocidas como "Tribunal soberano de la nación", fallaron contra el Rey por traición grave y, además de ratificar la confiscación de sus bienes y de imponerle la pena de "degradación", advirtieron que sería arrestado si pisaba suelo español (Moreno Luzón, J.: "«Fernando Siete y Media»: los escándalos de corrupción de Alfonso XIII", *Blog Conversación sobre la Historia*, entrada publicada el 28 de febrero de 2021, disponible en: https://conversacionsobrehistoria.info/2021/02/28/fernando-siete-y-media-los-escandalos-de-corrupcion-de-alfonso-xiii/#_ftn4 [fecha de consulta: 4 de agosto de 2023]).

49 El Tribunal Supremo ya se venía pronunciando sobre la existencia o inexistencia del delito de injurias de lesa majestad atendiendo a ese *animus iniuriandi*; jurisprudencia que Cuello Calón, E.: *El nuevo*, cit., p. 32, da a conocer en sus comentarios al art. 256: "Es preciso el ánimo de injuriar, pues sin este no hay injuria. Por tanto, no constituyen injuria: la mera exposición de hechos históricos relacionadas con la persona del rey, así no la constituye decir que el rey debe el trono a una insubordinación militar (11 nov. 1884). El mero relato de los actos de su vida privada, cuando éstos no sean de por sí injurias [...] (5 jul. 1912). Los ataques a la institución monárquica sin ofender a la persona del rey [...] (26 dic. 1887)".

Especial importancia adquiere la redacción de los arts. 257 y 259 por la gran diversidad de formas de comisión que el delito admite. El primero de ellos castigaba con la pena de prisión de dos a cuatro años y multa económica al que impugnare con publicidad en cualquier forma la legítima autoridad del Rey "ya sea con alusiones, alegorías o imágenes, ya con noticias o apreciaciones" que pudieran considerarse racionalmente proferidas o publicadas en su desprestigio. El segundo, con prisión de seis meses a un año "al que con publicidad hiciere recaer en el Rey la censura o la responsabilidad de los actos del Gobierno". Con este último precepto lo que se buscaba fue la reafirmación solemne e inequívoca de la inviolabilidad e irresponsabilidad del Rey y de la conveniencia —¿para el propio Rey? ¿para el correcto desempeño de su función?— de situarle al margen de los actos puramente políticos.

En lo que atañe a los sujetos pasivos, se produce una ampliación desorbitada de las personas de la Familia Real que quedan protegidas frente a las conductas que tipifican los arts. 256 y 257 (eso sí, en este caso reduciéndose la cuantía de la multa y la pena de prisión de uno a tres años): además de al inmediato sucesor a la Corona y al Regente, el art. 258 amparaba al Rey consorte, a los padres del Rey u otros ascendentes del mismo, así como a sus hijos y a sus hermanos[50].

Aún hay más: el art. 790 castigaba con la pena de arresto de uno a dos meses y multa como reo de falta contra el orden público al que públicamente faltase con sus expresiones el respeto debido a la persona del Rey, de la Reina y Príncipe de Asturias.

3. Definición y tipificación de las calumnias e injurias como delitos comunes.

Con el ánimo de respetar el esquema seguido hasta ahora, definiremos sucintamente los conceptos genéricos de injuria y de calumnia[51] dada su aplicación al tipo específico de injurias y calumnias contra la Corona.

50 Precisa Cuello Calón, E., *ibid.*, p. 35, que el art. 258 se refiere tanto a los familiares del Rey vivos como a los que ya hubieran fallecido. En este sentido, el Tribunal Supremo, en su sentencia de fecha 12 de abril de 1894, declaró que "los conceptos ofensivos referentes a los progenitores del Monarca, y singularmente a los que han muerto ya, en tanto serán injuriosos, en cuanto se expongan y profieran con ánimo de desacreditar, deshonrar o menospreciar al que actualmente ocupa el trono, cuya persona es la única sagrada e inviolable según el texto constitucional".

51 Junto a los tradicionales delitos de calumnias e injurias, el Título XI incluye un Capítulo III referido al delito de *difamación*, considerado la gran aportación que el legislador de 1928 realiza a la tutela penal del honor (así lo sostienen, entre otros, Quintano Ripollés, A.: *Tratado de la Parte Especial del Derecho Penal (tomo II)*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1958, pp. 1172 y 1173; y Rodríguez Devesa, J. M.ª y Gómez Serrano, A.: *Derecho Penal Español. Parte Especial*, 18ª ed. revisada y puesta al día, Dykinson, Madrid, 1995, p. 111). Sin querer profundizar sobre esta cuestión, ya que como delitos de expresión contra la Corona solo aparecen tipificados en el Código Penal de 1928 las calumnias y las injurias, consideramos que la difamación no es otra cosa que una concreción de la injuria y que, como tal, contra ella también se protegía al Monarca. A dichas conclusiones se llega fácilmente después de leer la definición que el art. 632 da a la difamación: *"Difamación es toda información pública, tendenciosa, sistemáticamente proseguida contra una persona natural o jurídica, revelando y divulgando hechos de su conducta privada o situaciones morales o económicas, o bien estados patológicos o sexuales con propósito de que redunden en su desprestigio o descrédito o ruina de su fama o intereses".* De la misma opinión, Beato Víbora, M.: "La reforma de los delitos contra el honor:

El art. 624 mantiene la noción de calumnia como la falsa imputación de un delito de los que dan lugar a un procedimiento de oficio, pudiendo ser grave o menos grave según lo fuera el delito imputado. Asimismo, la pena a imponer dependía de si la calumnia grave o menos grave era propagada con publicidad (art. 625, primer inciso), o si, por el contrario, se realizaba con ausencia de ésta (mismo precepto, segundo inciso).

Al igual que en el caso anterior, el art. 627 continúa refiriéndose a las injurias como toda expresión proferida o acción ejecutada en deshonra, descrédito o menosprecio de otra persona; mientras que el art. 628 agrava las injurias en los mismos supuestos de hecho que se contemplaron ya en los arts. 370 del Código Penal de 1848 y 472 del de 1870. En cuanto a la penalidad de las injurias, también va a variar en función de si se hacía uso o no de la publicidad para difundirlas (arts. 629 y 630), degradándose las injurias leves realizadas sin publicidad a la categoría de falta (art. 630, párrafo 2º). Así, como ha podido comprobarse, esta parte del Código permanece prácticamente sin novedades.

Para terminar con el análisis del Código de 1928, si bien se producen algunas reformas aperturistas en materia de la *exceptio veritatis* y las injurias, de cara al presente trabajo solo tenemos que decir que el responsable de injuriar y calumniar al Rey o a sus familiares en ningún caso iba a poder verse beneficiado por aquella.

VI. EL CÓDIGO PENAL DE 1932.

1. Un breve apunte sobre el contexto histórico-constitucional.

En 1930 el Dictador Primo de Rivera, que se había quedado sin apoyos, presenta su dimisión al Rey Alfonso XIII. Tras la "Dictablanda" de Dámaso Berenguer[52], las elecciones municipales celebradas en abril de 1931 ya bajo el gabinete de Juan Bautista Aznar resultaron ser en realidad un plebiscito entre los partidos republicanos y los monárquicos. Con el triunfo de los primeros (que habían ganado en 41 de las 50 capitales de provincia) sobre los segundos, Alfonso XIII abandonaría España, aunque sin abdicar de sus derechos dinásticos, reconociendo en el manifiesto publicado el 17 de abril de 1931 por el ABC que: "Las elecciones celebradas [...] me revelan claramente que no tengo hoy el amor de mi pueblo".

Proclamada la Segunda República española, se aprueba la Constitución de 9 de diciembre de 1931. Llama la atención que el Capítulo I del Título III del nuevo

nueva configuración de los delitos de injuria y calumnia", *Anuario de la Facultad de Derecho. Universidad de Extremadura*, 1994-1995, N.º 12-13, p. 254.

52 Apodado así su gobierno porque, pese haberse confiado en él el restablecimiento de la "normalidad constitucional", ni continuaría con el régimen dictatorial ni restablecería plenamente la Constitución de 1876.

Texto, donde se regulan las "Garantías individuales y políticas" de los españoles, aparezca encabezado por el siguiente imperativo constitucional: "No podrán ser fundamento de privilegio jurídico: la naturaleza, la filiación, el sexo, la clase social, la riqueza, las ideas políticas ni las creencias religiosas" (art. 25). Dentro de dicho Capítulo, va a proclamarse en el art. 34 el derecho de toda persona a emitir libremente sus ideas y opiniones sin censura previa por cualquier medio de difusión. En materia de libertad de imprenta, dicho precepto va a otorgar una protección reforzada a los periódicos, que no podían suspenderse salvo por sentencia judicial firme.

El Título V de la Constitución de 1931 reguló las particularidades de la Presidencia de la República, institución prácticamente desconocida para los españoles por haber tenido como herencia histórica la monarquía. Como principal atribución, el art. 67 le arroga la personificación de la Nación[53]. Dejando a un lado los cambios inherentes al nuevo régimen (siendo el más evidente el procedimiento de nombramiento y sustitución del Presidente), probablemente el más significativo en relación con el estatus jurídico del Jefe del Estado se introdujo en el art. 85, según el cual: "El Presidente de la República es criminalmente responsable de la infracción delictiva de sus obligaciones constitucionales". De su enjuiciamiento se encargó un Tribunal de Garantías Constitucionales *ex* art. 121 e). Tal novedad, como veremos en el siguiente apartado, tendrá cierta trascendencia en el ámbito penal.

Bajo el nuevo marco constitucional, se elabora también una nueva ley penal que acabaría viendo la luz el 5 de noviembre de 1932. Aunque, en realidad, como refleja la Exposición de Motivos de la Ley de 27 de octubre que lo aprueba, dada la premura con la que se promulgó en el deseo de dotar al nuevo régimen republicano de su propia normativa criminal, hace que sea más correcto hablar de una reforma de la ley penal de 1870 (queriendo dejar de este modo en el olvido el Código Penal de la dictadura de Primo de Rivera).

2. Los delitos de expresión contra el Jefe del Estado.

Sobre la base del art. constitucional 85 explicado *supra*, los arts. 129 y 130 del Código Penal de 1932 prevén por primera vez responsabilidad penal para el Presidente de la República por determinados actos[54] cometidos en el ejercicio

53 En relación con la protección de los elementos que encarnan y representan a la Nación, la primera referencia constitucional a la bandera española la encontramos precisamente en el art. 1.4 de la Norma Magna de 1931, según el cual: "La bandera de la República española es roja, amarilla y morada". No obstante esto, desaparece del Código Penal de 1932 el delito de ultrajes a España y sus símbolos patrios.

54 El art. 85 de la Constitución es desarrollado por la *Ley regulando el procedimiento para exigir la responsabilidad criminal del Presidente de la República española en cumplimiento del artículo 85 de la vigente Constitución* (Núm. 491, Justicia, 1.º de abril de 1933). Lejos de querer minusvalorar el paso dado por la Constitución republicana y el Código Penal de 1932 hacia la exigencia de rendición de cuentas al Jefe del Estado, no vista hasta ahora en ningún régimen monárquico, debe admitirse que la irresponsabilidad de aquél solo decae

de su cargo. Así, bien por un descuido del legislador, que olvida su introducción en la ley penal de 1929; bien por su deseo de continuar con la regla general de no tipificarlas dada la ausencia de responsabilidad del Jefe del Estado (o, en este caso, responsabilidad muy excepcional), lo cierto es que se guarda silencio sobre las calumnias.

De acuerdo con ello, el Título II del Libro Segundo de la ley penal republicana sí va a recoger las injurias contra el Jefe del Estado como "Delitos contra la Constitución". Los arts. 148 y 149 castigaban con pena de prisión mayor en su grado medio (de ocho años y un día a diez años) y máximo (de diez años y un día a doce años) si se realizaban en su presencia, y en sus grados mínimo (de seis años y un día a ocho años) y medio si se hacían por escrito o con publicidad fuera de su presencia. Al igual que estaban penalizadas las injurias realizadas "de cualquier otra forma" [55] con penas de prisión mayor en su grado mínimo en los casos más graves.

Siendo este el resultado de conjugar la obra constituyente con la ley penal de 1932, existe una norma pre-constitucional que, sin poder ser catalogada en rigor como una disposición penal, fue otro de los mecanismos sancionadores de los que se sirvió el régimen republicano hasta 1933 para reprimir duramente los ataques expresivos frente al Presidente de la República y el régimen político al que éste representaba. Estamos hablando de la *Ley de Defensa de la República* de 21 de octubre de 1931, la cual, como "actos de agresión a la República", consagró "toda acción o expresión que [redundase] en menosprecio de las Instituciones u otros organismos del Estado" (art. 1.º, apartado V)[56]. Sus responsables se

en un par de supuestos concretos. Dice el art. 129 del Código Penal: "Incurrirá en la pena de reclusión mayor el Presidente de la República que, con infracción del art. 77 de la Constitución, firmare Decreto: 1.º) declarando la guerra sin las condiciones previstas en el Pacto de la Sociedad de las Naciones y sin agotar previamente los medios defensivos que no tengan carácter bélico y procedimientos establecidos en los Convenios internacionales de que España fuera parte; 2.º) declarando la guerra sin haberse autorizado por ley". Por su parte, el art. 130, le imponía la pena de prisión mayor a reclusión menor por la cesión inconstitucional a las regiones autonómicas de competencias atribuidas en exclusiva al Estado. Fuera de estos dos casos, y frente a lo que defienden de forma entusiasta algunos autores (así, por ejemplo, Pérez Gil, L.V.: "Análisis de los principios constitucionales y las competencias en las relaciones exteriores en la Constitución española de diciembre de 1931", *Revista española de derecho constitucional*, 2001, N.º 63, p. 144, afirma que "en todo caso, se estableció en la misma Constitución que el Presidente de la República sería criminalmente responsable de las infracciones delictivas de sus obligaciones constitucionales (art. 85, párr. 1.º). Una manera de evitar la irresponsabilidad del Jefe del Estado propia de la Monarquía"), el Jefe del Estado republicano, como sus antecesores monárquicos, se encontraba igual de blindado que aquellos tanto por la Constitución como por sus leyes de desarrollo.

55 El Tribunal Supremo aplica el párrafo segundo del art. 149 del Código Penal republicano en su sentencia de 31 de marzo de 1933 (injurias inferidas al Jefe del Estado "en cualquier otra forma") al que en un mitin pronuncia la frase "si la Guardia Civil había sido creada para perseguir a los malhechores, no conseguía su misión al no perseguir a fray..., alias el Bobo y otros", por cuanto "la libre emisión del pensamiento permite la mayor severidad en el concepto y calor en el tono, pero no autoriza el empleo de palabras altamente ofensivas para las personas e innecesarias para mantener una actitud de censura frente al poder constituido" (López Rey y Arrojo, M., y Alvarez-Valdés, F.: *El Nuevo Código Penal, notas, jurisprudencia, tablas, referencias, etc.*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1933, p. 171).

56 Como hemos tenido ocasión de señalar con anterioridad, en la legislación histórica española han existido disposiciones limitadoras de la libertad de expresión de los españoles en aras de asegurar a toda costa la continuidad del régimen (algo impensable en una democracia como la de nuestros días). Esto, en clara contradicción con los nuevos principios progresistas y democráticos que el nuevo sistema prometía

enfrentaron al castigo de confinamiento o extrañamiento por un periodo de tiempo indeterminado ("no superior al de la vigencia de esta ley") o a ser multados hasta la cantidad máxima de 10.000 pesetas, ocupándose o suspendiéndose los medios utilizados para su comisión. Y lo que es peor: al margen de cualquier garantía jurisdiccional, fue al Ministro de la Gobernación la persona a la que se le encomendó la aplicación de dicha ley. Decía además el art. 5.º que: "las medidas gubernativas reguladas en los precedentes artículos no [serían] obstáculo para la aplicación de las sanciones establecidas en las leyes penales". Así, atendiendo al principio garante de *non bis in idem*, planteó un escenario desolador para la libertad de expresión.

3. Definición y tipificación de las calumnias e injurias como delitos comunes.

Este proceso de *republicanización* del Código Penal de 1870 supuso que las verdaderas novedades que van a observarse son consecuencia directa del cambio de la tradicional forma monárquica de Estado a la republicana. Por ello, la modificación de la regulación penal de los delitos contra el honor no fue una de las preocupaciones del legislador republicano. Así, en 1932, se van a recuperar de manera prácticamente exacta las definiciones de calumnias e injurias como delitos contra el honor dadas en el Título X del texto penal reformado (ahora en el Título XI, arts. 447-461), por lo que nos remitimos sin más a las explicaciones ya dadas en el epígrafe correspondiente.

No obstante esto, sí queremos dejar señalado un cambio a nuestro juicio importante que tiene que ver con el delito de calumnias: desaparece la determinación de la gravedad de las mismas en función de si el delito imputado era más o menos grave. Se introduce de esta forma la idea —que perdura y se mantiene en el Código Penal vigente— de que la imputación de un delito, por liviano que sea, supone un menoscabo del honor e imagen de la persona digno de ser perseguido penalmente.

instaurar, también se dio durante la II República Española. El art. 1.º, apartado VI, de la *Ley de Defensa de la República* consideraba como acto de agresión a la República "[l]a apología del régimen monárquico o de las personas en que se pretenda vincular su representación y el uso de emblemas, insignias o distintivos alusivos a unas u otras". En efecto, como recuerda Fernández de Castro, I.: *De las Cortes de Cádiz al posfranquismo (1808-1956),* volumen I, Ediciones 2001, S.A., Barcelona, 1981, p. 189, la aprobación de aquella ley llevaría a la introducción de algunas medidas represivas posiblemente más duras en algunos aspectos que las que se aprobaron en la época de la Dictadura de Primo de Rivera. Las mismas ideas expresa con rotundidad Vila Conde, F.: en "Estudios de contextualización", *Inédito sobre la Constitución de 1978*, de Manuel García Pelayo, Tecnos, Madrid, 2021, p. XLVI: "La Ley de 21 de octubre, que fue raro el día en que no estuvo activada, se empleó para que ningún opositor pudiese alzar la voz —o la tinta— contra los gobiernos del primer bienio". Por su parte, insistimos, protegiendo un bien jurídico distinto al de las injurias y calumnias al Jefe del Estado o los ultrajes a la nación, pero como una losa a la libertad ideológica y política, el Código Penal de 1932 castigaba al mismo tiempo como reos de un "delito contra la forma de gobierno" a los que "[...] en las manifestaciones políticas, en toda clase de reuniones públicas o en sitios de numerosa concurrencia dieren vivas u otros gritos [...]" (art. 168, 1.º) que provocaren aclamaciones directamente encaminadas a "[r]eemplazar al Gobierno republicano establecido por la Constitución por un Gobierno monárquico [...]" (art. 167, 1.º).

VII. EL CÓDIGO PENAL DE 1944 Y SUS POSTERIORES REFORMAS.

1. Un breve apunte sobre el contexto histórico-constitucional.

El fin de la Guerra Civil española (1936-1939) con la victoria del bando sublevado, dio lugar a la instauración de la Dictadura de Francisco Franco Bahamonde en nuestro país. Éste, conseguiría con gran celeridad aglutinar bajo su mando todos los poderes del *Nuevo Estado*[57]: al mismo tiempo que se convierte en el titular de la potestad legislativa (Leyes de 30 de enero de 1938 y de 8 de agosto de 1939) y en el Juez Supremo en los casos de aparente colisión del derecho vigente con "la Moral, la Justicia o la Patria" (art. 4 del Anteproyecto de la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 1938), va a ejercer como Jefe de Gobierno, Jefe del Ejército, Jefe del Estado y Jefe Nacional del Movimiento. Con todo, como lógico corolario del sistema de caudillaje implantado, el dictador solo podría responder "ante Dios y ante la Historia"[58].

En lo que atañe a la libertad de expresión, el Fuero de los Españoles de 18 de julio de 1945 encerraba en su art. 12 toda una declaración de intenciones: "Todo español podrá expresar libremente sus ideas *mientras no atenten a los principios fundamentales del Estado*." Nos encontramos pues ante un periodo en el que se va a ejercer la más férrea censura a la crítica, opinión, expresión artística y labor informativa que supusiera una amenaza para la Patria, el Jefe del Estado y el Movimiento Nacional.

Se da entonces un nuevo pistoletazo de salida para la adaptación del acervo normativo a ese *Nuevo Estado* que se abría camino[59]. Algo que ya podemos considerar un clásico. Y si de lo que se trata es de reemplazar un régimen republicano por una dictadura derechista ultracatólica, las reformas legislativas adquieren un carácter obligatorio. También, una vez más, como ocurrió con los anteriores Códigos de 1870, 1928 y 1932, el Código Penal o texto refundido de 1944, nace como una reforma parcial de provisional aplicación. Así lo refleja el

57 En dichos términos se refiere el bando nacional al sistema dictatorial que da comienzo en España tras el pronunciamiento militar contra la Segunda República, se formaliza mediante la sucedánea promulgación de las *Leyes Fundamentales* y que, finalmente, concluye con la muerte de Francisco Franco en 1975.

58 El art. 46 del *Estatuto de la Falange Española Tradicionalista de las J.O.N.S.* (publicado en el Boletín Oficial del Estado el 4 de agosto de 1939) le considera "autor de la Era Histórica donde España adquiere las posibilidades de realizar su destino y con él los anhelos del Movimiento". Para la consecución de tal fin, es envestido de "la más absoluta autoridad", de forma tal que solamente "el Jefe responde ante Dios y ante la Historia".

59 La razón por la que en esta ocasión hubo que esperar ocho años desde la declaración del estado de guerra en España y el derrocamiento del régimen republicano hasta la creación del nuevo Código Penal franquista reside en el uso que se dio al Código Penal Militar en el periodo comprendido entre 1936 y 1944. Sobre el papel de la jurisdicción militar en la represión penal franquista, *vid.*, muy extensamente Portilla Contreras, G.: *El Derecho Penal bajo la dictadura franquista. Bases ideológicas y protagonistas*, Dykinson, 1.ª Edición, Madrid, 2022, pp. 229-232. No obstante lo anterior, dicho autor recuerda que esta forma de hacer justicia fue un "mal endémico español" al que también se acudió durante la Restauración y, sobre todo, durante la II República, en la que entre 1934 y 1936 "se celebraron más de dos mil consejos de guerra en los que se aplicó el delito de rebelión militar a particulares".

Decreto de 23 de diciembre de 1944 que lo aprueba: "Limitado el propósito de la Ley de 19 de julio último a refundir con escasas modificaciones el Código Penal de 1932, en espera de la posible reforma total del mismo, a tal propósito [...] se reduce el Código adjunto, que, como su título expresa, «Código Penal, texto refundido de 1944», no es una reforma total, ni una obra nueva, sino solo una edición renovada o actualizada de nuestro viejo cuerpo de Leyes penales que, en su sistema fundamental y en muchas de sus definiciones y reglas, data del Código promulgado el 19 de marzo de 1848".

Con todo y con eso, dos cosas son igual de ciertas respecto del Código Penal de 1944: primero, que la nueva Ley penal debe considerarse como una refundición del Código de 1932, reforma asimismo del de 1870, y éste del de 1848; y, segundo, que, pese a lo anterior, el listado de materias que incorpora, la nueva redacción que se da a algunos títulos y, sobre todo, la introducción de nuevos párrafos y categorías de delitos[60], hacen que esta norma guarde grandes diferencias con sus predecesoras[61]. Efectivamente, las variaciones introducidas no van a alterar demasiado la regulación general de las injurias y las calumnias contra particulares, pero la cuestión cambia cuando el mismo delito adquiere tintes políticos.

2. Los delitos de expresión contra el Jefe del Estado.

Como antesala del Código Penal de 1944, el 29 de marzo de 1941 se aprueba la *Ley para la seguridad del Estado*[62]. Su Exposición de Motivos arguye una necesidad imperiosa de superar "[l]a imperfección con que nuestras Leyes penales [republicanas], plagadas de los prejuicios propios del momento legislativo en que fueron promulgadas, sancionan cuando no olvidan muchos de los delitos contra el prestigio y la seguridad del Estado". En su virtud, el art. 22[63] castigaba al que injuriare al Jefe del Estado con la pena de ocho años de prisión a veinte

60 Así, por ejemplo, por su proximidad a los ilícitos que aquí estudiamos, el Código Penal de 1944 introduce en su art. 242 como una modalidad nueva del delito de desacato las calumnias contra el Movimiento Nacional y los insultos contra sus héroes, sus caídos, sus banderas y emblemas.

61 Del Rosal, J.: *Principios de Derecho Penal Español,* Tomo I, Valladolid, 1945, pp. 422 y ss.

62 Señala sobre dicha normativa Portilla Contreras, G.: *El Derecho,* cit., pp. 338-340 que "el franquismo necesitaba reordenar los atentados contra los valores esenciales del Nuevo Estado, con el Jefe del Estado como referencia, como antesala a la redacción de un nuevo Código Penal que reflejara fielmente los deseos de la autarquía. De este modo, se consideraron delitos contra el Estado conductas que afectaban a las bases estructurales materiales y espirituales del franquismo junto a otras que no inquietaban su arquetipo ideológico. En todo caso, tanto las conductas que perturbaban al sistema como las que lo hacían de forma indirecta se integraban en la categoría del *crimina maiestatis.* [...] Se trocó en delito de *lesa majestad* cualquier lesión directa o indirecta de los iconos despóticos: el Jefe de Estado, la forma de Gobierno, la tranquilidad de la Seguridad del Estado o los principios informadores del sistema. Puede, por consiguiente, afirmarse que el concepto de Seguridad del Estado se equipara, en cierta manera, a los contenidos de la concepción del *crimina maiestatis*, como exponente de la simbología del Estado-Monarca".

63 Alrededor de dicha figura penal se construye toda una casuística jurisprudencial. Como muestra de la reiterada aplicación del art. 22 de la Ley de 1941 tenemos la sentencia de 1 de febrero de 1941 por la que el Consejo Supremo condena a la pena de 4 meses y 1 día de arresto mayor a una mujer que al pasar delante de un retrato de Franco dijo: "ya está aquí ese animal"; la sentencia de la Jurisdicción Militar 09 de octubre de 1942 que castiga a 4 años de prisión menor a una persona por decir "[...] yo me paso por los c.... al General S, y al Generalísimo"; o la sentencia de 6 de diciembre de 1944 por la que el Consejo de Guerra

años de reclusión, mientras que el art. 27 hacía lo propio respecto a "los ultrajes a la Nación española o al sentimiento de su unidad, así como a sus símbolos y emblemas", imponiendo penas de hasta diez años de prisión si se hacía con publicidad[64].

Con base en dicha regulación, el legislador penal de 1944 consideró, al igual que lo hizo en su día el de 1848, como reo de "Delitos contra la seguridad interior del Estado" (Título II del Libro II), al que injuriare al Jefe del Estado en su presencia (art. 146, 1.º); al que lo hiciera con publicidad o por escrito fuera de su presencia (art. 147, primer párrafo); y, en definitiva, al que las infiriese "en cualquier otra forma" (art. 147, segundo párrafo)[65]. A diferencia de lo que hemos visto anteriormente, se entiende que las injurias en presencia, en ausencia y las que, no encajando dentro de ninguna de estas dos categorías, fueran consideradas graves, merecen el mismo reproche penológico: pena de prisión mayor de 6 años y 1 día a 12 años. En el último caso, si fueran leves, la pena se rebaja a la prisión menor de 6 meses y 1 día a 6 años.

3. Definición y tipificación de las calumnias e injurias como delitos comunes.

Los delitos contra el honor, que como ya sabemos completan el significado de las injurias contra el Jefe del Estado, aparecen regulados en el Código Penal de 1944 en el Título X del Libro II, en la clasificación trimembre a la que nos tiene acostumbrados; esto es, calumnias (arts. 453-456), injurias (arts. 457-461) y disposiciones generales comunes a ambos ilícitos (arts. 462-467).

Poco hay que decir al respecto que no se haya dicho ya, por lo que recordaremos solo lo más importante: el delito de calumnias, al igual que en 1932, se integra por tres elementos: atribución a persona determinada un hecho concreto; que el

impone la prisión menor de 4 años a un inglés que en estado de embriaguez repite una frase que se tiene por sumamente injuriosa contra el Jefe del Estado español (*ibid.*, p. 347).

64 De un modo similar, el art. 25 de la *Ley para la Seguridad del Estado* castigaba la comunicación o la puesta en circulación de noticias o rumores falsos, desfigurados o tendenciosos, así como la ejecución de cualquier clase de actos dirigidos a perjudicar el crédito o la autoridad del Estado. Así, con base en dicho art., se condenó por sentencia de 23 de enero de 1945 a un Guardia de la Policía Armada por afirmar que los gallegos eran unos h.… de p…., por advertirse que el S.E., el Generalísimo era gallego (*idem.*).
Lo mismo contemplaba el art. 26 para el caso de que la información se difundiera fuera del territorio español (o por un extranjero dentro de nuestro país), persiguiéndose además dichas conductas cuando comprometieran la dignidad o los intereses de la Nación española. Asimismo, son de destacar los arts. 30 y 31 pues sancionaban a los grupos o asociaciones y la propaganda cuyo fin fuera la destrucción o relajación del sentimiento nacional.

65 En aplicación de estos preceptos tenemos las SSTS de 17 de marzo de 1947 sobre el delito de injurias graves de las del art. 458.3 por decir "me cago en la madre de Franco"; o, también por injurias graves contra el Jefe del Estado, la de 16 de abril de 1948 por manifestar el condenado al ver la fotografía de Franco "a este h.… de p.... hay que tirarlo de ahí" y "cuando esto cambie lo colgarán". Otras resoluciones de interés: SSTS de 9 de junio de 1950; de 4 de julio de 1950; de 26 de octubre 1951; de 18 de abril de 1952; de 2 de enero de 1953; de 30 de enero de 1953; de 24 de marzo de 1953; de 11 de abril de 1953; de 12 de junio de 1956; de 16 de enero de 1958; de 9 de julio de 1963 y de 2 de julio de 1965 (*ibid.*, pp. 348-349).

mismo fuese constitutivo de un delito público o perseguible de oficio; y que dicha imputación faltara a la verdad[66].

Por su parte, los elementos que constituyen la injuria penal en 1944 siguen siendo: la expresión que se profiere o acción que se ejecuta y su materialización en deshonra, descrédito o menosprecio de otra persona. En cuanto a su tipología, en el art. 458 se mantienen las cuatro clases de injuria grave que ya fueron perfiladas por el Código Penal desde 1848, o sea, la imputación de un delito no perseguible de oficio; de un vicio o falta de moralidad que desacredite de forma considerable al agraviado; de una injuria que fuera tenida en el concepto público de afrentosa; y de las que, atendiendo a la dignidad y circunstancias del ofensor y el ofendido, racionalmente merezca la calificación de graves. Así, para poder calificar de graves o leves las injurias contra el Jefe del Estado en cualquier otra forma que no sea en su presencia ni por escrito y con publicidad fuera de su presencia (art. 147, último inciso), resultaba necesario acudir a dicho precepto para ver si se comprendían o no dentro de alguno de los supuestos contemplados en el mismo (STS 2 de enero de 1953).

Por su lado, el art. 463 nos aclara cuándo podemos considerar que una calumnia o injuria se había hecho "por escrito y con publicidad". Dado que esta misma definición es la que se aplica a las injurias y calumnias de los tipos específicos, conviene ya dejar sentado que, aunque la conjunción copulativa "y" lleva a pensar que la publicidad y la difusión escrita constituyen dos requisitos acumulativos, el precepto en su segundo párrafo se encarga de incluir "la calumnia y la injuria emitida ante un concurso de personas, o por discursos o gritos en reuniones públicas" y añadiéndose algo no visto hasta ahora: "o por radiodifusión, o en circunstancias o por medios análogos".

Tampoco requiere mayores explicaciones el hecho de que el texto refundido de 1944 continúa con la persecución de las insinuaciones y las vejaciones encubiertas (entre las que destacan las realizadas por medio de alegorías, caricaturas, emblemas o alusiones).

En lo que respecta al elemento subjetivo, existen criterios jurisprudenciales más claros: si la calumnia se considera un delito de naturaleza objetiva (quedando consumado por la falsa imputación de hechos delictivos perseguibles de oficio, sin que debiera verificarse intención de menoscabar el honor ajeno), la injuria se concibe como delito circunstancial o tendencioso en el que el *animus iniuriandi* ocupa el papel central del tipo. Dicho *animus*, que, como decíamos, es el que permite hablar de la existencia o no de injuria, se presumiría atendiendo no solo al sentido gramatical de las palabras pronunciadas y del valor que socialmente se les

66 Márquez Azcarate, J.: *Código Penal, texto revisado de 1963,* Aguilar, 1964, pp. 493-517.

atribuya, sino también de las circunstancias y el contexto en el que se profiriesen[67]. Dicho lo cual, siempre habría *animus* si el delito se cometía por escrito (STS 24 de mayo de 1947).

4. Reformas que afectan a la tipificación de los delitos de expresión contra el Jefe del Estado.

El Código Penal o texto refundido de 1944 se va a someter a múltiples reformas que por exigencias de espacio no podemos abordar aquí. No obstante, sí queremos dejar señaladas las más importantes en lo que concierne a la protección penal de la figura del Jefe del Estado: La Ley de Sucesión en la Jefatura del Estado de 27 de julio de 1947 declaró en su art. primero que España, de acuerdo con su tradición, se constituía en Reino. Un Reino sin Rey, pues el art. segundo del mismo texto legal atribuyó al "Caudillo de España de la Cruzada, Generalísimo de los Ejércitos don Francisco Franco Bahamonde" la Jefatura del Estado, reservándole la potestad para "[e]n cualquier momento [...] poder proponer a las Cortes la persona que estime debe ser llamada en su día a sucederle, a título de Rey o de Regente [...]" (art. sexto). Fue el 22 de julio de 1969 cuando, por la Ley 62/1969, se haría efectiva dicha elección, nombrándose sucesor al Príncipe Don Juan Carlos de Borbón y Borbón.

En dicho contexto, habiéndose aprobado entretanto la Ley 14/1966, de 18 de marzo, de Prensa e Imprenta[68], se promulga la Ley 44/1971 de 15 de noviembre (que daría lugar al Texto Refundido de 1973[69]) con el fin de reformular el art. 148 de la ley penal de 1944 para ampliar la aplicación de la protección de las injurias al sucesor del Jefe del Estado o el heredero de la Corona.

67 Aplicado esto a las injurias contra el Jefe del Estado, el *animus jocandi* excluía el *animus ininiurandi* siempre que el primero fuera puro (y no cuando de la broma rezumase cierto interés por ridiculizar). Así, en la sentencia del Tribunal Supremo de 20 de junio de 1962 se entienden cometidas unas injurias no graves del párrafo segundo del art. 147 por quien, encontrándose cumpliendo prisión provisional, arroja una carta y un sello de Correos desde el primer piso al patio para que, el preso que la recogiera, la entregase en la dirección del establecimiento penal y, refiriéndose al sello en cuyo anverso figuraba la efigie del Jefe del Estado, pronunció la frase: "no escupáis en la cara de Franco, pegarle por detrás". Estos hechos son analizados en la resolución judicial en los siguientes términos: "expresión que empleó en tono a la par de chistoso y de mofa, pues la emitió a fin de que los reclusos que se encontraban en el patio la oyeran, con miras de irrespetuosa jocosidad, en ocasión de que encontrándose próximo un funcionario de prisión también tenía que oírla, y al objeto de molestarle al constituir el sentido de dicha frase un desprecio y mofa del Jefe del Estado". Con todo, considera el Tribunal que el efecto exculpatorio del *animus jocandi* no opera cuando el *animus* es mixto, "o sea, cuando junto a la intención de divertir o bromear coexiste la de menospreciar a un tercero, supuesto, el último, que es el de autos".

68 Cuyo art. segundo reconoció como límites expresos a la libertad de expresión y a la información el respeto a la verdad y a la moral; el acatamiento a la Ley de Principios del Movimiento Nacional y demás Leyes Fundamentales; las exigencias de la defensa Nacional, de la seguridad del Estado y del mantenimiento del orden público interior y la paz exterior; el debido respeto a la Instituciones y a las personas en la crítica de la acción política y administrativa; la independencia de los Tribunales, y la salvaguardia de la intimidad y del honor personal y familiar.

69 Por si resultara de interés, *vid*., Landrove Diaz, G.: "Los delitos contra el Jefe del Estado y la reforma de 1971 del Código penal español", *Temas Penales*, Publicaciones de la Universidad de Santiago de Compostela, 1973, pp. 45-78.

Finalmente, ya como un cambio legislativo acometido después de la muerte del Dictador e iniciada la transición española, debemos destacar la aprobación del Real Decreto-Ley 24/1977, de 1 de abril, sobre la libertad de expresión, pues dispone en su art. 3.º una modificación del art. 64 de la mentada Ley de Prensa 14/1966 de modo que se legitimaba a la Administración para decretar el secuestro administrativo de aquellos impresos gráficos o sonoros que contuvieran noticias, comentarios o informaciones que fueran contrarias a la unidad de España y que constituyan demérito o menoscabo de la Institución Monárquica o de las personas de la Familia Real. Por lo demás, aprobada la vigente Constitución de 1978, la Ley Orgánica 8/1983, de 25 de junio, de Reforma Urgente y Parcial del Código Penal, reformularía el art. 161.º para incorporar, entre otros, como sujeto pasivo especial al Regente o Regentes.

VIII. CONCLUSIONES.

En el Código Penal vigente de 1995, los delitos de expresión contra el Jefe del Estado se encuentran tipificados en tres modalidades distintas: a) delito de calumnia o injuria contra el Rey y otros miembros de la Familia Real en el ejercicio de sus funciones o con motivo u ocasión de éstas (art. 490.3 CP); b) delito de calumnia o injuria contra los mismos sujetos fuera de los supuestos previstos en el art. 490.3 CP (art. 491.1 CP); y c) delito consistente en la utilización de la imagen de dichos sujetos de cualquier forma que pueda dañar al prestigio de la Corona (art. 491.2 CP).

Por su lado, sin poder extendernos, el art. 205 CP nos define actualmente la calumnia como la imputación de un delito hecha con conocimiento de su falsedad o temerario desprecio a la verdad. En cuanto al delito de injuria, el art. 208 CP contempla dos vías distintas de comisión: 1) mediante la realización de la acción o expresión que lesionen la dignidad de otra persona, menoscabando su fama o atentando contra su propia estimación (siempre y cuando sean tenidas en el concepto público de graves); 2) a través de la imputación de hechos llevada a cabo con conocimiento de la falsedad o temerario desprecio hacia la verdad.

Como puede observarse a simple vista, estos delitos que han engrosado sin excepción nuestras leyes penales, van a sufrir una profunda metamorfosis con la regulación de 1995. El primer Código Penal de 1822, aun tendiendo al exceso y a la falta de claridad, sienta las bases en la regulación de los delitos de expresión contra el Jefe del Estado. Ya entonces se estableció que las injurias proferidas en presencia del Jefe del Estado eran merecedoras de mayor reproche penal que las que se realizaban en su ausencia. Del mismo modo que la publicidad aparecía como elemento distorsionador de la pena: a mayor posibilidad de difusión, mayor castigo. Estos pueden considerare los dos ejes sobre los que ha pivotado la regulación de estos delitos a lo largo de la codificación penal española. A partir de aquí, es

cierto que han ido variando en algunos de sus elementos: la clase y extensión de las penas, los sujetos reales protegidos, la concepción sobre su naturaleza jurídica... Y si ponemos en relación todos ellos y el Código Penal de 1995, *grosso modo* podemos concluir que las penas que hoy contempla la ley vigente para esta clase de delitos son las menos represivas que ha habido —preocupante sería lo contrario—; que nuestro legislador de 1995 ha sido especialmente generoso en el reconocimiento de las personas regias que aparecen tuteladas por estos delitos (asemejándose a la regulación que de los mismos hicieron los Códigos Penales de 1848 y 1928); o que el Código Penal de 1995 ha seguido con la dinámica general de considerarlos "Delitos contra la Constitución" (separándose únicamente de dicha corriente los Códigos Penales de 1848 y 1944, que los concibieron como delitos contra la seguridad interior del Estado). Pero, sin lugar a duda, la variación más clara tiene que ver con el delito de calumnias: recordemos que dicha figura delictiva solo se ha contemplado contra el Jefe del Estado en el Código Penal de 1928. Así, su reintroducción en la vigente ley penal parece obedecer a un intento por colmar una laguna, a nuestro juicio inexistente por los problemas de conjugación que comporta con la prerrogativa de inviolabilidad e irresponsabilidad regias del art. 56.3 CE.

Sea como fuere, la persecución penal del insulto o vilipendio al Rey, de forma diferente y privilegiada en relación con el resto de ciudadanos e, incluso, con el resto de instituciones, debe buscar fundamento distinto al empleado hasta ahora para que pueda tener cabida en nuestro sistema democrático. Según lo aquí estudiado, si hasta ahora el concepto de delito de lesa majestad estaba compuesto por el elemento de *potestas* (imperio) y el de *dignitas* (dignidad, honor), la *auctoritas* que legitima hoy la acción del Jefe del Estado, junto con el reconocimiento del mismo honor que el de sus ciudadanos (así lo exige el art. 14 CE), reconducen actualmente la problemática a la protección penal de la función integradora y simbólica desempeñada por mor de garantizar la unidad y la permanencia del Estado (art. 56.1 CE). No sería ya la *suprema dignidad* del Monarca, sino la *suprema dignidad de la función*.

Ello no obsta para que, en un mundo donde los derechos y libertades de los ciudadanos ganan cada vez más terreno —y tiene que ser así—, se necesiten criterios jurisprudenciales convincentes en aplicación del juicio de ponderación entre la libertad de expresión y el símbolo constitucional (canalizada su protección, en este caso, a través del honor del Rey y el prestigio de la institución monárquica que éste encarna). Al igual que conviene seguir en la búsqueda de penas proporcionadas para estos delitos, que quizá pase por dejar atrás, de una vez por todas, la condena de prisión. Con dichos cambios, creemos que la protección penal coadyuva, quizá hoy más que nunca, a cumplir con el fin integrador propio

de los símbolos patrios, y a tutelar los derechos y libertades de los ciudadanos que en los mismos encuentran reflejo.

BIBLIOGRAFÍA

ALCÁCER GUIRAO, R.: "Víctimas y disidentes. El «discurso de odio» en EE. UU., y Europa", *Revista Española de Derecho Constitucional*, 2015, núm. 103.

ÁLVARO DUEÑAS, M.: "Poder militar y práctica política en el reinado de Alfonso XIII: de la suspensión de garantías constitucionales en Barcelona a la Ley de Jurisdicciones (1905-1906)", *Revista de estudios políticos*, 1989, N.º 68.

ANTÓN ONECA, J.:

- "Historia del Código Penal de 1822", *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, 1965, Tomo 18.

- "El Código penal de 1848 y D. Joaquín Francisco Pacheco", *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, 1965, Tomo 18.

BEATO VÍBORA, M.: "La reforma de los delitos contra el honor: nueva configuración de los delitos de injuria y calumnia", *Anuario de la Facultad de Derecho. Universidad de Extremadura*, 1994-1995, N.º 12-13.

BUENAVENTURA SELVA, N.: *Comentarios al Código Penal reformado y planteado provisionalmente por ley de 3 de junio de 1870*, Madrid, 1870.

CORRAL MARAVER, N.: *Las penas largas de prisión en España. Evolución histórica y político-criminal,* Dykinson, Madrid, 2015.

CUELLO CALÓN, E.: *El nuevo Código Penal Español, Libro Segundo, Parte Primera (artículos 215-544),* Librería Bosch, Barcelona, 1930.

DE LARDIZÁBAL Y URIBE, M.: *Discurso sobre las penas*, Madrid, MDCCLXXXII.

DEL ROSAL, J.: *Principios de Derecho Penal Español,* Tomo I, Valladolid, 1945.

DE PABLO SERRANO, A.: *Honor, injurias y calumnias. Los delitos contra el honor en el derecho histórico y en el derecho vigente español*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018.

FERNÁNDEZ DE CASTRO, I.: *De las Cortes de Cádiz al posfranquismo (1808-1956),* volumen I, Ediciones 2001, S.A., Barcelona, 1981.

FERNÁNDEZ-MIRANDA CAMPOAMOR, C.: "La irresponsabilidad del Rey: evolución histórica y regulación actual", *Revista de Derecho Político*, 1998.

González y Serrano, J.: *Apéndice a los comentarios del Código Penal de Don Joaquín Francisco Pacheco, o sea el Nuevo Código, comentadas las adiciones que contiene*, Madrid, 1870.

Groizard y Gómez De La Serna, A.: *Código Penal de 1870 concordado y comentado*, Tomo III, Esteban-Hermanos, Impresores, Salamanca, 1893.

Jiménez Díaz, M.ª J.: "Ayer y hoy en la tutela del honor de los sujetos públicos: de los delitos de desacato a su actual protección", en AA.VV.: *Estudios jurídico penales y criminológicos. En homenaje al Prof. Dr. Dr. H. C. Mult. Lorenzo Morillas Cueva* (coord., por Suárez López, J. M.ª, Barquín Sanz, J., Benítez Ortúzar, I.F., Jiménez Díaz, M.ª J., y Sainz-cantero Caparrós, J.E.),Volumen II, Dykinson, Madrid, 2018.

Landrove Diaz, G.: "Los delitos contra el Jefe del Estado y la reforma de 1971 del Código penal español", *Temas Penales*, Publicaciones de la Universidad de Santiago de Compostela, 1973.

López Rey y Arrojo, M., y Alvarez-Valdes, F.: *El Nuevo Código Penal, notas, jurisprudencia, tablas, referencias, etc.,* Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1933.

Manjón-Cabeza Olmeda, A.: "Constitución de 1812 y Código Penal de 1822 (algunas reflexiones sobre el tratamiento de la religión y la libertad ideológica y sobre la vigencia del texto penal)", *UNED, Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2013, 3.ª Época, n.º 9.

Márquez Azcarate, J.: *Código Penal, texto revisado de 1963,* Aguilar, 1964.

Martínez Guerra, A.: "Delitos contra la Corona", en AA.VV.: *Tratado de Derecho Penal. Parte Especial. IV. Delitos contra la Constitución. Actualizado por las Leyes Orgánicas 1 y 2/2015* (dirigida por Álvarez García, F.J.; y coordinada por Manjón-Cabeza Olmeda, A., y Ventura Püschel, A.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2016.

Masferrer Domingo, A.: "La pena de infamia en la codificación penal española", *Ius fugit: Revista interdisciplinar de estudios histórico-jurídicos*, 1998, N.º 7.

Mira Benavent, J.: *Los límites penales a la libertad de expresión en los comienzos del régimen constitucional español*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1995.

Moreno Luzón, J.: "«Fernando Siete y Media»: los escándalos de corrupción de Alfonso XIII", *Blog Conversación sobre la Historia*, entrada publicada el 28 de febrero de 2021, disponible en: https://conversacionsobrehistoria.info/2021/02/28/

fernando-siete-y-media-los-escandalos-de-corrupcion-de-alfonso-xiii/#_ftn4 [fecha de consulta: 4 de agosto de 2023].

Morillas Cueva, L.: *Sistema de Derecho Penal (Parte general)*, Primera reimpresión actualizada 2021, Dykinson, S.L., Madrid, 2021.

Pacheco, J.F.: *El Código Penal: concordado y comentado, Libro Segundo,* Tomo II, 4ª Edición (corregida y aumentada), Madrid, 1870.

Pérez Gil, L.V.: "Análisis de los principios constitucionales y las competencias en las relaciones exteriores en la Constitución española de diciembre de 1931", *Revista española de derecho constitucional*, 2001, N.º 63.

Portilla Contreras, G.: *El Derecho Penal bajo la dictadura franquista. Bases ideológicas y protagonistas,* Dykinson, 1ª Edición, Madrid, 2022.

Quintano Ripollés, A.: *Tratado de la Parte Especial del Derecho Penal (tomo II)*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1958.

Rebollo Vargas, R., y Tenorio Tagle, F.: *Derecho Penal, Constitución y Derechos*, 1.ª ed., J.M. Bosh Editor, Barcelona, 2013.

Robles, L.: "Unamuno procesado en Valencia", *Cátedra Miguel de Unamuno. Cuadernos*, 2007, n.º 2, vol. 44.

Rodríguez Devesa, J. M.ª y Gómez Serrano, A.: *Derecho Penal Español. Parte Especial*, 18ª ed. revisada y puesta al día, Dykinson, Madrid, 1995.

Rubio, J.: Traducción al castellano de la obra escrita en italiano *Ciencia de la legislación*, de Filangieri, G., Tomo VII, Imprenta de Núñez, Madrid, 1822.

Sánchez, R.: "Derechos en conflicto. Honor, libertad de expresión y vida cotidiana en la España del siglo XIX", *Historia Constitucional: Revista Electrónica de Historia Constitucional*, 2020, núm. 21.

Varela Suanzes-Carpegna, J.: "La monarquía en las Cortes y en la Constitución de 1869", *Historia Constitucional*, 2006, núm. 7.

Vera Santos, J.M.: *Las Constituciones de España*, Civitas Ediciones, Pamplona, 2008.

Viada y Vilaseca, S.: *Código Penal reformado de 1870 con las variaciones introducidas en el mismo por la Ley de 17 de julio de 1876, concordado y comentado,* Madrid, 1885.

VILA CONDE, F.: «Estudios de contextualización», *Inédito sobre la Constitución de 1978*, de Manuel García Pelayo, Tecnos, Madrid, 2021.

VIZMANOS, T.M.ª y ÁLVAREZ MARTÍNEZ, C.: *Comentarios al Código Penal*, Tomo II, Establecimiento de J. González y A. Vicente, Madrid, 1848.

LA POTESTAD DE JUZGAR EMANA DEL PUEBLO, PERO NO LA EJERCE. ELIMINACIÓN DE LOS JUECES LEGOS EN BOLIVIA*

THE POWER TO JUDGE EMANATES FROM THE PEOPLE, BUT THEY DO NOT EXERCISE IT. ELIMINATION OF LAY JUDGES IN BOLIVIA

Rev. Boliv. de Derecho Nº 37, enero 2024, ISSN: 2070-8157, pp. 388-419

* Artículo basado en la tesis titulada "Inconstitucionalidad de la eliminación de los jueces ciudadanos en los procesos judiciales", presentada por el autor para obtener el grado académico de magister en Derecho Constitucional y Gestión Pública Judicial ante la Universidad Andina Simón Bolívar sede La Paz.

Adolfo
MAGBER
SORIA LUNA

ARTÍCULO RECIBIDO: 29 de septiembre de 2023
ARTÍCULO APROBADO: 4 de diciembre de 2023

RESUMEN: En el presente se analiza la eliminación de jueces legos en Bolivia, dispuesta por Ley Núm. 586 de 2014, en cuanto a su compatibilidad constitucional, concluyendo que es necesaria la restitución de los jueces legos en la conformación de tribunales de sentencia a fin de cumplir el principio constitucional de participación ciudadana en la administración de justicia y democratizar el sistema de justicia penal.

PALABRAS CLAVE: Jueces legos; vivir bien; participación ciudadana.

ABSTRACT: *This article analyzes the elimination of lay judges in Bolivia, ordered by Act No. 586 of 2014, in terms of its constitutional compatibility, concluding that the reinstatement of lay judges in the formation of sentencing courts is necessary in order to comply with the constitutional principle of citizen participation in the administration of justice and democratize the criminal justice system.*

KEY WORDS: *Lay judges; living well; citizen participation.*

SUMARIO.- I. INTRODUCCIÓN.- II. EL EJERCICIO DEL PODER DE JUZGAR POR PARTE DE LA CIUDADANÍA EN EL MARCO DEL VIVIR BIEN.- III. EL PRINCIPIO DE PARTICIPACIÓN CIUDADANA EN LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA Y LOS DERECHOS FUNDAMENTALES VINCULADOS.- 1. Derechos fundamentales vinculados con la participación ciudadana en la administración de justicia.- A) La Garantía del Juez Natural y la Participación ciudadana en la administración de justicia.- B) Participación ciudadana como elemento del debido proceso.- C) La participación ciudadana en la administración de justicia como derecho político.- 2. Vulneración del principio de progresividad en la eliminación de los jueces ciudadanos.- 3. Ponderación de los derechos relacionados a la participación ciudadana en relación al derecho a una justicia sin dilaciones.- A) Necesidad: carácter sesgado de datos estadísticos en los que se basó la decisión de eliminar los jueces ciudadanos.- B) Adecuación: la medida de eliminación de jueces legos no era la idónea para dar celeridad a los juicios orales.- C) Proporcionalidad propiamente dicha: no se mejoró la celeridad de los procesos judiciales.- IV. EL "SESGO JUDICIAL" DE LOS JUECES TÉCNICOS.- V. CONFORMACIÓN DE TRIBUNALES CON JUECES LEGOS Y MODELO DE ORGANIZACIÓN JUDICIAL.- VI. CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN.

Como dice Carrara, es de suponer que en cuanto a la decisión sobre, si quien debe juzgar debe ser alguien perteneciente al pueblo o debe ser un juez profesional, lo primero en surgir en la historia fue el juzgamiento por parte de personas pertenecientes al pueblo[1]. Así hasta la actualidad el sistema de justicia indígena, reconocido en la Constitución Política del Estado de Bolivia (en adelante CPE), se basa en ese principio de juzgamiento por los pares al no existir el cargo de juez profesional, sino cargos rotativos de "tata justicia" o "secretario de justicia", siendo los casos de mayor relevancia resueltos en asambleas de la comunidad.

En el sistema de justicia occidental, el ideal de juzgamiento por los pares fue recuperado durante el desarrollo de la ilustración, que marcó el modelo penal garantista que rige hasta la actualidad, desarrollándose dos formas, el de jurados que solo juzgan la conducta, pero no determinan la consecuencia jurídica, y el de escabinos que juzgan la conducta y determinan la consecuencia jurídica. El segundo sistema, de origen germánico, fue recogido en la Ley Núm. 1970 del Código de Procedimiento Penal Boliviano de 1999 y la CPE de 2009 consagró el principio de participación ciudadana en la administración de justicia en su Artículo 178, ello en concordancia con el modelo de Estado Plurinacional Comunitario basado en el principio ético moral del Vivir Bien.

1 Carrara, F.: *Programa del Curso de Derecho Criminal*, Depalma, Buenos Aires, 2004, p. 229.

• Adolfo Magber Soria Luna
Abogado titulado de la Universidad Mayor de San Andrés, Magister en Derecho Constitucional y Gestión Pública Judicial por la Universidad Andina Simón Bolívar. Correo: magbersoria@gmail.com

La Ley Núm. 586 de 30 de octubre de 2014, denominada "Ley de Descongestionamiento y Efectivización del Sistema Procesal Penal", eliminó la conformación de tribunales de sentencia con jueces legos considerándolos un perjuicio al desarrollo pronto y rápido del proceso penal, tal decisión eliminó un espacio en el cual la ciudadanía participaba directamente en el ejercicio del poder estatal del cual es titular.

La presente investigación está dirigida a establecer los fundamentos constitucionales de la existencia de la participación ciudadana en la administración de justicia y el alcance la misma, además de analizar la compatibilidad constitucional de la eliminación de los jueces legos en procesos penales y finalmente revisar si es que la eliminación de los jueces legos en Bolivia permitió la celeridad en los juicios orales.

II. EL EJERCICIO DEL PODER DE JUZGAR POR PARTE DE LA CIUDADANÍA EN EL MARCO DEL VIVIR BIEN.

El nuevo constitucionalismo latinoamericano, en el que se enmarca el modelo de Estado Plurinacional de Bolivia, tiene dos elementos orientadores: 1) El carácter popular de las constituciones y; 2) La centralidad de los pueblos indígenas y valores ideológicos de los mismos, como pautas de orientación del Estado. En tal sentido, en Bolivia, es posible evidenciar que el modelo de Estado Plurinacional Comunitario fue impulsado desde la colectividad, principalmente desde las organizaciones sociales que componían el "Pacto de Unidad", y que resulta de la reacción popular ante los reajustes estructurales del neoliberalismo, es este origen popular el que ha llevado a señalar que esta tendencia es un "constitucionalismo sin padres"[2]. La centralidad de los valores ideológicos de los pueblos indígenas profundiza la esencia principialista de la CPE, y da centralidad al principio ético moral del vivir bien.

Por otro lado, el carácter popular de la CPE, da lugar a una construcción colectiva del Estado, implicando una nueva institucionalidad estatal, si bien existe una continuidad con las estructuras liberales[3], no puede negarse las semillas de una institucionalidad más participativa, y que en el proyecto constituyente alcanza dos dimensiones: a) De forma inmediata, la profundización de la participación popular en las instituciones estatales, que implica el establecimiento de "…mecanismos de legitimidad y control sobre el poder constituido a través…de nuevas formas

2 Viciano, R. y Martínez, R.: *¿Se puede hablar de un nuevo Constitucionalismo Latinoamericano como corriente doctrinal sistematizada?*, ponencia presentada en el VIII Congreso Internacional de Derecho Constitucional, México, 2010, p. 8, rescatado en 2023 de http://latinoamerica.sociales.uba.ar/wp-content/uploads/sites/134/2015/01/Viciano-Pastor-Articulo.pdf.

3 Gargarella, R.: *La Sala de máquinas de la Constitución, dos siglos de constitucionalismo en América Latina,* Kats, Buenos Aires, 2014, p. 332.

de participación vinculante"[4], y; b). De forma mediata, una absorción de lo estatal por parte de lo colectivo, basada en una descentralización radical de las funciones estatales a fin de que el poder sea ejercido de forma directa por la ciudadanía, por lo que implica una de-construcción de lo estatal, de tal manera que "…el ámbito de funciones que corresponden al campo estatal es absorbida por las prácticas y formas de organización sociales"[5]. En el modelo boliviano, el núcleo de esta nueva institucionalidad viene dado por las autonomías indígenas como espacio de reconstitución de la institucionalidad previa a la colonización.

Por ello, Prada[6] destaca que la Constitución boliviana marca un modelo de transición. Sin embargo, es evidente la crítica de Gargarella[7] en lo referente a que en el nuevo constitucionalismo no se ha tocado la "sala de máquinas de la constitución" y se centraliza el poder en el ejecutivo generando un híper-presidencialismo.

En cuanto a la esencia principialista, el Art. 8.I de la CPE rescata los valores ancestrales de los puebles indígenas, introduciendo lo ético y moral en lo jurídico lo que definitivamente acaba con la separación entre Derecho y moral que había proclamado el positivismo jurídico. El referido Art. 8 claramente está marcando la orientación axiológica del modelo de Estado Plurinacional, que viene a ser el vivir bien. Si bien el parágrafo I del este Art. 8 contiene diferentes expresiones idiomáticas, todas tienen un solo sentido, el ama suwa, ama llulla y ama quella de origen quechua corresponden a un trilogía unitaria, en el desarrollo jurisprudencial del Tribunal Constitucional Plurinacional, la SCP 0785/2014 de 21 de abril diferencia esta trilogía en tanto principio y en tanto norma: a) en tanto principio constituye una triada unitaria inseparable que conlleva a la forma de vida que se debe llevar, es decir vivir bien o suma kamaña; b) en tanto norma, los enunciados son separables y vendrían a ser aplicables según la conducta que regulan (no robar, no mentir, no ser flojo), esta última forma se occidentaliza. Esta aplicación separada del principio, según Vargas, obedece a una técnica jurídica individualizada "Chu´lla"[8], no obstante contrario a estos pronunciamientos del TCP y a la justificación de Vargas, considero que de forma separada estos mandatos no tienen relevancia constitucional, porque el Art. 8 de la CPE los está consagrando como principios ético morales, por lo que, a efectos constitucionales, no podría interpretarse de forma separada estos principios para ningún caso, debiendo

4 Viciano, R. y Martínez, R.: *¿Se puede…?*, cit. 2013, p. 20.

5 Prada, R.: "Horizontes del Estado Plurinacional", en AA.VV.: *Miradas nuevo texto constitucional*, UMSA-IDEA, 2010, p. 90.

6 Prada, R.: "Una Constitución de Transición", *Archipiélago, Núm. 3, Abril/Mayo,* 2008, pp. 16-27.

7 Gargarella, R.: *La sala*, cit. p. 310.

8 Vargas Lima, A.: "Los principios ético-morales de la sociedad plural y el Bloque de Constitucionalidad. Configuración y desarrollo en la Jurisprudencia Constitucional boliviana", *Estudios Constitucionales*, Año 14, Núm. 2, Santiago, 2016, p. 26.

interpretarse y aplicarse en tanto principio unitario. Lo mismo se puede decir de todas las expresiones idiomáticas del parágrafo primero del Art. 8 de la CPE, que son expresiones de un solo valor que es el vivir bien: ñandereko palabra guaraní para referirse a la vida armoniosa o también traducido como "nuestra manera de ser" que encierra las virtudes de la manera de ser guaraní; teko kavi igualmente guaraní que expresa la vida buena y que también se entiende como modo de vivir el ñandereko; el ivi marei la tierra libre de mal que es el tiempo y espacio en el que cada uno vive bien según su propia cultura y; el quapaj ñan camino o vida noble que no es más que la forma de conducirse en la vida con base al vivir bien, todas estas expresiones idiomáticas no son principios diferentes sino que son traducciones para un mismo concepto que está mostrando un valor unitario.

De acuerdo al Plan de Desarrollo Económico y Social 2021-2025 "El Vivir Bien es un proyecto político que reivindica la cultura de la vida comunitaria en plenitud, en contraposición a la civilización del individualismo, del mercantilismo, y de la modernidad que se basa en la explotación irracional de la humanidad y de la naturaleza, recuperando las raíces más profundas de nuestra historia y de la identidad de nuestros pueblos."[9]. En el mismo sentido el TCP, en la SCP 2056/2012, resalta que el vivir bien trata de una forma de vida natural, basada en la convivencialidad, complementariedad y relacionalidad, entre el ser humano, la naturaleza y el cosmos, y en la SCP 1023/2013 establece que es el fundamento del ordenamiento jurídico y orienta la conducta humana a la coexistencia pacífica en armonía con los ciclos de la madre tierra. Podríamos sintetizar esto señalando que lo importante no son los fines sino los medios, es el valor de ejecución *y no el valor de realización* lo que define la compatibilidad con el principio ético moral de vivir bien.

En el vivir bien y la construcción colectiva del Estado, se enmarca también la democracia participativa que está plasmada en el Art. 11 de la CPE, El modelo de democracia directa y participativa, tiene también su relación con el derecho al ejercicio del poder que se encuentra plasmado en el Articulo 26. I de la CPE, tal derecho implica que toda boliviana o boliviano puede ejercer de forma directa e individual el poder Estatal, el cual no hace alusión únicamente al clásico derecho a ser elegido, sino a una verdadera forma de ejercicio descentralizado del poder, puesto que la democracia en el Estado Plurinacional Comunitario no es más que una radical descentralización del poder, ahora bien, este poder Estatal implica a todos los órganos por los cuales es ejercido y en ese sentido se extiende al Órgano judicial como uno de los cuatro órganos mediante los cuales se ejerce el poder público conforme lo dispone el Artículo 12 de la CPE.

9 Estado Plurinacional de Bolivia.: *Plan de Desarrollo Económico y Social 2021-2025, reconstruyendo la económica para vivir bien hacia la industrialización con sustitución de importaciones,* aprobado por Ley Núm. 1407, Gaceta Oficial de Bolivia, La Paz, 2021, p. 72.

III. EL PRINCIPIO DE PARTICIPACIÓN CIUDADANA EN LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA Y LOS DERECHOS FUNDAMENTALES VINCULADOS.

Dentro del modelo de Estado Plurinacional Comunitario, se constituye como elemento central la construcción colectiva del Estado y la democracia participativa, y por tanto una participación activa de la ciudadanía en el ejercicio del poder público dentro del cual está el poder jurisdiccional, de esta forma la CPE expresa de forma clara en su Artículo 178. parágrafo I que la potestad de impartir justica emana del pueblo boliviano y se sustenta en diversos principios entre ellos el de participación ciudadana.

Este principio puede entenderse desde tres dimensiones diferentes:

a) La primera, como un componente que obliga a la construcción de la política pública en materia de justicia de forma participativa con diversos factores vinculados a las decisiones estructurales y de control, así como: dar mandatos en la transformación de la justicia y participar en la definición de acciones, programas y proyectos que constituyen la política pública en materia de justicia, participar en el control y fiscalización del uso de los recursos financieros y de los resultados de la gestión del Órgano Judicial. Estos elementos se plasman en diversas formas de participación, tal como la Cumbre Nacional de Justicia Plural realizada el 10 y 11 de junio de 2016, además de la participación en la construcción del plan sectorial de justicia plural conforme lo dispuesto en la Ley N° 777 del Sistema de Planificación Integral del Estado, la participación en las rendiciones de cuentas de los Tribunales Departamentales de Justicia, del Tribunal Supremo de Justicia y Consejo de la Magistratura conforme a lo determinado en la Ley N° 341 de Participación y Control Social, sin embargo esta participación es completamente externa al ejercicio mismo del poder jurisdiccional, pues se constituye en una participación destinada a dar legitimidad a las transformaciones políticas en el ámbito de la justicia. En estos ámbitos la participación se limita únicamente a la adopción de decisiones de conducción de la justicia en cuanto Órgano del Estado. También se señala que la elección de las máximas autoridades del Órgano judicial y del Tribunal Constitucional Plurinacional, que se realiza por sufragio universal, es la forma en que se manifiesta este principio de participación ciudadana, sin embargo, la elección se limita únicamente a emitir el voto correspondiente para determinar quiénes ocuparán estos cargos, pero no implica participación en la potestad misma de juzgar, por lo que se limita a democracia representativa y no participativa.

b) La segunda dimensión, define la participación en el marco de la fiscalización de las audiencias del proceso oral, es decir orientada a la publicidad del proceso, donde toda persona puede presenciar los actos que se desarrollan dentro de una audiencia o del juicio oral, no obstante, la publicidad únicamente garantiza que

las actuaciones del proceso no serán secretas, ello para contraponer el sistema acusatorio al sistema inquisitivo donde el juez actuaba a puertas cerradas. Pero esta publicidad no asegura de ninguna forma la participación activa de la ciudadanía sino solo una fiscalización de las actuaciones realizadas en las audiencias públicas, lo cual es además puramente potestativo, dado que si bien las audiencias son públicas no necesariamente implican presencia obligatoria de la ciudadana, sino que esta puede acudir o puede no hacerlo. Más aún cuando existen supuestos procedimentales en los que las actuaciones pueden ser secretas con fines de evitar re victimización, o cuestiones de seguridad, etc.

c) En tercer lugar, el principio de participación ciudadana implica una dimensión eminentemente política vinculada de forma directa al sentido democrático del principio, es decir, como una apropiación del poder de juzgar por parte de la ciudadanía. Nótese que el principio constitucional, plasmado en el Artículo 178 de la CPE, claramente expresa que: "la potestad de impartir justicia emana del pueblo boliviano y se sustenta en los principios de…participación ciudadana", la potestad de impartir justicia no se limita al control externo de la actividad presupuestaria, la elección de magistrados, la política pública del sector justicia o de las actuaciones procesales, la potestad de impartir justicia es el ejercicio del poder jurisdiccional, es decir la facultad de dirimir conflictos entre particulares y entre estos y el Estado, por lo tanto, el mandato constitucional implica que en el ejercicio mismo de la potestad jurisdiccional del Estado debe participar de forma activa la ciudadanía o sea en el conocimiento y decisión de las causas que son sometidas a dicha potestad. En este análisis, cabe resaltar que nuestra Constitución plasma el principio como general de la potestad de impartir justicia, independientemente de la jurisdicción, puesto que el Artículo 178 establece los principios aplicables tanto al Órgano Judicial y al Tribunal Constitucional Plurinacional, por ello la participación ciudadana rige, dentro del Órgano Judicial, tanto a la jurisdicción ordinaria como para la jurisdicción indígena originaria campesina donde el principio es plenamente realizado puesto que en la jurisdicción indígena el concepto de "juez profesional" no existe como tal y los conflictos son dirimidos conforme a sus propias normas y procedimiento. Este principio en su configuración constitucional no se limita al proceso penal, sino que se extiende a todas las materias de la jurisdicción ordinaria, así como a las jurisdicciones especiales y a la justicia constitucional.

Entonces, comprender la participación ciudadana como ejercicio directo de la facultad jurisdiccional es entender el ejercicio democrático del poder por parte de la ciudadanía. Como decía Tocqueville las leyes políticas se plasman en las leyes penales y el que juzgue al criminal es el dueño de la sociedad, el jurado permite que sea el pueblo quien se apodere de ello[10]. Estos clásicos criterios deben considerarse en su contexto histórico, sin embargo, no dejan de tener plena vigencia en cuanto

10 Tocqueville, A.: *La democracia en América*, Alianza, Madrid, 1989, p. 256.

al empoderamiento ciudadano que representa el ejercicio del poder de juzgar por parte de la ciudadanía, por ello cabe resaltar el sentido eminentemente político de este principio clásico de participación ciudadana.

Los fundamentos técnicos de la existencia de jueces legos vienen dados esencialmente por su carácter democrático, pues no es que las decisiones con tribunales conformados por legos sean más o menos justas, sino que, como dice Nino, resulta una expresión de la participación directa de la población en un acto de gobierno fundamental cual es la disposición de la coacción estatal, disminuyendo la percepción por parte de la población de que el poder es algo ajeno, impidiendo que el Derecho se convierta en algo esotérico que solo puede ser interpretado por una especie de casta sacerdotal[11].

Asimismo, acudiendo a la voluntad del Constituyente Boliviano, se evidencia que se llegó a plasmar la necesidad de establecer principios generales de la justicia, diferenciados de los principios procesales que se establecen en el artículo 179 de la CPE, y, entre los principios generales, uno de los puntos de debate en la comisión judicial de la Asamblea Constituyente, fue la plena claridad en la titularidad de la potestad de impartir justicia, pues los constituyente, recogiendo el mandato del pueblo, buscaron expresar nítidamente que solo el pueblo es el titular de la justicia[12].

En coherencia con ello, la discusión en la comisión judicial de la asamblea constituyente también planteó la incorporación plena de tribunales mixtos con participación de jueces legos y profesionales, en todas las materias[13].

Ello denota que el constituyente no ha querido dejar la potestad de juzgar únicamente en manos de los órganos delegados, sino que ha dispuesto que estos órganos delegados deben funcionar con la participación misma del titular de la potestad de juzgar, es decir el pueblo.

El diseño legal de los procesos judiciales actuales incumple con el mandato constitucional, en tanto no se incluye en la toma de decisiones a la ciudadanía en general, pero particularmente la Ley Núm. 586 al derogar el régimen vigente de composición mixta de los tribunales de sentencia en materia penal vulnera de forma flagrante el principio constitucional de participación ciudadana en la administración de justicia dejándolo sin contenido.

11 Nino, S.: *Fundamentos de Derecho Constitucional*, Astrea, Buenos Aires, 2017, p. 451.

12 Vicepresidencia del Estado Plurinacional.: *Enciclopedia histórica documental del Proceso Constituyente Boliviano*, Vicepresidencia del Estado, La Paz, T. III, Vol. 1, 2011, p 780.

13 Vicepresidencia del Estado Plurinacional.: *Enciclopedia histórica*, cit., p. 734.

1. Derechos fundamentales vinculados con la participación ciudadana en la administración de justicia.

El principio de participación ciudadana, tal como lo hemos descrito, tiene dos funciones principales:

1. "Constituye una garantía frente al sistema profesionalizado de administración de justicia"[14], ello en primer lugar respecto de la acusación ejercida por el Ministerio Público que constitucionalmente tiene el monopolio de la acción penal pública (CPE, Art. 225. I), y que cuenta para la persecución penal con la Policía Boliviana y el Instituto de Investigaciones Forenses (IDIF); y por otro lado del juez o tribunal profesionalizado que llega a enfocarse hacia la causa de forma eminentemente procesal;

2. La segunda función principal, es la de interponer interlocutores válidos entre la acusación y el acusado, se incorpora sentido común al desarrollo del proceso de tal manera que la decisión no pasa simplemente por la lógica jurídica, sino por el sentido de responsabilidad que existe en la comunidad.

De estas funciones podemos desprender la vinculación del principio con los derechos fundamentales al juez natural y al debido proceso, y desde una dimensión política al derecho de ejercicio del poder.

A) La Garantía del Juez Natural y la Participación ciudadana en la administración de justicia.

Este derecho fundamental se encuentra consagrado en el Artículo 120 de la CPE, según el cual, toda persona puede ser juzgada únicamente por una autoridad jurisdiccional competente, independiente e imparcial, quedando prohibida la posibilidad de juzgamiento por comisiones especiales, esta garantía asegura que la autoridad jurisdiccional no obedecerá a los intereses del momento, por ello se exige que se encuentre previamente establecida. Sin embargo, este previo establecimiento debe entenderse como el establecimiento en la ley de un órgano encargado de la realización del juzgamiento y no referido a la persona como tal, por lo cual constituye una verdadera garantía del debido proceso, ya que sin un juez con estas características no existe un verdadero proceso sino solo una apariencia de proceso.

Los tres elementos que componen esta garantía (competencia, independencia, imparcialidad), brindan una comprensión formal sobre la pregunta: ¿Quién debe juzgar?, sin embargo la concepción original de esta garantía no se encontraba limitada

14 Goite, M.: "La participación ciudadana en el proceso penal", en AA. VV.: *El sistema oral acusatorio en el siglo XXI*, Instituto de la Judicatura, Sucre, 2004, p. 121.

únicamente a precautelar la imparcialidad, la independencia y la competencia de la autoridad jurisdiccional sino que hacía referencia esencial del conocimiento de la vida local, las características y las costumbres del lugar donde se ejercería la función jurisdiccional y de las personas juzgadas, si bien esto podría parecer propio de sociedades que tienen la costumbre como principal fuente del derecho, debe rescatarse esta concepción material del juez natural "…para cuestionar la capacidad de todo juez- en particular de los jueces profesionales- para comprender los criterios y los valores de las personas que son juzgadas"[15]. En verdad, si los jueces profesionales, por lo general corresponden a ciertas clases o estamentos de la sociedad y encaran el proceso desde su punto de vista especializado, se alejan más del conflicto material y de las necesidades y compresiones de los propios justiciables.

También, este entendimiento de juez natural esta intrínsecamente conectado con el reproche moral que implica una sanción, pues solo alguien que comparta los mismos valores y principios de quien está siendo juzgado podría tener autoridad para reprochar la conducta. E incluso en el sentido de la imposición de la pena, desde la percepción del condenado es diferente que esta condena la imponga un igual que es tomado en el sentido de reproche, que alguien desconocido y profesional donde el sentido de reproche se distorsiona, pues un juicio con participación ciudadana resguarda la homogeneidad cultural de quienes imponen el castigo y de quienes son castigados.

B) Participación ciudadana como elemento del debido proceso.

La participación ciudadana constituye un elemento del debido proceso, el cual, entendido en su cabalidad constituye un conjunto de reglas bajo las cuales una persona debe ser juzgada y que permitan condiciones similares de juzgamiento para todos los que se encuentren en una situación similar, en este sentido la participación ciudadana es uno de los elementos del debido proceso puesto que es condición mínima de realización de un juicio.

En sus origines ingleses el juicio por jurado se constituyó como una garantía contra la arbitrariedad de las sentencias dictadas por el rey, por tanto, es uno de los primeros elementos de la concepción moderna de debido proceso, solo puede existir debido proceso si existen reglas comunes aplicables a todos los procesos de naturaleza similar y que constituyen una garantía frente a la arbitrariedad. Al respecto, debemos entender que el debido proceso, querido por el constituyente boliviano necesariamente implica la participación ciudadana, lo cual se desprende de la compresión de las actas constituyentes, citadas anteriormente, pues un Estado Plurinacional Comunitario se caracteriza por la horizontalidad que rige

15 Binder, A.: *Introducción al Derecho Procesal Penal,* Ad-Hoc, Buenos Aires, 2004, p. 142.

a sus relaciones, la administración de justicia, al ejercer el poder jurisdiccional, debe encontrarse regida también por esta horizontalidad, lo cual implica una participación abierta de las bolivianas y bolivianos en la misma.

La necesaria conformación de tribunales populares como un elemento esencial del proceso ya fue fundamentada y teorizada por los clásicos ilustrados, así Beccaria entendía que en un proceso acusatorio las pruebas se rigen por una certeza moral que va más allá de la duda razonable, pero esta puede ser más sentida que definida, por ello enfatiza que es preferible tener un cuerpo de personas legas para la decisión porque es más segura la ignorancia que juzga por sentimiento que la ciencia que juzga por opinión, ello con vinculación al principio de legalidad, puesto que si la ley es clara no se requiere mucha ciencia para su conocimiento, haciendo una distinción entre la tecnicidad de la investigación y la sencillez del juzgamiento[16], sus argumentos siguen siendo fundamento sólido de la existencia de tribunales populares.

Otro de los clásicos, que entiende el juzgamiento popular como un elemento central del proceso es Montesquieu, para quien aquel que ejerce el poder de juzgar debe ser casi invisible de tal manera que se tema a la magistratura, pero no al magistrado, así señala en su clásica obra "Del espíritu de las leyes", que el poder de juzgar no debe otorgarse a un senado permanente sino ser ejercido por personas de la masa popular, periódica y alternativamente designadas según la ley, las cuales conformen tribunales temporales, de modo que la función de juzgar no sea de una clase o profesión, sino del pueblo en general[17].

La escuela clásica entendió que el ser juzgado por los pares era un derecho y un componente esencial de un proceso justo, debido ello a la comprensión de los jueces como elementos supervivientes del antiguo régimen, representantes, como lo eran en el feudalismo, del rey y de sus intereses, y que veían a los súbditos como inferiores, pues los jueces pertenecían a la nobleza. Por ello, se argumenta que estos fundamentos ya no tendrían validez hoy en día donde no existe aquella situación, no obstante, el ser juzgado por los iguales no debe reducirse a la compresión que estos autores le dieron en el sentido ilustrado de igualdad, como una simple igualdad ante la ley, sino como una igualdad en sentido material de gente que conoce los valores y costumbres que tienen las personas juzgadas y que por tanto podrán comprender y juzgar las conductas con ese entendimiento.

Entonces, el ser juzgado por los iguales, es un elemento que hace al debido proceso, puesto que es una condición que asegura que la decisión de la causa no

16 Beccaria, C.: *De los delitos y de las penas,* Temis, Bogotá, 2005, p. 83.

17 Montesquieu, C.: *Del espíritu de las leyes*, Porrúa, México, 2003, p. 147.

sea sesgada por la visión de un solo cuerpo o grupo de personas, sino que permite una participación amplia.

Esta garantía no tiene como única finalidad asegurar que el tribunal sea igual al imputado, sino también a la víctima, que también es un ciudadano de la comunidad, pues como señalaba Beccaria, los jueces deben ser mitad iguales al imputado y mitad iguales a la víctima, es por ello que en los sistemas por jurados se permite la exclusión sin fundamento por ambas partes, y en nuestro sistema, el Articulo 62 numeral 4 del Código de Procedimiento Penal permitía la recusación sin fundamento de un ciudadano convocado para conformar el tribunal de sentencia por cada una de las partes a fin de asegurar que se excluya a aquellos que se podían considerar no idóneos para el juzgamiento por una percepción personal.

C) La participación ciudadana en la administración de justicia como derecho político.

Finalmente, la participación en la administración de justicia, debe comprenderse, en el marco del derecho de participación ciudadana en el ejercicio del poder, es decir como un derecho político que se encuentra consagrado en el Artículo 26. I de la CPE, y que comprende una faceta activa de los derechos políticos, en el marco de la democracia participativa que ha adoptado nuestra CPE, en tal sentido señala Gimeno Sendra: "Dentro de los derechos de participación política, el derecho de acceso al jurado es mucho más perfecto que su antecedente, el derecho al sufragio…Y ello, porque el derecho al sufragio activo pertenece a lo que Jellinek denominó el status pasivo (pues el ciudadano se limita a emitir un voto a un representante que ejercitará la potestad legislativa), en tanto que el derecho de acceso a esa institución de cierre de la democracia que es el jurado (encargado de aplicar las leyes promulgadas por aquellos representantes) merece ser enmarcado en el "*status actiave civitatis*" los ciudadanos, ellos mismos y sin acudir al instituto de la representación, pasan a desempeñar una de las potestades del Estado, cual es la jurisdiccional."[18].

El jurado es considerado un derecho político de participación[19] el cual se enmarca dentro del modelo de democracia participativa, donde el ciudadano cobra la centralidad en la toma de las decisiones estatales, lo mismo sucede con los legos que conforman tribunales escabinados. El Órgano Judicial tiene una doble forma de participación ciudadana, por un lado, el voto popular para elegir a magistrados de tribunales de cierre y a los consejeros del Consejo de la Magistratura, y la participación en el ejercicio mismo del poder jurisdiccional, ello marca el ideal de que el pueblo conozca y sea dueño verdadero de las leyes que

18 Gimeno Sendra, V.: *Derecho Procesal Penal*, Civitas, Pamplona, 2012, p. 79.

19 Lahav, A.: "The jury and paticipatory democracy", *William & Mary Law Review*, *Volume 55*, 2014, p. 1030-1059, recuperado en 2023 de: https://scholarship.law.wm.edu/cgi/viewcontent.cgi?referer=&httpsredir=1&article=3516&context=wmlr.

rigen su vida[20]. La razón principal de la necesidad de conformación de tribunales populares es que es el pueblo el que está decidiendo la causa, y por tanto se convierte en un mecanismo de ejercicio directo de poder consagrando de esta manera la democracia.

2. Vulneración del principio de progresividad en la eliminación de los jueces ciudadanos.

El entendimiento de la progresividad de los derechos se desarrolló en el plano de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, plasmándose en el Artículo 2.1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales y en el Artículo 26 de la Convención Interamericana de derechos Humanos, este principio, tiene dos elementos: por un lado, la gradualidad y por otro el progreso[21]:

a) La gradualidad, implica un reconocimiento de que la consagración de los derechos debe realizarse de forma paulatina conforme a las condiciones materiales y jurídicas de cada uno de los Estados. En tal sentido la Observación General N° 3 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales señala que, el concepto de "progresiva efectividad" constituye un reconocimiento del hecho de que la plena efectividad de todos los derechos económicos, sociales y culturales en general no podrá lograrse en un breve período de tiempo, pero no exime de su cumplimiento sino más bien implica que los Estados deben realizar las acciones conducentes al logro de los objetivos del Pacto.

b) El segundo elemento, complementario a la gradualidad, es el progreso, por el cual se entiende que el Estado tiene la obligación de mejorar las condiciones de goce y ejercicio de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, lo cual conlleva una ampliación de la cobertura de los derechos a fin de la mejora de la existencia de las condiciones de vida de sus titulares.

Ahora bien, estos elementos y principalmente la obligación de progreso, implican necesariamente obligaciones concretas entre las cuales se manifiesta la "prohibición de regresión", que se constituye en una obligación mínima del Estado respecto de la progresividad de los derechos, esta obligación se concreta en lo siguiente: "…la prohibición de adoptar políticas y medidas, y por ende, de sancionar normas jurídicas, que empeoren la situación de los derechos económicos, sociales y culturales de los que la población gozaba al momento de adoptado el tratado internacional respectivo, o bien en cada mejora "progresiva". Dado que el Estado se obliga a mejorar la situación de estos derechos, simultáneamente asume la

20 Lahav, A.: "The jury", cit., p. 1030.

21 Courtis, C.: "La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales: apuntes introductorios", en AA. VV.: *Ni un paso atrás. La prohibición de regresividad en derechos sociales* (compilador C. Courtis), Editores del Puerto, Buenos Aires, 2006, p. 8.

prohibición de reducir los niveles de protección de los derechos vigentes, o, en su caso, de derogar los derechos ya existentes."[22].

Existen dos formas de regresividad en los derechos que están prohibidas a los Estados:

1) La regresividad en cuanto políticas públicas, donde a través de indicadores concretos se debe verificar si la situación de un derecho empeoró por la implementación de una política pública determinada, ej. mortalidad infantil, deserción escolar, etc.,

2) Por el otro lado, existe una prohibición de regresión normativa, bajo la cual deberá comparase la nueva norma con la norma que esta deroga o abrogada para establecer si es que se han restringido, suprimido o limitado derechos anteriormente protegidos.

Ahora bien, en el contexto interamericano, la obligación de progresividad se encuentra plasmada en el Artículo 26 de la Convención Interamericana, tal disposición en relación con Artículo 2 de la propia Convención sobre la obligación de los Estados de adoptar medidas de derecho interno y el Articulo 29 en cuanto a las reglas de interpretación de la convención, permiten entender que la progresividad no es un principio aplicable únicamente a los DESC sino que constituye un principio de los derechos consagrados en la convención en general.

En nuestro contexto constitucional, el principio de progresividad y por ende la obligación de no regresión, se encuentra contenida en el Articulo 13. I de la CPE, y es aplicable a todos los derechos establecidos en la CPE, zanjando el debate teórico, respecto a si este principio se constituía en una obligación únicamente de los derechos programáticos o derechos positivos, como tradicionalmente se denomina a los D.E.S.C., por el contrario nuestro régimen constitucional entiende a todos los derechos en la misma situación de exigibilidad y justiciabilidad, rompiendo la diferenciación entre derechos positivos y negativos, lo cual constituye una consagración constitucional de avanzada, puesto que, como señalan Holmes y Sunstein todos los derechos son bienes públicos dirigidos a mejorar el bienestar individual y colectivo e implican necesariamente, en todos los casos una intervención estatal para su realización y efectivización, por lo que todos los derechos son positivos[23].

En tal sentido, el principio de progresividad y la prohibición de regresión que este implica como obligación, alcanzan plenamente a los derechos tanto del

22 Courtis, C.: "La prohibición", cit., p. 9.

23 Holmes, S. y Sunstein, C.: *El costo de los derechos. ¿Por qué la libertad depende de los impuestos?*, Siglo XXI, Buenos Aires, 2011, p. 55.

imputado y de la víctima a ser juzgados por sus iguales como al derecho político de participar en la administración de justicia de la ciudanía en general, los cuales fueron eliminados sin la menor consideración en la promulgación de la Ley Núm. 586 por parte del Estado Boliviano. En este aspecto y a fines de demostrar la plena vulneración de la progresividad, nos corresponde analizar ambos aspectos sobre la base de los justificativos que impulsaron la aprobación de la Ley Núm. 586 por parte del Estado Boliviano, previamente realizando una comparación entre esta y la Ley Núm. 1970, para determinar la existencia de restricción o supresión de los derechos fundamentales analizados hasta aquí:

1. En cuanto al mandato de integración de tribunales con jueces legos, el Artículo 52 en relación al Art. 53. 2 de la Ley Núm.1970, establecían la conformación de tribunales escabinados con 2 jueces técnicos y 3 jueces ciudadanos. En comparación la modificación efectivizada por la Ley Núm. 586 establece que los tribunales de sentencia se integrarán de 2 jueces técnicos.

2. Sobre el procedimiento de designación de jueces ciudadanos el capítulo 2 del Título I del Libro 2 de la Ley Núm. 1970 regulaba todos los aspectos sobre sorteo, notificación, audiencia de constitución y otros. La Ley Núm. 586 mediante su Disposición Derogatoria Única, deroga todo el capítulo referido.

3. Los derechos de los jueces ciudadanos y sanciones correspondientes se encontraban regulados en el Art. 64 de la Ley Núm. 1970 y las sanciones que le correspondían se tipificaban en el Art. 65. Estas disposiciones fueron igualmente derogadas por la Ley Núm. 586.

4. Remuneración de los jueces ciudadanos, el Art. 66 de la Ley Núm. 1970 establecía la forma de remuneración a los jueces ciudadanos y las consideraba dentro de las costas del proceso en el Art. 264. Esta disposición fue abrogada por la Ley Núm. 586.

5. Regulación sobre participación en el juicio oral de los jueces ciudadanos, el Art. 64 de la Ley Núm. 1970 determinaba los mismos derechos para jueces legos que para jueces técnicos, participado tanto en la revisión de las decisiones del presidente del tribunal, como en interrogatorios, deliberaciones, determinación de la responsabilidad, la calificación jurídica de la conducta y la consecuencia jurídica aplicable. La Ley Núm. 586 deroga todo este régimen.

De esto se colige que existe una norma regresiva como es la Ley Núm. 586 que suprime derechos fundamentales. Ahora corresponde analizar si dicha supresión tiene sustento.

3. Ponderación de los derechos a la participación ciudadana en la facultad de juzgar en relación al derecho a una justicia sin dilaciones.

La Ley Núm. 586 de "Descongestionamiento y Efectivización del Sistema Procesal Penal", en su Artículo 1, establece que tiene como objeto: "… implementar procedimientos para agilizar la tramitación de causas penales, a efecto de descongestionar el sistema penal y reducir la retardación de justicia para garantizar una justicia pronta, oportuna y eficaz en el marco de la Constitución Política del Estado.".

Del objeto de la norma, se desprende claramente que el derecho que pretende tutelar la Ley es la justicia pronta, oportuna y sin dilaciones indebidas, que consagra nuestra CPE en su Artículo 115. II, el cual se entendió que era vulnerado por la existencia del derecho a la participación ciudadana en la administración de justicia y de ser juzgado por los iguales. La decisión de la eliminación de los tribunales conformados por jueces ciudadanos fue adoptada políticamente el año 2013 en el Anteproyecto de Código de Procedimiento Penal desarrollado por el Ministerio de Justicia[24], sin embargo por las dificultades del desarrollo del Nuevo Código se decidió adoptar esta medida mediante una ley especial, las razones esenciales de la eliminación de los jueces ciudadanos sostenidas por el Estado, se plasman en la exposición de motivos del anteproyecto del Procedimiento Penal de 2013[25], y son las siguientes:

El procedimiento de constitución de tribunal, establecido en los derogados Artículos 57 al 66 de la Ley Núm. 1970, constituía un obstáculo al proceso que diluía el principio de justicia pronta y oportuna; La obligación de ser juez ciudadano era una carga para los ciudadanos, quienes se veían en la obligación de presentar justificativos "falsos" (sic.) para excusarse de tal obligación, pero en la realidad no se sentían preparados para asumir tal responsabilidad que afectaba a sus obligaciones laborales; La imposibilidad de constituir tribunales vulnera el derecho de la persona procesada a un juicio rápido, puesto que la causa pasaba de tribunal en tribunal sin que nunca llegue a constituirse el tribunal para juicio (causas "peregrinas"); La participación ciudadana no resuelve la retardación de justicia y tampoco brinda transparencia; El desgaste y movimiento innecesario para constituir tribunales de sentencia genera gastos en la administración de justicia lo cual conlleva un desgaste para el Estado.

Todo este cumulo de elementos conllevaría a la ineficacia del proceso penal, reflejada de forma estadística, para lo cual se consideró los datos de la gestión

24 Ministerio de Justicia de Bolivia.: *Códigos Morales, memoria. Tercera era de la codificación y legislación sistemática en Bolivia*, Ministerio de Justicia, La Paz, 2013, p. 45.

25 Ministerio de Justicia de Bolivia.: *Códigos Morales*, cit., p. 64.

2010 en la que los Tribunales de sentencia comenzaron la gestión con diez mil trescientas cincuenta y tres (10.353) causas de las cuales solo se resolvieron ochocientos setenta y cuatro (874) mediante sentencia y, quinientos cuarenta y uno (541) mediante otras formas de resolución, reportando para esa gestión un total de tres mil trescientas ocho (3.308) causas que fueron remitidas a otro tribunal por imposibilidad de constitución de tribunales con jueces ciudadanos, asimismo, en una muestra realizada por el Ministerio de Justicia entre el 31 de enero y el 31 de mayo de 2013, en los Tribunales de Sentencia de la ciudad de La Paz, se estableció que solo se constituyeron cincuenta y siete (57) procesos con jueces ciudadanos, en tanto seiscientos seis (606) procesos fueron derivados al siguiente Tribunal en Número para su correspondiente tramitación[26]. Todos estos aspectos, demostrarían: "…categórica e irremediablemente la degeneración de un sistema que planteaba un ideal de justicia con el juzgamiento de las personas por sus similares (jueces ciudadanos) al extremo de haber llegado al fracaso…que obliga a adoptar una única medida responsable como Estado, la de configurar los tribunales de sentencia con tres jueces técnicos, definición que exige el incremento de jueces para dicha conformación"[27].

Sobre estos puntos debe aclararse que el Art. 63 de la Ley Núm. 1970 establecía que, si después de dos audiencias de conformación de tribunal con ciudadanos no se lograba tener por lo menos 2 la causa era remitida al tribunal siguiente en número (causas peregrinas). Ahora, ingresaremos a analizar los elementos centrales del juicio de ponderación, tanto el aspecto de factibilidad en sus elementos necesidad y adecuación como la proporcionalidad propiamente dicha.

A) Necesidad: carácter sesgado de datos estadísticos en los que se basó la decisión de eliminar los jueces ciudadanos.

Los datos que se muestran en el estudio realizado por el Ministerio de Justicia, en el muestreo realizado entre el 31 de enero y 31 de mayo de 2013 sobre la imposibilidad de conformación de tribunales de sentencia con jueces ciudadanos, son absolutamente parciales, lo cual se demuestra plenamente de una verificación de las estadísticas de las gestiones 2011, 2012, 2013 y 2014, donde según los datos estadísticos justamente en las ciudades de La Paz y El Alto existía una alta recurrencia de no conformación de tribunales de sentencia mientras que en las otras 8 capitales de Departamento del país (Cochabamba, Santa Cruz, Sucre, Oruro, Tarija, Trinidad y Cobija) la no conformación de tribunales de sentencia era mínima: En 2011 fueron 1.700 causas remitidas al tribunal siguiente en número en

26 Ministerio de Justicia de Bolivia.: *Códigos Morales*, cit., p.66.

27 Ministerio de Justicia de Bolivia.: *Códigos Morales*, cit., p. 66.

La Paz, 898 en El Alto y 91 en las otras 8 capitales[28]; en 2012 fueron 473 causas en La Paz, 431 en El Alto y 110 en las otras ciudades[29]; en 2013 fueron 936 causas en La Paz, en El Alto 780 y en las otras 8 capitales 120[30]; en 2014 hubo 845 casos remitidos en La Paz, 277 en El Alto y 91 en las otras 8 ciudades[31]. Haciendo un total de 3.954 casos remitidos por falta de conformación de tribunal en La Paz, 2.386 casos en El Alto y 412 en las otras 8 capitales de departamento.

Como se evidencia, de un total de 6752 causas denominadas "peregrinas" en el periodo 2011-2014, La Paz y El Alto acumularon 6.340 causas representando el 93,8% de causas remitidas por falta de conformación de tribunal con jueces ciudadanos, mientras las otras 8 capitales del País sumaron 412 casos en los que no se conformó tribunal. Por tanto, el hecho de fundamentar la eliminación de un instituto democrático por la práctica judicial de dos ciudades del país, si bien las más litigiosas, conlleva a una fetichización antojadiza que deriva en la consecuencia de tomar la decisión más fácil, pues, en lugar de estudiar la razón por la cual en las ciudades de La Paz y El Alto no se lograba conformar los tribunales de sentencia con los jueces ciudadanos, o pensar en la modificación del Art. 63 de la Ley Núm. 1970, se apuntó directamente a la eliminación de los jueces ciudadanos, generalizando el fenómeno que se daba en las ciudades de La Paz y El Alto para todo el país.

De esta manera se demuestra una falta de objetividad en los estudios realizados para la aplicación de la reforma al proceso penal, tomando en cuenta solo una parte de los datos estadísticos, y justamente, solo aquellos elementos que favorecían la hipótesis de que la existencia de jueces ciudadanos en la administración de justicia constituía un obstáculo para la realización de una justicia pronta y oportuna. En realidad, no existía necesidad material de la eliminación de los jueces ciudadanos, lo que existía era la necesidad de mejorar la gestión administrativa en el órgano Judicial que siempre fue y sigue siendo pésima, lo que pasa por separar de forma clara las funciones administrativas de las jurisdiccionales a fin de dar eficiencia y celeridad a los procesos.

B) Adecuación: la medida de eliminación de jueces legos no era la idónea para dar celeridad a los juicios orales.

En este punto contextualizaremos el proceso de reforma y de contra-reforma en el proceso penal boliviano, el año 1999 se aprueba el Código de Procedimiento Penal que entra en vigencia plena el año 2001 con un sistema

28 Consejo de la Magistratura de Bolivia: *Anuario Estadístico Judicial 2011*, Editorial Judicial, Sucre, 2012, p. 382.

29 Consejo de la Magistratura de Bolivia: *Anuario Estadístico Judicial 2012*, Editorial Judicial, Sucre, 2014, p. 380.

30 Consejo de la Magistratura de Bolivia: *Anuario Estadístico Judicial 2013*, Editorial Judicial, Sucre, 2014, p. 438.

31 Consejo de la Magistratura de Bolivia: *Anuario Estadístico Judicial 2014*, Editorial Judicial, Sucre, S/F, p. 438.

garantista y un proceso oral, con la Ley Núm. 2904 de 4 de agosto del año 2003 del Sistema de Seguridad Ciudadana, se introdujeron diversas reformas orientadas al endurecimiento del régimen de medidas cautelares y de la detención preventiva; con posterioridad, ya en vigencia de la CPE de 2009, se aprobó la Ley Núm. 004 de Transparencia Institucional y Lucha contra la Corrupción "Marcelo Quiroga Santa Cruz", la cual introdujo una serie de medidas en los delitos de corrupción a fin de que pueda desarrollarse el proceso en rebeldía, además de otras limitaciones como la no procedencia de la prescripción, el perdón judicial y la suspensión condicional de la pena. La Ley Núm. 007 de 18 de mayo de 2010 de "Modificaciones al Sistema Normativo Penal", reconfigura la estructura del proceso penal, puesto que introdujo la etapa intermedia en el proceso penal boliviano al establecer la regulación de la audiencia conclusiva, cuya finalidad era sanear el proceso para que en el juicio oral únicamente se debatan los aspectos de fondo, es decir los hechos sobre los cuales versa la acusación, no obstante, durante el tiempo en que se encontró en vigencia el régimen establecido por la Ley Núm. 007, la audiencia conclusiva se convirtió en el cuello de botella del proceso penal, puesto que su realización fue complejizada por los operadores de justicia y los juzgados de instrucción penal nunca realizaban la audiencia, constituyéndose en un elemento que solo dilataba el proceso, lo cual fue una de las razones para su eliminación. En la gestión 2014 se tenían cuatro mil quinientos cinco (4.505) causas a la espera de audiencia conclusiva[32], las cuales tenían un promedio de duración de un (1) año, todas estas audiencias tuvieron que ser despachadas en el marco de las disposiciones extraordinarias establecidas por la Ley Núm. 586 conforme a un plan especial de descongestionamiento que al final tampoco logró el objetivo de contar con un proceso penal expedito.

Los cambios normativos operados con la Ley Núm. 007, que importaron la inclusión de una nueva etapa procesal, conllevaron a una congestión excesiva del sistema procesal penal que tuvo que ser solucionada eliminando la audiencia conclusiva de la estructura procesal y volviendo al sistema vigente con anterioridad a la reforma operada por la Ley Núm. 007, es decir solo con dos etapas, la preparatoria y la de juicio, demostrando que la reforma se realizó de forma improvisada y sin tener objetivos y metas a alcanzar.

Además, la formación de las nuevas autoridades judiciales se vio perjudicada por el cierre del Instituto de la Judicatura, retomándose la formación de autoridades judiciales por parte de la Escuela de Jueces del Estado recién en la gestión 2015.

32 Tribunal Supremo de Justicia de Bolivia.: *Plan Nacional de Descongestionamiento del Sistema Penal*, TSJ, Sucre, 2015, p. 4.

C) Proporcionalidad propiamente dicha: no se mejoró la celeridad de los procesos judiciales.

A fin de determinar la proporcionalidad entre los derechos que se contradicen en el presente, es decir el derecho a una justicia rápida y oportuna por un lado y a la participación en la administración de justicia y a ser juzgados por los iguales por el otro, debemos recordar que la limitación realizada en un derecho debe necesariamente favorecer la realización del derecho en virtud del cual se está limitando, pero también debe considerarse la doctrina del núcleo esencial, es decir que la limitación al derecho por el juicio de ponderación no debe afectar su núcleo esencial, más allá de las dificultades del entendimiento del núcleo esencial, es claro que este aspecto no se cumple en caso de que un derecho sea eliminado por completo, como sucedió en el presente, donde en virtud de favorecer al derecho a la justicia pronta y oportuna se suprimió el derecho de participación ciudadana en la administración de justicia y de juzgamiento por los iguales.

La supresión de los derechos que supuestamente eran contrarios a la realización de una justicia pronta y oportuna, tampoco permitió la celeridad de los procesos ni el descongestionamiento del sistema penal, a priori, se puede observar que el porcentaje de causas resueltas por los tribunales de sentencia en relación con el total de causas atendidas no se incrementó por la sola eliminación de los jueces ciudadanos, para demostrar ello revisaremos los datos de los Anuarios Estadísticos Judiciales en cuanto a la relación entre causa atendidas y resueltas en Tribunales de Sentencia Penal, verificando que pese a la eliminación de los jueces ciudadanos no se incrementó en número de causas resueltas frente a las causa atendidas[33] en Tribunales de Sentencia a nivel nacional: En 2011 se atendieron 7.212 casos y se resolvieron 3.802[34] que representan el 52,7% de causas resueltas; en 2012 se atendieron 7.470 causas y se resolvieron 1.886[35] representando un 25,2%; en 2013se atendieron 7.938 causas y se resolvieron 3.059 que es el 40,9%[36]; en 2014 se atendieron 9.292 causas y se resolvieron 2.587[37] que representa el 27,8%; en 2016 se atendieron 6.589 causas y se resolvieron 1.276[38] representando un 19,3%; en 2018 se atendieron 16.386 causas y se resolvieron 3.784[39] que es un 23%; en 2019 ingresaron 30.544 causas y se resolvieron 6.134[40] un 20% de

33 En los anuarios estadísticos del Consejo de la Magistratura se considera como causas atendidas a la suma de las causas pendientes de la anterior gestión y las causas ingresas en la gestión que se informa.

34 Consejo de la Magistratura de Bolivia: *Anuario 2011,* cit., p. 381.

35 Consejo de la Magistratura de Bolivia: *Anuario 2012,* cit., p. 379.

36 Consejo de la Magistratura de Bolivia: *Anuario 2013*, cit., p. 437.

37 Consejo de la Magistratura de Bolivia: *Anuario 2014*, cit., p. 437.

38 Consejo de la Magistratura de Bolivia: *Anuario Estadístico Judicial 2016,* Editorial Judicial, Sucre, S/F, p. 1058.

39 Consejo de la Magistratura de Bolivia: *Anuario Estadístico Judicial 2018*, Editorial Judicial, Sucre, S/F, p. 377.

40 Consejo de la Magistratura de Bolivia: *Anuario Estadístico Judicial 2019*, Editorial Judicial, Sucre, S/F, p. 347.

causas resueltas, y; En 2021 ingresaron 9.117 causas nuevas y se resolvieron 2.473[41] representando un 27,1% de causas resueltas.

Como se observa, en la gestión 2016, un año después de eliminarse los jueces legos, el porcentaje de causas resultas alcanzó un total de 19,3% con relación al 52,7% de causas resueltas durante la gestión 2011 cuando existían tribunales con jueces legos. Es más, ya en la gestión 2019 vemos que la relación entre causas atendidas y resueltas se dispara llegando a resolverse solo el 20% de las causas en tribunales de sentencia. En 2021 se observa una disminución considerable de la cantidad de causas, pero no se debe a que hubieran sido resueltas, sino a que por efecto de las Leyes Núm. 1173 y Núm. 1226 se limitó la competencia de los tribunales de sentencia para conocer juicios únicamente por 53 tipos penales, siendo todos los demás competencia de los jueces de sentencia que actúan de forma individual, disponiéndose la remisión de todas las causas que no versaban sobre alguno de esos 53 tipos penales a juzgados de sentencia, es decir en lugar de buscar resolver la carga procesal de los tribunales de sentencia simplemente se la movió a otro lugar, como metiéndola bajo la alfombra. Pese a que las causas pendientes para juicio disminuyeron prácticamente a menos de un tercio, ni siquiera ello mejoró el promedio de causas resueltas que en 2021 apenas llegó al 27%, por ello es que se adoptó medidas como la refuncionalización de los tribunales de sentencia que colegiadamente actúan como tribunal e individualmente como jueces de sentencia.

IV. EL "SESGO JUDICIAL" DE LOS JUECES TÉCNICOS.

Al señalar que la forma de decisión a través de la participación popular constituye un modo democrático de decisión, entendemos que es un mecanismo propio de sociedades plurales tal y como lo constituye el Estado Plurinacional de Bolivia, en estas circunstancias, debe entenderse que no existe una única manera de razonar y por ende de entender un conflicto y de resolverlo. Sin embargo, cuando se elimina la participación ciudadana en la administración de justicia dejándose únicamente a los jueces profesionales la toma de las decisiones, debe considerarse que los mismos tienen un determinado tipo de formación y de visión del mundo, todos los jueces profesionales son abogados formados en las universidades con programas de estudio similares donde se aprende el Derecho como una ciencia con sus diversas ramas sustantivas y procesales, un Derecho desarrollado principalmente por los teóricos europeos, además que tienen la misma práctica y vivencia en los juzgados y tribunales, todos tienen una visión y forma determinada de asumir decisiones con base en una específica forma de ver las pruebas.

41 Consejo de la Magistratura de Bolivia: *Anuario Estadístico Judicial 2021*, Editorial Judicial, Sucre, S/F, p. 373.

Como señala BRANDT: "El Órgano Judicial llega a constituirse en un sistema auto -referente, se utilizan leyes judiciales, doctrina de profesores de Derecho, argumentos de abogados y jurisprudencia de tribunales, por lo que tiende a desconectarse del resto de la sociedad, los jueces ciudadanos brindan un mecanismo que permite abrir ese sistema auto-referente pues se obliga a los abogados, fiscales y jueces a explicar su mundo jurídico en términos que sean reales y por ello entendibles por todos" [42].Es decir, se evita convertir al Derecho en algo esotérico.

Ello, se refleja en una investigación realizada por la escuela de Derecho de la Universidad de Yale en Estados Unidos, donde se denominó a ese sesgo judicial *Iliberalismo cognitivo*[43], el estudio se realizó sobre la decisión adoptada por la Corte Suprema de Estados Unidos en el caso *Scoot vs. Harris* (550 U.S. 372 (2007) en el cual el señor *Harris*, un hombre de color, se encontraba conduciendo a alta velocidad en una carretera rural perseguido por la policía, la persecución duró alrededor de seis minutos, para finalizar la persecución el oficial de policía *Scoot* embiste por detrás el vehículo de Harris el cual termina saliendo del camino y estrellándose, resultando del incidente que el señor Harris queda cuadripléjico, con este antecedente el señor *Harris* demanda en la corte al oficial de policía por uso no autorizado de fuerza letal, como medio de prueba la policía presentó el video de la persecución grabado desde el vehículo del oficial de policía, la Corte Suprema estableció que por las características de la persecución, vistas en el video, el uso de fuerza letal estaba autorizado y que cualquier persona "razonable" que viera el video llegaría a la misma conclusión, a fin de demostrar tal extremo deciden publicar el video, la cuestión que se plantea aquí es, si viendo el video captado por el oficial de policía desde su vehículo la decisión puede parecer universalmente razonable.

Mostrando el video a diversas personas pertenecientes a diferentes grupos sociales y culturales se determinó que los miembros correspondientes a una determinada clase, por ejemplo, de un empresario o un político encuentran la decisión absolutamente acertada, mientras los que corresponden a otros grupos sociales, como personas de color o personas de clase media, observan que en realidad el policía que protagonizó la persecución y finalmente embistió al Sr. *Harris* tenía tanta culpa como el mismo señor *Harris*, puesto que generó el mismo peligro para el público en general y por lo tanto no se encontraba autorizado para el uso de la fuerza letal.

42 BRANT, J.: *Participación ciudadana en la justicia penal: ¿Democratización, adorno inútil de los tribunales?*, Universidad Católica, Lima, 2012. p. 55.

43 KAHAN, D.: Whose eyes are you going to believe? Scott vs. Harris and the perils of cognitive iliberalism, *Harvard Law Review, Volume 122, Number 3,* 2009, p. 894.

Estas dos perspectivas diferentes no obedecen únicamente a los puntos de vista de las personas o a su vivencia personal, sino que se corresponden con el grupo social y cultural al cual pertenecen. Bajo esta perspectiva, la fase final de la criminalización secundaria, es decir el desarrollo del juicio oral, donde se decide si una persona va ser sometida de forma definitiva al poder punitivo del Estado o no, no puede dejarse librada únicamente a la decisión de jueces profesionales, que desde su formación, tienen una determinada visión de cómo deben adoptar una decisión en un caso, lo cual es denominado como "sesgo judicial" (*Judicial bias*), y por lo tanto lo que resulta razonable para un grupo de profesionales puede no serlo para un grupo de personas legas, y un entendimiento contrario a ello llevaría a la clásica formulación del imperativo categórico kantiano, en sentido de "obrar sólo según aquella máxima por la cual puedas querer que al mismo tiempo se convierta en ley universal", es decir propugnando la existencia de una razón universal e invariable entre los seres humanos, lo cual es absolutamente contrario al modelo de Estado Plurinacional Comunitario que se encuentra plasmado en el Artículo 1 de la CPE.

V. CONFORMACIÓN DE TRIBUNALES CON JUECES LEGOS Y MODELO DE ORGANIZACIÓN JUDICIAL.

Un proceso acusatorio debe caracterizarse por la claridad en la parte del juzgamiento, lo cual tiene pleno sentido en un proceso que divide la función de investigación de la función de juzgamiento, puesto que, si la función de investigación requiere de alta tecnicidad y apoyo científico, la fase del juzgamiento requiere un entendimiento claro de los resultados de esa investigación, así se puede resumir en tres actividades las que se realizan en el juicio por parte del juez: a) decidir si una hecho se ha producido o no; b) determinar si ese hecho es un delito y; c) establecer la consecuencia jurídica correspondiente, "…la determinación de la primera tarea no obedece al conocimiento jurídico propiamente sino a las máximas de experiencia, por lo que no es privativo del abogado formado según la ciencia jurídica occidental sino de cualquier persona."[44]. Sobre la base de esas tres tareas se desarrollaron los dos modelos de participación ciudadana, los jurados que se avocan a la primera y dejan la segunda y tercera al juez técnico, y los escabinos que conocen las tres tareas juntamente a los jueces técnicos, estos modelos deben corresponderse con modelos de organización judicial horizontales.

Actualmente tenemos un modelo de organización judicial heredado de la colonia que continua en pleno funcionamiento hasta la actualidad, los jueces se organizan en Salas y Juzgados "celulares", donde cada autoridad judicial cuenta con su personal auxiliar, este modelo de gestión se caracteriza por la verticalidad de su organización, teniendo en la cima al Tribunal Supremo de Justicia como máximo

44 Moreno, V. y Cortez, V.: *Derecho Procesal Penal,* Tirand lo Blanch, Valencia, 2017, p. 517.

tribunal de la jurisdicción ordinaria, por debajo los Tribunales Departamentales de justicia que son los máximos tribunales de los departamentos y en la base se encuentran los juzgados y tribunales, cada juzgado replica en su interior esta forma de organización jerárquica donde el juez está en la cima con su secretario como principal asistente, un auxiliar, un oficial de diligencias y los pasantes o supernumerarios, convirtiéndose de esta manera los juzgados en semi feudos que cada autoridad judicial maneja según su propio criterio o estilo, sin que exista uniformidad en la atención a los usuarios del servicio.

El problema de esta forma de organización es que se encuentra pensada para el desarrollo de un proceso escrito, cada juez tiene su personal auxiliar y lo maneja, porque en el proceso escrito la actividad jurisdiccional se concentra en el manejo de un expediente constituido por papeles, y el modelo es jerárquico porque se concentra en la revisión de las formalidades y ritualismos que deben estar minuciosamente registrados en el expediente, por lo que es función del superior en grado revisar las actuaciones de su inferior a fin de determinar si es que actuó apegado a los ritualismos y formalidades vigentes, todo este esquema conlleva necesariamente a la delegación de funciones, lo cual constituye una vulneración del derecho a ser escuchado por una autoridad judicial ya que, quien se encuentra decidiendo la causa no es el juez sino su personal auxiliar. Como se ve, en el proceso escrito no interesa la gestión del conflicto que se somete al poder jurisdiccional, lo que importa es el control vertical del superior al inferior sobre las formalidades de la escritura.

No obstante, esta forma de organización judicial, carece por completo de sentido en un proceso oral, puesto que el personal administrativo no tiene funcionalidad en el proceso, ya que se gestiona principalmente mediante audiencias, siendo la misión del personal administrativo realizar todas las actividades necesarias con la finalidad de que se desarrollen las audiencias, esto conlleva a una separación estricta de las funciones jurisdiccionales de las administrativas. La función del juez es decidir en audiencia y la función administrativa es gestionar las audiencias, esta forma de organización "horizontal" que elimina el control de un expediente escrito, también conlleva a una nueva forma de organización no jerárquica, donde la revisión de la decisión adoptada por una autoridad judicial se realiza en virtud de la razonabilidad de la decisión y no por la jerarquía del superior, a fin de asegurar la independencia interna de las autoridades judiciales y eliminar las instrucciones internas disfrazadas de ejecutoria de sentencias o doctrinas obligatorias[45].

Este modelo de organización se plasma en dos estructuras esenciales: el Colegio de Jueces como instancia que aglutina a todos los jueces de una materia, sin división

45 Maier, J.: "Dimensión política de un poder judicial independiente", *Nueva Doctrina Penal,* Núm. B, Vol. 1998, p. 506.

entre jueces de instrucción o jueces de sentencia y donde todos los jueces conocen todas las etapas del proceso indistintamente, incluso la apelación, por lo tanto, ya no se encuentran separados en juzgado y salas, sino que existe una sola entidad aglutinadora que es el Colegio, que tiene su presidente elegido democráticamente. Por otra parte se encuentra la organización de carácter instrumental que brinda apoyo auxiliar y administrativo al colegio de jueces y que viene a ser la oficina judicial, la cual aglutina todas las actividades administrativas y está dirigida por un director, organizada en las áreas requeridas para el cumplimiento de su función, en la oficina de apoyo judicial ya no se parte de la lógica de que el juzgado es una especie de espacio de aprendizaje para los que estudian Derecho, sino que la oficina judicial se encuentra compuesta por profesionales en la administración o por personas que cuentan con experiencia en esa área, de tal manera que puede brindar soporte adecuado a la actividad jurisdiccional.

El colegio de jueces y la oficina judicial, se constituyen en los elementos que permiten pasar de una forma de organización vertical a una horizontal, este modelo de organización fue uno de los mandatos centrales de la Cumbre Nacional de Justicia Plural[46] y se encontraba plasmado en la Ley Núm. 1005 del Código del Sistema Penal que fue abrogada por Ley Núm. 1027. Fue recogido de manera desordenada en la Ley Núm. 1173, pero se mantuvo la reforma hecha por la Ley Núm. 586 puesto que no existe participación ciudadana.

Más allá de todas las implicaciones que corresponden a este modelo de organización judicial, cabe resaltar que en la horizontalidad es plenamente viable la conformación de tribunales con jueces ciudadanos, por lo siguiente:

1. Al no existir la organización en tribunales y despachos, sino que todos los jueces penales conforman un colegio, se elimina el problema de las remisiones entre tribunales, que fue alegado como causa principal de la retardación de justicia en los juicios penales.

2. Al profesionalizar la parte administrativa de la gestión judicial mediante la oficina judicial, se estandarizan las formas de actuación, se permite un mejor manejo de la parte administrativa y por tanto se tiene una entidad exclusivamente encargada de brindar el apoyo a la actividad jurisdiccional lo cual implica que ya no se tiene personal que va a "aprender" derecho, sino que va a gestionar las audiencias.

46 Ministerio de Justicia De Bolivia: *Memoria de la Cumbre Nacional de Justicia Plural para Vivir Bien*, Ministerio de Justicia, La Paz, 2016, p. 91.

3. Las audiencias son gestionadas por la oficina de apoyo judicial, que maneja la agenda de las autoridades jurisdiccionales, distribuyendo la carga de forma racional, por lo que ya no existen los juicios que duran años y se suspenden sin causa.

4. Todo ello debe ir acompañado de la modernización tecnológica correspondiente y el uso de agendas comunes entre el Órgano Judicial y el Ministerio Público, que permitan un eficiente desarrollo de las audiencias.

Por ello la decisión asumida en la Ley Núm. 586, se realizó sin considerar que la razón del fracaso en el funcionamiento del Código de Procedimiento Penal no se debió a la existencia de jueces ciudadanos, sino a que el proceso oral se implementó sobre una organización y forma de funcionamiento propia de un sistema escrito que responde a objetivos y fines diferentes a los de un proceso oral.

VI. CONCLUSIONES.

1. El Estado Plurinacional de Bolivia se basa en el principio ético moral del vivir bien, bajo el cual debe profundizarse la democracia participativa en todos los espacios de poder estatal.

2. El principio de participación ciudadana que rige la potestad de juzgar conforme al Artículo 178 de la CPE, se entiende en una triple dimensión, participación en políticas públicas, elección de magistrados de tribunales de cierre, y participación en la facultad de juzgar mediante el sistema de escabinos o jurados.

3. La eliminación de jueces legos en la Ley Núm. 586 constituye una regresión normativa en derecho fundamentales, que vulnera el principio de progresividad.

4. No existía *necesidad* de eliminar los jueces ciudadanos, puesto que el problema de la falta de conformación de tribunales de sentencia con jueces ciudadanos solo correspondía a las ciudades de La Paz y El Alto y se debía al modelo de gestión deficiente.

5. La eliminación de jueces legos no era *adecuada* para dar celeridad a los juicios penales radicados en tribunales de sentencia, toda vez que el sistema procesal penal estaba trabado por un deficiente etapa intermedia introducida por la Ley Núm. 007 y por la falta de formación de jueces debido al cierre del instituto de la judicatura.

6. La eliminación de jueces ciudadanos no fue *proporcional*, porque su eliminación no permitió la celeridad en el desarrollo de juicios orales en tribunales de sentencia, los cuales siguen con una desproporción entre causas ingresadas y

resueltas, pese a que se disminuyó su carga procesal a un tercio mediante las Leyes Núm. 1173 y 1226.

7. En una sociedad plural la decisión sobre la culpabilidad o no de una persona debe ser tomada de forma plural y no solo por un grupo o casta de personas como son los jueces profesionales.

8. En tanto no exista horizontalidad de la organización judicial y no se reponga la participación ciudadana en a la administración de justicia, no tendremos una justicia democrática en Bolivia.

BIBLIOGRAFIA

BECCARIA, C.: *De los delitos y de las penas,* Temis, Bogotá, 2005.

BINDER, A.: *Introducción al Derecho Procesal Penal,* Ad-Hoc, Buenos Aires, 2004.

BRANT, J.: *Participación ciudadana en la justicia penal: ¿Democratización, adorno inútil de los tribunales?*, Universidad Católica, Lima, 2012.

CARRARA, F.: *Programa del Curso de Derecho Criminal*, Depalma, Buenos Aires, 2004.

CONSEJO DE LA MAGISTRATURA DE BOLIVIA:

- *Anuario Estadístico Judicial 2011*, Editorial Judicial, Sucre, 2012.
- *Anuario Estadístico Judicial 2012*, Editorial Judicial, Sucre, 2014.
- *Anuario Estadístico Judicial 2013*, Editorial Judicial, Sucre, 2014.
- *Anuario Estadístico Judicial 2014*, Editorial Judicial, Sucre, S/F.
- *Anuario Estadístico Judicial 2016*, Editorial Judicial, Sucre, S/F.
- *Anuario Estadístico Judicial 2018*, Editorial Judicial, Sucre, S/F.
- *Anuario Estadístico Judicial 2019*, Editorial Judicial, Sucre, S/F.
- *Anuario Estadístico Judicial 2021*, Editorial Judicial, Sucre, S/F.

COURTIS, C.: "La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales: apuntes introductorios", en AA. VV.: *Ni un paso atrás. La prohibición de regresividad en derechos sociales* (compilador C. Courtis), *, Editores del Puerto, Buenos Aires,* 2006.

ESTADO PLURINACIONAL DE BOLIVIA.: *Plan de Desarrollo Económico y Social 2021-2025, reconstruyendo la económica para vivir bien hacia la industrialización con sustitución de importaciones,* aprobado por Ley Núm. 1407, Gaceta Oficial de Bolivia, La Paz, 2021.

GARGARELLA, R.: *La Sala de máquinas de la Constitución, dos siglos de constitucionalismo en América Latina,* Kats, Buenos Aires, 2014.

GIMENO SENDRA, V.: *Derecho Procesal Penal*, Civitas, Pamplona, 2012.

Goite, M.: "La participación ciudadana en el proceso penal", en AA. VV.: *El sistema oral acusatorio en el siglo XXI*, Instituto de la Judicatura, Sucre, 2004.

Holmes, S. y Sunstein, C.: *El costo de los derechos. ¿Por qué la libertad depende de los impuestos?,* Siglo XXI, Buenos Aires, 2011.

Kahan, D.: Whose eyes are you going to believe? Scott vs. Harris and the perils of cognitive iliberalism, *Harvard Law Review, Volume 122, Number 3,* 2009.

Lahav, A.: "The jury and paticipatory democracy", *William & Mary Law Review, Volume 55*, 2014, recuperado en 2023 de https://scholarship.law.wm.edu/cgi/viewcontent.cgi?referer=&httpsredir=1&article=3516&context=wmlr.

Maier, J.: "Dimensión política de un poder judicial independiente", *Nueva Doctrina Penal,* Vol. 1998, Núm. B.

Ministerio de Justicia de Bolivia:

- *Códigos Morales, memoria. Tercera era de la codificación y legislación sistemática en Bolivia*, Ministerio de Justicia, La Paz, 2013.

- *Memoria de la Cumbre Nacional de Justicia Plural para Vivir Bien*, Ministerio de Justicia, La Paz, 2016.

Montesquieu.: *Del espíritu de las leyes*, Porrúa, México, 2003

Moreno, V. y Cortez, V.: *Derecho Procesal Penal,* Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.

Nino, S.: *Fundamentos de Derecho Constitucional*, Astrea, Buenos Aires, 2017.

Prada, R.: "Una Constitución de Transición", *Archipiélago, Núm. 3, Abril/Mayo,* 2008.

Prada, R.: "Horizontes del Estado Plurinacional", en AA.VV.: *Miradas nuevo texto constitucional*, UMSA-IDEA, 2010.

Tocqueville, A.: *La democracia en América*, Alianza, Madrid, 1989.

Tribunal Supremo de Justicia de Bolivia.: *Plan Nacional de Descongestionamiento del Sistema Penal*, TSJ, Sucre, 2015.

Vargas Lima, A.: "Los principios ético-morales de la sociedad plural y el Bloque de Constitucionalidad. Configuración y desarrollo en la Jurisprudencia Constitucional boliviana", *Estudios Constitucionales*, Año 14, Núm. 2, Santiago, 2016.

VICEPRESIDENCIA DEL ESTADO PLURINACIONAL.; *Enciclopedia histórica documental del Proceso Constituyente Boliviano,* T. III, Vol. I, Vicepresidencia del Estado, La Paz, 2011.

VICIANO, R. y MARTÍNEZ, R.: *¿Se puede hablar de un nuevo Constitucionalismo Latinoamericano como corriente doctrinal sistematizada?*, ponencia presentada en el VIII Congreso Internacional de Derecho Constitucional, México, 2010, rescatado en 2023 de http://latinoamerica.sociales.uba.ar/wp-content/uploads/sites/134/2015/01/Viciano-Pastor-Articulo.pdf.

LA NECESARIA REGULACIÓN DE LA COMPENSACIÓN ECONÓMICA POR SEPARACIÓN O DIVORCIO ENTRE CÓNYUGES EXTRANJEROS EN ESPAÑA COMO DESAFÍO JURÍDICO EN LA ACTUALIDAD

THE NECESSARY REGULATION OF FINANCIAL COMPENSATION FOR SEPARATION OR DIVORCE BETWEEN FOREIGN SPOUSES IN SPAIN AS A LEGAL CHALLENGE TODAY

Rev. Boliv. de Derecho Nº 37, enero 2024, ISSN: 2070-8157, pp. 420-449

Alfonso
ORTEGA
GIMÉNEZ

ARTÍCULO RECIBIDO: 15 de octubre de 2023
ARTÍCULO APROBADO: 4 de diciembre de 2023

RESUMEN: Como consecuencia del creciente carácter multicultural de nuestra sociedad derivado del proceso globalizador, el incremento de matrimonios entre cónyuges de diferente nacionalidad ha causado un incremento directamente proporcional del volumen de estas reclamaciones de pensiones compensatorias en las que se presenta algún elemento internacional.

PALABRAS CLAVE: Compensación económica; separación; divorcio; cónyuges extranjeros

ABSTRACT: *As a consequence of the growing multicultural character of our society derived from the globalisation process, the increase in marriages between spouses of different nationalities has caused a directly proportional increase in the volume of these claims for compensatory pensions in which some international element is present.*

KEY WORDS: *Financial compensation; separation; divorce; foreign spouses.*

SUMARIO.- I. PLANTEAMIENTO. COMPENSACIÓN ECONÓMICA POR SEPARACIÓN O DIVORCIO ENTRE CÓNYUGES Y RELACIONES PRIVADAS INTERNACIONALES.- II. EL SISTEMA ESPAÑOL DE COMPETENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL EN MATERIA DE COMPENSACIÓN ECONÓMICA POR SEPARACIÓN O DIVORCIO ENTRE CÓNYUGES.- 1. Foros de competencia.- 2. Particularidades en la determinación de la competencia judicial internacional.- III. LA DETERMINACIÓN DE LA LEY APLICABLE A LA COMPENSACIÓN ECONÓMICA POR SEPARACIÓN O DIVORCIO ENTRE CÓNYUGES.- IV. RECONOCIMIENTO, FUERZA EJECUTIVA Y EJECUCIÓN DE LAS RESOLUCIONES EN MATERIA DE COMPENSACIÓN ECONÓMICA POR SEPARACIÓN O DIVORCIO ENTRE CÓNYUGES. - V. CONCLUSIONES.

I. PLANTEAMIENTO. COMPENSACIÓN ECONÓMICA POR SEPARACIÓN O DIVORCIO ENTRE CÓNYUGES Y RELACIONES PRIVADAS INTERNACIONALES.

Con el fin de dotar al presente trabajo de funcionalidad práctica que permita visualizar, con mayor claridad, las principales cuestiones objeto de análisis, se considera oportuno fijar un supuesto de hecho como punto de partida, para evidenciar las cuestiones que se plantean en el día a día del trabajo de los distintos operadores jurídicos, mostrando que estamos ante un tema que no se queda en lo teórico, sino que es eminentemente práctico:

Marie, de nacionalidad francesa y con residencia en París (Francia), reclama una pensión compensatoria[1] a Tomas, un ciudadano belga residente en Alicante (España), padre de un hijo que tienen en común, y que vive en París con su madre. Teniendo en cuenta lo anterior, se presentan varias preguntas fundamentales desde el punto de vista jurídico. Cabe preguntarse, por ejemplo, si ¿serían competentes los tribunales españoles, belgas o franceses para conocer de la acción de reclamación de la pensión compensatoria?; y, una vez determinado el órgano jurisdiccional competente, se presenta otra pregunta esencial con respecto a ¿qué Ley regirá la reclamación de dicha pensión compensatoria?, ¿la legislación española, la belga y/o la francesa? Es evidente que un simple supuesto de hecho plantea numerosas cuestiones jurídicas, más aún si cabe si tenemos en cuenta el elemento internacional que aumenta la complejidad del asunto.

Lo cierto es que nos encontramos ante un tema que, en los últimos años, ha cobrado una actualidad manifiesta, como consecuencia del creciente

1 Debemos aclarar que en el presente trabajo cuando hablamos de "pensión compensatoria" nos estamos refiriendo a la compensación económica por separación o divorcio.

• Alfonso Ortega Giménez
Profesor Titular de Derecho internacional privado de la Universidad Miguel Hernández de Elche. Correo electrónico: alfonso.ortega@umh.es

carácter multicultural de nuestra sociedad derivado del proceso globalizador. El incremento de matrimonios entre cónyuges de diferente nacionalidad, ha causado un incremento directamente proporcional del volumen de estas reclamaciones de pensiones compensatorias en las que se presenta algún elemento internacional[2].

A los efectos que nos ocupan en el presente trabajo, y sin perjuicio de las particularidades existentes tanto en el ordenamiento jurídico español, como en el resto de los ordenamientos jurídicos nacionales, es equivalente hablar de "pensión compensatoria entre cónyuges" y de "obligación de alimentos", estando integradas ambas en el concepto jurídico más amplio de obligaciones alimenticias. De esta forma, el concepto de "obligaciones alimenticias" debe ser objeto de una interpretación amplia, tomando como referencia la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea[3] (a partir de ahora, TJUE), en el contexto del Reglamento (CE) núm. 4/2009 del Consejo, de 18 diciembre 2008, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones y la cooperación en materia de obligaciones de alimentos[4] (en adelante, el Reglamento 4/2009) de los que se puede extraer la siguiente definición: prestaciones cuyo objeto sea satisfacer las necesidades socio-económicas del individuo a partir de una relación de "familia", independientemente de que se trate de pagos periódicos o de una suma total única, e incluye, en particular, las pensiones compensatorias entre cónyuges, en la medida en que derivan de la ruptura de una relación de familia y/o se basan en las necesidades y recursos respectivos de los esposos, que tienen una naturaleza equivalente a la pensión de alimentos.

- Concepto de "alimentos" en el Reglamento 4/2009.

El concepto de "alimentos" que maneja el Reglamento 4/2009 es el mismo que ya manejaba el Reglamento 44/2001. Se trata de un "concepto autónomo", independiente, europeo, propio de dicho Reglamento 4/2009. Es un concepto diferente del concepto de "alimentos" que manejan los Derechos de los Estados miembros. Es, además, un concepto muy amplio. Con arreglo al Cons. 11 del Reglamento 4/2009, cabe precisar lo siguiente: (a) Son "alimentos", a efectos del Reglamento 4/2009, todas aquellas prestaciones que la Ley establece con el objetivo de paliar las necesidades económicas de ciertas personas y que se imponen sobre ciertos parientes o personas que disponen de mayores recursos económicos (=

2 *Vid.* Aguilar Benítez de Lugo, M. y Aguilar Grieder, H.: "Alimentos y orden público (I)", *BIMJ*, 15 abril 2006, núm. 2011, pp. 1561-1593.

3 *Vid.* STJUE 6 de marzo de 1980 (as. 120/1979) y STJUE 27 de febrero de 1997 (as. C-220/1995).

4 *DOUE* L7 de 10 de enero de 2009. El Reglamento 4/2009 entró en vigor el 30 enero 2009 pero se aplica, en general, desde del 18 junio 2011. En efecto, la Decisión del Consejo de 30 noviembre 2009 relativa a la adhesión de la Comunidad Europea al Protocolo de La Haya, de 23 de noviembre de 2007, sobre la Ley aplicable a las obligaciones alimenticias (DOUE L33 de 16 de diciembre de 2009) indica (art. 4) que al adherirse al Protocolo, la Unión Europea declarará que "aplicará las normas establecidas en el Protocolo con carácter provisional a partir del 18 de junio de 2011 (....), si dicho Protocolo no hubiere entrado en vigor en esa fecha de conformidad con su art. 25, apartado 1".

STJCE 20 marzo 1997, *Farrell*; en el sector de la Ley aplicable, *vid*. la muy correcta SAP Barcelona 14 octubre 2013 (JUR 2013, 171899) (divorcio de cónyuges marroquíes), que indica que la prestación regulada en el Derecho marroquí y conocida como "Mut'a" (art. 84 Mudawana marroquí) desarrolla una función alimenticia y debe regirse por las normas españolas de DIPr. relativas a los alimentos (también SAP Barcelona 17 noviembre de 2009); (b) No importa la denominación jurídica de la prestación a satisfacer: pensión compensatoria, alimentos, deber de socorro, manutención, cargas del matrimonio, etc. Tampoco importa la modalidad de la prestación: que la prestación consista en el pago de una suma monetaria y/o en la cesión de un bien, que el pago de la suma sea *in tontum* o en "cuotas periódicas", etc., es indiferente. También es irrelevante que obligación se haya determinado en consideración de las necesidades y recursos de las partes (Informe POCAR sobre el Convenio de "Lugano II", núm. 54 en DOUE 13 diciembre 2019); (c) La amplitud del concepto "alimentos" manejado por el Reglamento 4/2009 hace que en el mismo se incluyan ciertas prestaciones compensatorias entre ex - cónyuges. En efecto, el concepto de "alimentos" recogido en el Reglamento 4/2009, cubre la "pensión por desequilibrio" contemplada en el art. 97 CC, aunque se decida en el marco de un proceso de divorcio (proceso que está excluido del Reglamento Bruselas I-bis y del Reglamento 4/2009 (alimentos) STJCE 25 febrero 2010 (JUR 2010, 132308), SAP Barcelona 11 marzo 2010 (RJ 2010, 2723) SAP Lleida 7 abril 2006 (JUR 2006, 249369), SAP Barcelona de 12 febrero 2013 (JUR 2013, 111432) (divorcio entre cónyuges portugueses), SAP Barcelona 12 mayo 2015 (JUR 2013, 171899) (cónyuges alemanes)). La pensión post-divorcio que para la determinación de su cuantía toma en consideración las necesidades y los recursos de cada uno de los cónyuges, y que tiene como finalidad la manutención del cónyuge, debe ser considerada una pensión de "alimentos". La solución puede parecer extraña a los juristas españoles, pues es sabido que, en Derecho civil español, la pensión compensatoria post-divorcio no tiene "naturaleza alimenticia".

En nuestro ordenamiento interno, de conformidad con el art. 97 del Código Civil, redactado por Ley 30/1981, de 7 de julio, la pensión compensatoria constituye la cantidad periódica que un cónyuge debe satisfacer a otro tras la separación o el divorcio, para compensar el desequilibrio padecido por un cónyuge (el acreedor), en relación con el otro cónyuge (el deudor), como consecuencia directa de dicha separación o divorcio, de la que se derive un empeoramiento en relación con su anterior situación en el matrimonio. Se trata, por lo tanto, de una prestación que no tiene como finalidad reparar otros daños causados por un cónyuge a otro, cuya reclamación tiene un cauce y unos medios diferentes; ni tampoco tiene como propósito igualar el patrimonio privativo de los cónyuges después de la separación o el divorcio o economías dispares, sino que, más bien, el objetivo de la pensión compensatoria es la sustitución de los deberes de asistencia y de socorro mutuo reparando el desequilibrio causado entre los patrimonios de los cónyuges en

aquellos casos en los que la separación y el divorcio causa un empeoramiento en la situación patrimonial de uno de los cónyuges.

De esta manera, teniendo en cuenta la anterior definición material extraída de nuestro ordenamiento interno, y añadiendo el elemento internacional que se presenta de forma cada vez más habitual, es posible analizar las principales cuestiones de Derecho Internacional Privado del tema planteado, teniendo en cuenta que, en este ámbito, se trata de una cuestión cuya regulación es fiel reflejo del proceso de codificación internacional en la materia desarrollado en los tres ámbitos tradicionales: competencia judicial internacional, ley aplicable y reconocimiento y ejecución de las relaciones en esta materia. Por lo tanto, a continuación, analizaremos estos elementos con el fin de fijar adecuadamente el régimen jurídico de la pensión compensatoria entre cónyuges en el Derecho internacional privado español.

II. EL SISTEMA ESPAÑOL DE COMPETENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL EN MATERIA DE COMPENSACIÓN ECONÓMICA POR SEPARACIÓN O DIVORCIO ENTRE CÓNYUGES.

El principal instrumento legal vigente en España en esta materia es, como ya hemos señalado, el Reglamento 4/2009, que contiene un conjunto de normas que regulan competencia judicial internacional en esta materia. Asimismo, el Reglamento 4/2009 regula el reconocimiento y *exequatur* de las decisiones en materia de alimentos dictadas por autoridades de los Estados miembros (Capítulo IV del Reglamento 4/2009), encontrándonos, en este punto, con que las decisiones dictadas por autoridades de Estados miembros vinculados por el Protocolo de La Haya de 2007 disponen, como veremos, de un régimen más favorable para alcanzar su efectividad en los demás Estados miembros (sección 1 Capítulo IV del Reglamento 4/2009), mientras que las procedentes de Estados miembros no vinculados por el Protocolo de La Haya de 2007 están sujetas a un régimen más severo (Sección 2 Capítulo IV del Reglamento 4/2009).

- Competencia en materia de alimentos y art. 22 quater de la LOPJ.

Antes de la entrada en vigor del Reglamento 4/2009, y en defecto de instrumento internacional aplicable, los tribunales españoles eran competentes en materia de obligaciones de alimentos con arreglo al art. 22 LOPJ, redacción de 1985. SAP Barcelona 24 noviembre 2006 (JUR 2007, 139864); SAP Barcelona 2 mayo 2006 (JUR 2006, 272347); SAP Tarragona 6 febrero 2006 (AC 2006, 1944), AAP Tarragona 30 enero de 2009 (JUR 2009, 65022). Hoy día, el precepto es inaplicable. El art. 22 quater f), precepto redactado en 2015 y que contiene los foros de competencia internacional con arreglo a los cuales los tribunales españoles pueden declararse competentes en los casos internacionales relativos

a alimentos resulta inaplicable en la práctica. En concreto, el texto inaplicable del art. 22 quater f) LOPJ indica que los tribunales españoles son competentes: "f) En materia de alimentos, cuando el acreedor o el demandado de los mismos tenga su residencia habitual en España o, si la pretensión de alimentos se formula como accesoria a una cuestión sobre el estado civil o de una acción de responsabilidad parental, cuando los Tribunales españoles fuesen competentes para conocer de esta última acción."

El estudio del régimen de la competencia judicial internacional previsto en el Reglamento 4/2009 nos debe llevar, *a priori*, a destacar las siguientes ideas sobre las que se profundizará más adelante y que tienen, como fin último inspirador, garantizar la proximidad entre el acreedor y el órgano jurisdiccional competente y favorecer, por ende, el cobro efectivo de los créditos alimenticios en casos transfronterizos[5]:

- El foro general determina que, la jurisdicción competente para decidir en materia de obligaciones alimenticias es la del lugar de residencia habitual del demandado o el acreedor; mientras que la competencia judicial internacional corresponderá al órgano jurisdiccional competente en virtud de la ley del foro para examinar una acción en materia de estado de las personas (un divorcio, por ejemplo) o de responsabilidad parental[6], cuando esté asociada una demanda relativa a una obligación alimentaria (siempre que esta competencia no se base únicamente en la nacionalidad de una de las partes).

- Salvo en el caso de los litigios relativos a la obligación de alimentos respecto a un menor de edad inferior a 18 años, las partes podrán, bajo ciertas condiciones, atribuir de común acuerdo la competencia a un órgano jurisdiccional o a los órganos jurisdiccionales de un Estado miembro para resolverlo.

5 Esta cuestión se pone de relieve, con total claridad, en la STJUE de 18 diciembre de 2014 (RJ 2014, 2858), en los asuntos acumulados C-400/13 y C-408/13, Sanders y Huber, aborda el juego del art. 3.b) en relación con la normativa interna de un EM, que prevé una concentración de competencias judiciales en materia de obligaciones de alimentos transfronterizas a favor de un órgano jurisdiccional de primera instancia, que sea competente en el lugar en el que se encuentre el órgano jurisdiccional de apelación. El TJUE asume con claridad que las reglas de competencia previstas en el Reglamento 4/2009 tienen por objeto garantizar una proximidad entre el acreedor y el órgano jurisdiccional competente y favorecer, por ende, el cobro efectivo de los créditos alimenticios en casos transfronterizos. En consonancia con ello, se entiende que el art. 3.b) del Reglamento 4/2009 debe interpretarse como oponiéndose a una normativa nacional que prevea tal concentración de competencias, salvo que dicha regla contribuya a la consecución del objetivo de una recta administración de la justicia y proteja el interés de los acreedores de alimentos favoreciendo el cobro efectivo de tales créditos, lo que, en cualquier caso, corresponde comprobar al órgano jurisdiccional remitente.

6 En lo que respecta al concepto de "responsabilidad parental", la jurisprudencia comunitaria ha considerado que se trata de un concepto amplio que debe ser interpretado de manera extensiva (STJUE 21 de octubre 2015 (RJ 2015, 1320). De esta forma, se trata de un concepto que comprende "los derechos y obligaciones conferidos a una persona física o jurídica en virtud de una resolución judicial, por ministerio de la ley o por un acuerdo con efectos jurídicos, en relación con la persona o los bienes de un menor" (art.1.2, 1.3 y 2.7 RB II-bis). Al respecto, vid. entre otras la STJUE 27 noviembre de 2017 (RJ 2017, 1486).

- Será competente el órgano jurisdiccional de un Estado miembro ante el cual comparezca el demandado, excepto si éste pretende impugnar tal competencia.

- Si no se cumple ninguna de las condiciones antes mencionadas, el litigio podrá interponerse, teniendo en cuenta algunas condiciones, ante los órganos jurisdiccionales de un Estado miembro en el que residan las dos partes.

- De no darse esa circunstancia, si el procedimiento no puede interponerse en un Estado tercero con el que el litigio tiene un estrecho vínculo, la demanda podrá interponerse ante el órgano jurisdiccional de un Estado miembro con el que el asunto presente un vínculo suficiente.

- Si el acreedor sigue viviendo en el Estado miembro que ha dictado la resolución en materia de obligaciones de alimentación, el deudor no podrá, salvo excepciones, iniciar un procedimiento para modificarla en ningún otro Estado miembro. Sin embargo, el acreedor podrá aceptar que otro órgano jurisdiccional conozca del recurso.

- Si un procedimiento concerniente a las mismas partes y con el mismo objeto y la misma causa se presentase ante los órganos jurisdiccionales de distintos Estados miembros, será competente el órgano jurisdiccional ante el cual se interpuso primero.

- Independientemente del órgano jurisdiccional competente en el fondo, se pueden presentar medidas provisionales y cautelares ante todo órgano jurisdiccional de cualquier Estado miembro, conforme las previsiones de la ley del Estado en cuestión.

Aunque las anteriores ideas son las que derivan del estudio de las previsiones del Reglamento 4/2009, resulta necesario un análisis de mayor profundidad de los diferentes foros de competencia que se regulan en el meritado Reglamento.

1. Foros de competencia.

El art. 3 del Reglamento 4/2009 establece cuatro foros[7] que tienen carácter alternativo[8]: a) el órgano jurisdiccional del lugar donde el demandado tenga su residencia habitual, o b) el órgano jurisdiccional del lugar donde el acreedor tenga su residencia habitual[9][10], o c) el órgano jurisdiccional competente en virtud de la

7 En relación a la finalidad última de la inclusión de foros alternativos de competencia, resulta de especial interés la STJUE, as. C-400/13 y 408/13 (http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text&docid=160938&pageIndex=0&doclang=es&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=4457728) que señala que el art. 3 del Reglamento establece cuatro foros alternativos. Según este precepto, serán competentes internacional y territorialmente los tribunales del lugar: donde el demandado tenga su residencia habitual; o donde el acreedor tenga su residencia habitual. Por consiguiente, serán competentes los tribunales españoles o siempre que la residencia habitual del demandado esté en España o siempre que el acreedor tenga su residencia habitual en España. El contenido de estos foros y su juego alternativo quiere favorecer el acceso a la justicia de la parte sujeta a necesidad económica; además, se prevén dos reglas alternativas de conexidad procesal cuando la obligación alimenticia se reclame como accesoria a una acción de estado civil o a una acción relativa a la responsabilidad parental. En el primer caso, los tribunales que tengan competencia para conocer también de la obligación alimenticia, salvo que la competencia para conocer de aquélla se hubiese basado exclusivamente en la nacionalidad de una de las partes.

8 En este sentido, resulta irrelevante que el deudor tenga su domicilio para la aplicación del Reglamento 4/2009, ya que este parte de la base de que la mejor manera de preservar los intereses de los acreedores de alimentos y de favorecer una buena administración de justicia en la UE es garantizando la aplicación generalizada de unas nuevas reglas. A tal fin, el hecho de que el demandado tenga su residencia habitual en un tercer Estado deberá dejar de ser una causa de inaplicación de las reglas comunitarias de competencia.

9 El ATJUE de 10-4-2018, en el as. C-85/18 PPU, CV, por su parte, precisa que el art. 3 del Reglamento debe interpretarse en el sentido de que en una situación en la que un menor que tenía su residencia habitual en un Estado miembro fue trasladado ilícitamente por uno de sus progenitores a otro Estado miembro, los órganos jurisdiccionales de ese otro Estado miembro no son competentes para pronunciarse sobre una demanda relativa al derecho de custodia, o a la fijación de una pensión alimenticia respecto de dicho menor, a falta de toda indicación de que el otro progenitor haya dado su conformidad con el traslado del menor, o no haya presentado demanda de restitución de este último. Por su parte, en el caso de acciones de modificación de medidas la STJUE de 15-2-2017, en el as. C-499/15, W y V, señala que el art. 3 debe interpretarse en el sentido de que los órganos jurisdiccionales de un Estado miembro que han adoptado una resolución firme en materia de alimentos en lo que respecta a un menor de edad no siguen siendo competentes para conocer de una demanda de modificación de las medidas establecidas en esa resolución, en el caso de que la residencia habitual del menor esté situada en el territorio de otro Estado miembro. Los órganos jurisdiccionales competentes para conocer de esa demanda son los órganos jurisdiccionales de este último Estado miembro.

10 Una cuestión interesante en lo que respecta a los foros de competencia en general, y al foro de la residencia habitual del acreedor de los alimentos, en particular, se plantea debido a la inclusión de las acciones de repetición o regreso alimenticio ejercitadas por entes públicos en el ámbito de aplicación material de las reglas sobre alimentos del Reglamento "Bruselas I" ha sido fuente de dudas (Auto AP De Islas Baleares (sección 4ª) de 2 de diciembre de 2011 (JUR 20111, 111432)). La aplicación del régimen del Reglamento "Bruselas I" parecía depender en este caso de la naturaleza de la legitimación ejercida por el ente público, derivada directamente de la relación jurídico-privada o, al contrario, justificada en una prerrogativa del poder público (*iure imperii*). Sólo en este último caso parecía que la aplicación del régimen de Bruselas quedaba descartada, si bien el Tribunal de Justicia tendió a resolver la alternativa según que se tratase de una legitimación conferida por normas de "Derecho civil" o de "Derecho público", esto es, basándose más bien en criterios formales relativos a la fuente que en criterios sustanciales referidos al carácter de la intervención del organismo público (Sents. TJCE de 14 de noviembre de 2002, As. C-271/2000: "Baten"→ http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf;jsessionid=4D89D8758E42CF7BE01170446EF667B9?text=&docid=47511&pageIndex=0&doclang=es&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=520280) y de 15 de enero de 2004 (Asunto C-433/2001: "Jan Blijdenstein"→ http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?text=&docid=48852&pageIndex=0&doclang=ES&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=521449 / http://www.ciss.es/publico/deloitte/2013_81_S_040.pdf).
Con independencia de la fuente de la legitimación del ente público en estos supuestos, lo que sí deja claro el Tribunal en estas decisiones es que, en los supuestos de subrogación del organismo público en los derechos del acreedor, la acción de repetición no puede basarse en los foros especiales en materia de alimentos, directamente justificados en la protección del acreedor de alimentos como parte débil, estando obligado a recurrir al foro general del domicilio del demandado. En ningún caso un organismo público (ni siquiera al margen de sus prerrogativas públicas) podría utilizar el foro de la residencia habitual del acreedor contenido en el art. 3 b) del Reglamento "Bruselas III". A efectos de este Reglamento, los organismos públicos sólo

ley del foro para conocer de una acción relativa al estado de las personas, cuando la demanda relativa a una obligación de alimentos sea accesoria de esta acción, salvo si esta competencia se basa únicamente en la nacionalidad de una de las partes, o d) el órgano jurisdiccional competente en virtud de la ley del foro para conocer de una acción relativa a la responsabilidad parental, cuando la demanda relativa a una obligación de alimentos sea accesoria de esta acción, salvo si esta competencia se basa únicamente en la nacionalidad de una de las partes[11].

- Análisis del foro de la residencia habitual del acreedor de alimentos (art. 3.b del Reglamento 4/2009).

El foro recogido en el art. 3.b del Reglamento 4/2009 potencia la posición jurídica del acreedor de alimentos, persona más necesitada de tutela jurídica (STJUE 18 diciembre 2014, as. ac. C-400/13 y C-408/13, *Sanders y otros*, FD 28). Normalmente, el demandante es el acreedor de alimentos. Dispone así de una "carta de foros" de competencia judicial internacional que le permite accionar ante los tribunales de diferentes Estados miembros. Por otro lado, el tribunal del lugar de la residencia habitual del acreedor de alimentos está en óptimas condiciones "para comprobar si éste se encuentra en situación de necesidad y para determinar el alcance de esta última" (STJUE 18 diciembre 2014, as. ac. C-400/13 y C-408/13, *Sanders y otros*, FD 34).

El acreedor de alimentos puede accionar ante los tribunales del Estado miembro de su residencia habitual. De ese modo, el acreedor no está obligado a "perseguir judicialmente" al deudor ante los tribunales del Estado donde éste reside. El art. 3.b del Reglamento 4/2009 recoge un foro de ataque (*forum actoris*). De este modo, los alimentos pueden ser concedidos de modo más rápido (*venter non patitur dilationem*).

El art. 3.b del Reglamento 4/2009 permite al acreedor de alimentos acudir ante los tribunales del país donde tiene su "residencia habitual". Ello es relevante

son considerados "acreedores" en el capítulo del reconocimiento y ejecución de decisiones (fundamento 14 y art. 64). En el caso de España, el Real Decreto 1618/2007 de 7 de diciembre sobre organización y funcionamiento del Fondo de Garantía del Pago de Alimentos configura la subrogación del Estado con un carácter eminentemente público (art. 24). La Disposición adicional segunda prevé que cuando el deudor de alimentos resida en el extranjero, los beneficiarios de los anticipos públicos podrán, en cualquier momento del procedimiento, reclamar el pago de alimentos en aplicación de los convenios internacionales existentes en la materia, con independencia de su condición de beneficiario del anticipo del Fondo de Garantía del Pago de Alimentos.

11 Sobre esta cuestión se ha dictado, por parte del TJUE una interesante jurisprudencia que se puede observar en la STJUE de 16-7-2015, en el as. C-184/14, A, considera que el art. 3, letras c) y d), del Reglamento 4/2009 debe interpretarse en el sentido de que, cuando un órgano jurisdiccional de un Estado miembro conoce de una acción de separación, o de ruptura del vínculo conyugal, entre los padres de un hijo menor de edad, y un órgano jurisdiccional de otro Estado miembro conoce de una acción de responsabilidad parental en relación con ese menor, una demanda relativa a una obligación de alimentos a favor de ese hijo sólo es accesoria a la acción relativa a la responsabilidad parental en el sentido del art. 3, letra d), de dicho Reglamento.

en los casos en que el demandante, aun cuando conserva su "domicilio legal" en un país, (normalmente, país de acogida de emigrantes), reside de facto, pero habitualmente, en otro, que suele ser el Estado de origen del emigrante acreedor de alimentos, al que puede haber regresado tras una ruptura de convivencia en el país de acogida.

Este foro recogido en el art. 3.b del Reglamento 4/2009 opera como una regla de competencia internacional y también como una regla de competencia territorial. Ahora bien, la precisión exacta del órgano jurisdiccional concretamente competente para resolver tales litigios y la definición concreta de la competencia territorial de los órganos jurisdiccionales del lugar de residencia habitual del acreedor, corresponde a cada Estado miembro. El Estado miembro en cuestión debe señalar como competente un tribunal que corresponda, realmente, al lugar donde el acreedor tiene su residencia habitual. Algunos Estados disponen de reglas de concentración de litigios sobre alimentos, que obligan al acreedor a litigar ante un tribunal que conoce de otro pleito o acción (normalmente un tribunal especializado en pleitos de alimentos) y lo alejan del lugar de su residencia habitual. Pues bien, en estos casos, debe realizarse una ponderación de intereses en este sentido: a) El art. 3.b del Reglamento 4/2009 se opone, en principio, a las normativas nacionales que establecen una concentración de competencias judiciales en materia de obligaciones de alimentos transfronterizas a favor de un órgano jurisdiccional de primera instancia competente en el lugar en el que se encuentre la sede del órgano jurisdiccional de apelación; b) Ahora bien, esta normativa no es contraria al citado precepto si la misma contribuye a la consecución del objetivo de una recta administración de la justicia y proteja el interés de los acreedores de alimentos al favorecer el cobro efectivo de tales créditos, lo que, en cualquier caso, corresponde comprobar al órgano jurisdiccional que conoce del asunto.

Cuando la acción se ejercita por un progenitor en nombre y representación de su hijo menor, el titular del crédito alimenticio es el menor, Él es el que ejercita la acción. Por tanto, debe tenerse en cuenta la residencia habitual del menor y no la residencia habitual de la madre (SAP Barcelona de 29 abril de 2014 (JUR 2014, 134864)).

Resulta muy discutida la cuestión de saber si el foro recogido en el art. 3.b del Reglamento 4/2009 puede emplearse cuando el demandante no es el acreedor de alimentos, sino una institución pública que pide el reembolso de los alimentos a otra personal, normalmente, al deudor que tenía que suministrar tales alimentos. La jurisprudencia del TJCE era contraria, y con mucha razón, pues el fundamento del precepto consiste en favorecer al "acreedor de alimentos", no a "otros sujetos" que pueden actuar como "demandantes" en un litigio de alimentos (STJCE 15 enero 2004, *Bayern*). El antiguo art. 5.2 del Reglamento 44/2001 era, pues, un

"foro unidireccional": sólo beneficiaba al "acreedor de alimentos" y a nadie más. Esta tesis todavía puede mantenerse en relación con el art. 68.2 del Reglamento 4/2009 podrá permitir también utilizar dicho foro a "un organismo público" que actúa en lugar de una persona física a quien se le deba el pago de alimentos.

En definitiva, nos encontramos con que, en defecto de sumisión expresa o tácita, el Reglamento "Bruselas III", de forma parecida a lo previsto en el Reglamento "Bruselas I" o en el Convenio de "Lugano II", prevé la competencia concurrente de los tribunales de los Estados miembros correspondientes a la residencia (en lugar del domicilio) del demandado y a la residencia (y no al domicilio) del acreedor de alimentos (art. 3 a) y b)). Acreedor alimenticio debe ser considerado tanto quien ya ha sido reconocido por una resolución judicial previa como titular de tal derecho, como quien por vez primera interpone una acción de alimentos (STJCE de 20 de marzo de 1997, As. C-295/1995: "Jackie Farrel/James Long")[12].

Además, el Reglamento 4/2009 también, prevé el juego de la autonomía de la voluntad (art. 4 del Reglamento 4/2009), estableciendo unos foros de sumisión expresa y tácita. De esta forma, las partes podrán convenir que cualquiera de los siguientes órganos jurisdiccionales de un Estado miembro sean competentes para resolver los litigios en materia de obligación de alimentos suscitados o que puedan suscitarse entre ellos: a) el órgano jurisdiccional competente para conocer de sus litigios en materia matrimonial, o b) el órgano u órganos jurisdiccionales del Estado miembro en cuyo territorio hayan tenido su última residencia habitual común los cónyuges durante al menos un año. El Reglamento no exige que dichas partes o una de las partes tenga su residencia habitual o domicilio en un Estado miembro. La elección deberá hacerse por escrito y tendrá alcance exclusivo. Se considerará hecho "por escrito" toda transmisión efectuada por medios electrónicos que proporcione un registro duradero del acuerdo, como, p. ej., intercambio de *emails* (art. 4.2 del Reglamento 4/2009).

- Análisis y régimen jurídico de la sumisión expresa.

Las partes pueden elegir como competentes a un concreto órgano jurisdiccional de un Estado miembro o los órganos jurisdiccionales de un Estado miembro en su conjunto, caso en el que la precisión del concreto órgano jurisdiccional competente se llevará a término con arreglo a la legislación procesal de dicho Estado.

12 El fundamento último de este sistema de determinación de la competencia judicial internacional en el caso de los litigios sobre alimentos se observa, con absoluta nitidez, en la Sentencia de 20-03-1997, núm. C-295/1995, Jackie Farrell/James Long, en la que el Tribunal declara que, en materia de obligaciones alimentarias, se permite a una esposa que haya sido abandonada por su marido demandar a este último para que pague una pensión alimentaria no ante el Juez del lugar del domicilio legal sino ante el Juez del lugar en el que ella tiene su residencia habitual). El fundamento de este foro es tanto procesal como sustantivo. Desde un punto de vista procesal, permite al Tribunal una mejor valoración de las necesidades del acreedor alimenticio. Desde una perspectiva sustantiva, favorece el acceso a la justicia de la parte económicamente más débil.

Las partes sólo pueden elegir como competentes determinados órganos jurisdiccionales de los Estados miembros y en concreto (art. 4.1 letras a, b, c del Reglamento 4/2009): a) El órgano u órganos jurisdiccionales del Estado miembro en que una de las partes tenga su residencia habitual; b) El órgano u órganos jurisdiccionales del Estado miembro del que sea nacional una de las partes; c) Por lo que respecta a las obligaciones de alimentos entre cónyuges o excónyuges, el órgano jurisdiccional competente para conocer de sus litigios en materia matrimonial, o el órgano u órganos jurisdiccionales del Estado miembro en cuyo territorio hayan tenido su última residencia habitual común los cónyuges durante al menos un año. Las condiciones contempladas en las letras a), b) o c) del art. 4.1 del Reglamento 4/2009 deben cumplirse en el momento de celebrarse el acuerdo de elección de foro o de presentación de la demanda.

Las partes pueden elegir los tribunales competentes en relación con litigios en materia de alimentos ya suscitados o que puedan suscitarse entre ellas en el futuro.

La competencia atribuida en virtud de un acuerdo de elección de tribunal o tribunales se presume que es "exclusiva" y que, por ello, excluye la competencia de cualquier otro tribunal designado por el Reglamento 4/2009, salvo que las partes hayan pactado lo contrario de modo expreso o tácito (art. 4.1 III del Reglamento 4/2009).

El acuerdo de elección del foro debe celebrarse por escrito. Es una forma *ad solemnitatem*, de modo que, si no se observa, se estimará que el acuerdo no existe y no produce efectos legales. Se considerará hecho "por escrito" toda transmisión efectuada por medios electrónicos que proporcione un registro duradero del acuerdo, como intercambio de *email*s, por ejemplo (art. 4.2 del Reglamento 4/2009).

Los acuerdos de elección de tribunal competente son posibles en relación con todo litigio de alimentos excepto con los litigios relativos a la obligación de alimentos respecto de un menor de edad inferior a 18 años (art. 4.3 del Reglamento 4/2009).

Si las partes hubieren acordado atribuir una competencia exclusiva a un órgano jurisdiccional o a los órganos jurisdiccionales de un Estado parte en el Convenio de Lugano II de 30 de octubre de 2007 que no fuera un Estado miembro de la UE, el Convenio de Lugano II será aplicable excepto en lo referente a los litigios relativos a la obligación de alimentos respecto de un menor de edad inferior a 18 años (art. 4.4 del Reglamento 4/2009).

El art. 4 del Reglamento 4/2009 permite la libre elección del tribunal competente por las partes y no exige para ello que dichas partes o una de las partes tenga su residencia habitual o domicilio en un Estado miembro.

Los foros de competencia internacional recogidos en el Reglamento 4/2009 tienen como objetivo "ofrecer una protección particular al alimentista, que es considerado la parte más débil en un procedimiento de este tipo" (STJUE 18 diciembre 2014, as. Ac. C-400/13 y C-408/13, *Sanders y otros*, FD 28). Ese favor jurisdiccional se traduce en que las normas de competencia recogidas en el Reglamento 4/2009 garantizan una "proximidad entre el acreedor y el órgano jurisdiccional competente".

En cuanto a la sumisión tácita, nos encontramos con que, con independencia de los casos en los que su competencia resultare de otras disposiciones del Reglamento 4/2009, será competente el órgano jurisdiccional del Estado miembro ante el que compareciere el demandado (art. 5 del Reglamento 4/2009).

- *Análisis y régimen jurídico de la sumisión tácita.*

En cuanto a la sumisión tácita, regulada en el art. 5 del Reglamento 4/2009, cabe subrayar que sigue la horma presente en el art. 26 RB I-bis, de modo que, si el demandado comparece ante el tribunal al que el actor se ha dirigido previamente, y no impugna la competencia de dicho tribunal, éste será competente para conocer del litigio relativo a alimentos. No es relevante la nacionalidad ni el país de domicilio de los litigantes.

Además de los anteriores foros de competencia, nos encontramos con un foro subsidiario de competencia y con un *forum necessitatis*.

En lo que respecta al foro subsidiario de competencia, nos encontramos con que, cuando ningún órgano jurisdiccional de un Estado miembro sea competente con arreglo a los citados arts. 3, 4 y 5, serán competentes los órganos jurisdiccionales del Estado miembro del que las partes tengan nacionalidad común (art. 6 del Reglamento 4/2009).

Por lo que respecta al *forum necessitatis*, dispone el Reglamento 4/2009 que, cuando ningún órgano jurisdiccional de un Estado miembro sea competente con arreglo a los arts. 3, 4 y 5, los órganos jurisdiccionales de un Estado miembro podrán, en casos excepcionales, conocer del litigio si un procedimiento no puede razonablemente introducirse o llevarse a cabo o resulta imposible en un Estado tercero con el cual el litigio tiene estrecha relación (art. 7 del Reglamento 4/2009). Esta disposición pretende evitar que las partes que no pueden, en la práctica, litigar en un tercer Estado, tampoco lo puedan hacer en un Estado miembro. Si existe un Estado miembro que presenta una conexión suficiente con dicho pleito, los tribunales de dicho Estado miembro "podrán" conocer del litigio. Esta posibilidad de atribución de la competencia judicial internacional dependerá del caso concreto, y se valorará, de forma discrecional, por parte de los órganos

jurisdiccionales del estado miembro que se trate, la oportunidad de declararse competentes al efecto, sin que exista una obligatoriedad para los órganos judiciales en relación a la declaración de competencia en base al *forum necessitatis* previsto en el art. 7 del Reglamento 4/2009.

"Forum necessitatis" y art. 7 del Reglamento 4/2009.

Varios datos son importantes en torno a esta disposición: 1) Se trata de una regla a aplicar exclusivamente en "casos excepcionales" (Cons.19 del Reglamento 4/2009). Indica el Cons. 19 del Reglamento 4/2009, que "uno de esos casos excepcionales podría darse cuando en el Estado tercero de que se trate resulte imposible un procedimiento, por ejemplo, debido a una guerra civil, o cuando no quepa esperar razonablemente que el solicitante introduzca o conduzca un procedimiento en dicho Estado"; 2) Uno de los "vínculos suficientes" con el Estado miembro cuyos órganos jurisdiccionales van a conocer del asunto es, por ejemplo, "la nacionalidad de una de las partes" (Cons. 19 del Reglamento 4/2009). Otro vínculo suficiente podría ser la presencia de bienes del demandado en el territorio de un Estado miembro; 3) El art. 7 del Reglamento 4/2009 (foro de necesidad) sólo es aplicable si ningún tribunal de ningún Estado miembro resulta competente para conocer del asunto en virtud de los arts. 3, 4, 5 y 6 del Reglamento 4/2009, lo que impide la utilización de este foro de necesidad de modo alternativo al foro subsidiario de la nacionalidad común de las partes (art. 6 del Reglamento 4/2009). El art. 7 del Reglamento 4/2009 sólo debe aplicarse si ningún tribunal de ningún Estado miembro es competente con arreglo a los foros contenidos en los arts. 3, 4, 5 y también 6 del Reglamento 4/2009 (*Vid.* corrección de errores de este art. 7 del Reglamento 4/2009 en DOUE L131 de 18 mayo 2011).

2. Particularidades en la determinación de la competencia judicial internacional

El Reglamento 4/2009 regula ciertas particularidades que podrían considerarse como problemáticas, relacionadas con la determinación de la competencia judicial internacional conforme a los foros expuestos, como puede ser la verificación de la competencia y la admisibilidad, la conexidad o la litispendencia, regulándose, igualmente, la competencia judicial para el conocimiento de la solicitud de medidas cautelares.

Cabe señalar que, en la práctica, los supuestos son en ocasiones complejos, pudiendo plantearse situaciones en las que estén presentes varios de los fueros anteriormente expuestos, así como supuestos en los que se produce, por ejemplo, la acumulación de acciones, de tal manera que pueden darse ocasiones en las que, incluso, el tribunal declare su incompetencia para conocer alguna de estas acciones

acumuladas, mientras que sí que es competente para conocer la acción por la que se reclama una pensión alimenticia[13].

Así las cosas, el órgano jurisdiccional de un Estado miembro al que se haya recurrido para un asunto respecto del cual no sea competente en virtud del Reglamento 4/2009 verificará su competencia, declarándose de oficio incompetente (art. 10 del Reglamento 4/2009).

Además, se regula la verificación de la admisibilidad por parte del órgano jurisdiccional, de tal manera que, si un demandado con residencia habitual en el territorio de un Estado distinto del Estado miembro donde se ejercitó la acción no compareciera, el órgano jurisdiccional competente suspenderá el proceso hasta que se demuestre que al demandado se le notificó el escrito de interposición de la demanda o documento equivalente con antelación suficiente para que pudiera defenderse o que se tomaron todas las diligencias posibles a tal fin (art. 11 del Reglamento 4/2009).

En cuanto a la litispendencia, establece el Reglamento 4/2009 que, si se formulasen demandas con el mismo objeto y causa entre las mismas partes ante órganos jurisdiccionales de Estados miembros distintos, el órgano jurisdiccional ante el que se haya formulado la segunda demanda suspenderá de oficio el proceso hasta que se declare competente el órgano jurisdiccional ante el cual se interpuso la primera. Cuando el tribunal ante el cual se interpuso la primera demanda se declare competente, el tribunal ante el que se interpuso la segunda se inhibirá en favor de aquel (art. 12 del Reglamento 4/2009).

Cuando demandas conexas[14] estuvieran pendientes ante órganos jurisdiccionales de Estados miembros diferentes, el órgano jurisdiccional ante el que se haya presentado la demanda posterior podrá suspender el proceso. Cuando tales demandas conexas estuvieran pendientes en primera instancia, cualquiera de los órganos jurisdiccionales a los que se hayan presentado las demandas posteriores podrá de igual modo inhibirse, a instancia de una de las partes, a condición de que el órgano jurisdiccional ante el que se haya presentado

13 Véase, por ejemplo, como muestra de la complejidad que, en ocasiones, se presenta en la práctica, la Sentencia del TJUE, de 5-9-2019, en el as. C-468/18, R. En ella, se aborda un supuesto en el que se interpone, ante un órgano jurisdiccional de un Estado miembro, un recurso que comprende tres pretensiones relativas, respectivamente, al divorcio de los progenitores de un menor, a la responsabilidad parental respecto de ese menor y a la obligación de alimentos hacia este. El Tribunal precisa que el art. 3 a) y d) y el art. 5 del Reglamento 4/2009 del Consejo, deben interpretarse en el sentido de que el órgano jurisdiccional que resuelve sobre el divorcio, y que se ha declarado incompetente para pronunciarse sobre la pretensión relativa a la responsabilidad parental es, sin embargo, competente para resolver sobre la pretensión relativa a la obligación de alimentos respecto a dicho menor, cuando es también el órgano jurisdiccional del lugar de la residencia habitual del demandado, o el órgano jurisdiccional ante el que este ha comparecido, sin impugnar su competencia.

14 Se considerarán conexas las demandas vinculadas entre sí por una relación tan estrecha que sería oportuno tramitarlas y juzgarlas al mismo tiempo a fin de evitar resoluciones que podrían ser inconciliables si los asuntos fueren juzgados separadamente.

la primera demanda fuere competente para conocer de las demandas de que se trate y de que su ley permita su acumulación (art. 13 del Reglamento 4/2009).

Por último, podrán solicitarse las medidas provisionales o cautelares previstas por la ley de un Estado miembro a los órganos jurisdiccionales de dicho Estado, incluso si, en virtud del Reglamento 4/2009, un órgano jurisdiccional de otro Estado miembro es competente para conocer sobre el fondo (art. 14 del Reglamento 4/2009).

III. LA DETERMINACIÓN DE LA LEY APLICABLE A LA COMPENSACIÓN ECONÓMICA POR SEPARACIÓN O DIVORCIO ENTRE CÓNYUGES.

El mencionado Reglamento 4/2009 no contiene normas de determinación de la ley aplicable, sino que hace una remisión al régimen jurídico establecido en el Protocolo sobre la ley aplicable a las obligaciones alimenticias, hecho en La Haya el 23 de noviembre de 2007[15] (en lo sucesivo, el Protocolo de La Haya de 2007[16]) (art. 15 del Reglamento 4/2009[17]). Este texto normativo, que tiene alcance universal (art. 2 del Protocolo de La Haya de 2007), desplaza tanto las soluciones contenidas en otros Convenios de La Haya (p. ej., el Convenio de La Haya de 1973), como las legislaciones nacionales, incluso en el caso de que sea la de un Estado no contratante, por lo que desplaza la aplicación del art. 9.7 de nuestro Código Civil.

- *Art. 9.7 CC. De norma de conflicto materialmente orientada a norma de incorporación por referencia.*

El art. 9.7 CC fue redactado en 1974. El precepto era una norma materialmente orientada que precisaba la Ley aplicable a los alimentos en virtud de su contenido material. Los puntos de conexión que recogía el precepto eran: 1) Ley nacional común o de la vecindad civil común, del alimentista y del alimentante; 2) Si dicha Ley no permite al acreedor obtener alimentos, se aplicará la ley de la residencia habitual de dicho acreedor de alimentos; 3) En defecto de ambas leyes anteriores, o cuando ninguna de ellas permita la obtención de alimentos, se aplicará la ley interna de la autoridad que conoce de la reclamación. Establece el art. 9.7 CC que en caso de cambio de la nacionalidad común o de la residencia habitual del alimentista, la nueva ley se aplicará a partir del momento del cambio.

15 Firmado y ratificado por la Unión Europea como consecuencia de la Decisión del Consejo de 30 de noviembre de 2009. *DOUE* L 93 de 7 de abril de 2011. Sobre el estado del Protocolo, *vid.* www.hcch.net.

16 *Vid.* Pocar, F. y Viarengo, I.: "Il Regolamento (CE) n.4/2009 in materia di obbligazioni alimentari", *RDIPP*, 2009, pp. 806-828.

17 Nos encontramos con una remisión en bloque, coincidiendo con Susin Carrasco en que con ello el legislador comunitario puede llegar a "perder el control" sobre la regulación contenida en dicho Convenio internacional al fraguarse en otro organismo distinto La Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado cuyos ritmos, objetivos e intereses pueden no coincidir con los propios de la UE. *Vid.* Susin Carrasco, E., *Ley Aplicable a la Obligación de Alimentos*, Ponencia realizada en fecha 16-03-2012.

El texto de 1974 fue derogado y sustituido por el siguiente en virtud de la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia: "La ley aplicable a las obligaciones de alimentos entre parientes se determinará de acuerdo con el Protocolo de La Haya, de 23 de noviembre de 2007, sobre la ley aplicable a las obligaciones alimenticias o texto legal que lo sustituya".

Esta norma, en relación con los conflictos de leyes interregionales, es una norma que incorpora al Derecho interregional español, por referencia, el texto del citado Protocolo de La Haya, de 23 de noviembre de 2007, sobre la ley aplicable a las obligaciones alimenticias o texto legal que lo sustituya. Ello significa que las normas de conflicto contenidas en dicho Protocolo determinan la Ley reguladora de los alimentos entre parientes se aplican en los casos de Derecho interregional. Las normas del Protocolo citado se aplican en estos supuestos no como normas contenidas en un convenio internacional, sino como normas españolas que han "copiado", por referencia, el texto de las normas del Protocolo. Por tanto, cuando el Protocolo se aplica a supuestos de Derecho interregional, los tribunales están aplicando normas de conflicto españolas con lo que ello significa desde el punto de vista sistemático, interpretativo y valorativo.

La regla general es la aplicación de la ley del lugar de residencia habitual del acreedor de la pensión compensatoria. En caso de cambio de residencia, se aplicará la ley del nuevo país de residencia desde el momento en que se produce dicho cambio (art. 3 del Protocolo de La Haya de 2007). Partiendo de esta regla general, se establece una norma especial relativa a los cónyuges y ex cónyuges (art. 5 del Protocolo de La Haya de 2007) que determina que no se aplicará la ley de residencia del acreedor si la otra parte se opone y el supuesto presenta una vinculación más estrecha con la ley de otro Estado, en particular el de la última residencia habitual común, en cuyo caso se aplicará esta última. Además, el Protocolo de La Haya de 2007 permite el juego de la autonomía de la voluntad, aunque limitado (arts. 7 y 8 del Protocolo de La Haya de 2007). Sólo se puede elegir dentro de un elenco limitado de leyes, y queda excluida la posibilidad de elección cuando el acreedor es menor de 18 años o un adulto incapaz.

La Ley de la residencia habitual del acreedor de alimentos.

Varias consideraciones son necesarias: 1) Se trata de la Ley del país donde se halla el "centro social de vida" del acreedor de alimentos. Es una Ley cuyo contenido es fácilmente accesible para el acreedor de alimentos y con arreglo la cual es muy posible que esté ya habituado a operar. Por tanto, este punto de conexión refuerza la protección jurídica del acreedor de alimentos al reducir sus costes conflictuales: SAP Barcelona 8 abril 2014 (divorcio entre cónyuges marroquíes con residencia en Cataluña), SAP Barcelona 9 abril 2014 (padre

de nacionalidad española y madre de nacionalidad india y menores residentes en Cataluña), SAP Barcelona 1 julio 2008 (JUR 2008, 316064), AAP Barcelona 23 mayo 2006 (JUR 2006, 272347); SAP Barcelona 29 abril 2014 (JUR 2014, 134864). Es un punto de conexión cuya precisión por parte del juez resulta muy sencilla: el juez debe realizar, exclusivamente, "comprobaciones de hecho" para acreditar cuál es el país de residencia habitual del acreedor de alimentos; 3) La residencia habitual del acreedor de alimentos es el lugar donde se manifiestan las necesidades de dicho sujeto y al que será necesario referirse para establecer la existencia de la obligación de alimentos y, sobre todo, la medida y extensión en la que tales alimentos deben concederse o denegarse; 4) Será frecuente que el acreedor litigue ante los tribunales del país de su residencia habitual (art. 3. b) del Reglamento 4/2009). Por ello, este primer punto de conexión evita la aplicación y la prueba de Derechos extranjeros, y potencia la aplicación de la *Lex Fori*. Los procesos por alimentos serán, así, más veloces (*venter non patitur dilationem*); 5) En caso de cambio de la residencia habitual del acreedor de un Estado a otro Estado, se aplicará la ley del Estado de la nueva residencia habitual desde el momento en que se produce el cambio, de modo que el PLH 2007 impide que en este cambio se pueda apreciar un *Forum Shopping* fraudulento (art. 3.2 PLH 2007); 5) En los casos internacionales e interregionales, cuando el Reglamento 4/2009 – Protocolo de La Haya conduce a aplicar el Derecho español, puede aplicarse la ley correspondiente al territorio donde el acreedor tiene su residencia habitual; SAP Barcelona 12 junio 2013 (divorcio entre española y peruano).

La aplicación de la ley determinada conforme al Protocolo solo podrá rechazarse en la medida en que sus efectos fueran manifiestamente contrarios al orden público del foro (*art. 13 del Protocolo de La Haya de 2007)*[18].

- Régimen jurídico de la elección de la Ley aplicable a la obligación de alimentos.

Deben tenerse en cuenta las siguientes reglas (art. 8 PLH 2007: a) La elección de la Ley reguladora de los alimentos puede llevarse a cabo en cualquier momento, incluso durante el proceso; b) Sólo pueden elegirse como Ley aplicable a una obligación alimenticia una de estas Leyes: 1) Ley de un Estado del cual alguna de las partes tenga la nacionalidad en el momento de la designación; 2) Ley del Estado de la residencia habitual de una de las partes en el momento de la designación;

18 De esta forma, cualquiera que sea la ley aplicable a la obligación alimenticia, el art. 13 del Protocolo de La Haya abre la posibilidad de eludirla cuando sea manifiestamente incompatible con el orden público del foro. El orden público no puede operar en ningún caso frente a una ley que no reconozca el derecho de alimentos conforme a la solución general, dado que esta contingencia se resolvería, en su caso, en virtud de la aplicación subsidiaria de las conexiones previstas en el art. 4. Aplicando el Convenio de La Haya de 1973, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (sección 18ª) de 18 de julio de 2002 recurre al criterio de "orden público" para justificar la imposibilidad de privar al hijo de alimentos por falta de acreditación de la ley aplicable, correspondiente a la residencia del acreedor. En realidad, en estos casos de falta de prueba de la ley aplicable, las disposiciones del Convenio habilitan el recurso en cascada hasta la *lex fori*. A una solución similar puede abocar las reglas de aplicación del Protocolo de La Haya.

3) Ley elegida por las partes para regir sus relaciones patrimoniales o la ley efectivamente aplicada a tales relaciones; 4) Ley elegida por las partes para regir su divorcio, separación de cuerpos o la ley efectivamente aplicada a tal divorcio o separación; c) El acuerdo de elección de la Ley aplicable debe constar por escrito o ser registrado en cualquier soporte cuyo contenido sea accesible para su ulterior consulta, y deberá ser firmado por ambas partes; d) No cabe efectuar elección de la Ley aplicable en relación con las obligaciones alimenticias a favor de una persona menor de 18 años o a un adulto que, por razón de una disminución o insuficiencia de sus facultades personales, no se encuentra en condiciones de proteger sus intereses; e) No obstante la Ley designada por las partes en virtud del art. 8.1 PLH 2007, la ley del Estado de residencia habitual del acreedor, en el momento de la designación, determinará si el acreedor puede renunciar a su derecho a alimentos; f) A menos que en el momento de la designación las partes fueran debidamente informadas y conscientes de las consecuencias de la ley designada, esta no se aplicará cuando conlleve consecuencias manifiestamente injustas o no razonables para cualquiera de las partes. La elección de Ley aplicable a los alimentos reduce los costes conflictuales ya que puede elegirse una Ley que las partes conocen previamente y con la que están habituados a comportarse y/o litigar. Favorece igualmente, la seguridad jurídica y la previsibilidad de soluciones conflictuales.

El Protocolo de La Haya de 2007 establece, además, en aras de ajustar la cuantía de la pensión compensatoria a los diferentes niveles de vida de los Estados miembros en que vive cada una de las partes, que en la determinación de la ley aplicable conforme a las reglas establecidas en el Protocolo, siempre deberán tenerse en cuenta las necesidades del acreedor y los recursos del deudor, así como cualquier compensación concedida al acreedor en lugar de un pago periódico de alimentos, incluso cuando aquella ley no lo previese (art. 14 del Protocolo de La Haya de 2007).

- Jurisprudencia en favor de la aplicación de la Ley de la residencia habitual del acreedor de alimentos.

Es abundante la jurisprudencia española que aplica este punto de conexión: SAP Barcelona 29 julio 2015 (JUR 2015, 295508) (divorcio entre cónyuges alemanes celebrado en Colombia), SAP Barcelona 2 febrero 2015 (JR 2015, 374162) (hija con residencia en Perú). A falta de elección por las partes, el Protocolo prevé una solución de carácter general, en virtud de la cual las obligaciones alimenticias se regirán por la Ley del Estado en que el acreedor tenga su residencia habitual, salvo que el Protocolo disponga otra cosa (art. 3.1). Junto a esta regla general, el legislador ha previsto en el párrafo 2º del art. 3 el denominado conflicto móvil. De este modo, en caso de cambio en la residencia habitual del acreedor de los alimentos se aplicará la ley del Estado de la nueva residencia habitual a partir del momento en que se haya realizado dicho cambio.

La SAP de Toledo de 8 de febrero de 2012 (Tol 2452643), por el contrario, declaró no haber lugar a la extinción de la pensión pese a constar acreditada la convivencia *more uxorio* de la esposa con otra persona, debido a lo pactado en el convenio regulador. Y lo mismo sucede con la SAP de Zaragoza 15 de junio de 2010 (Tol 1979819), que entendió que la existencia de dos domicilios diferentes de la pareja no era causa determinante para apreciar la inexistencia de relación afectiva susceptible de extinguir la pensión compensatoria de la esposa.

Con respecto a un Estado en el que se apliquen, en unidades territoriales diferentes, dos o más sistemas jurídicos o conjuntos de normas, relativos a las materias reguladas por el propio Protocolo de La Haya de 2007, se aplican las siguientes normas: a) si en dicho Estado existen normas en vigor que determinen como aplicable a la ley de una unidad territorial, se aplicará la ley de dicha unidad; b) en ausencia de tales normas, se aplicará la ley de la unidad territorial determinada (art. 16 del Protocolo de La Haya de 2007).

- Elección de la Ley aplicable a la obligación de alimentos a los efectos de un procedimiento específico.

El art. 7 PLH 2007 precisa que el acreedor y el deudor de alimentos podrán, únicamente a los efectos de un procedimiento específico en un determinado Estado, designar expresamente la ley de dicho Estado como aplicable a una obligación alimenticia. La designación hecha antes de la iniciación del procedimiento deberá ser objeto de un acuerdo, firmado por ambas partes, por escrito o registrado en cualquier soporte cuyo contenido sea accesible para su ulterior consulta. Se trata de una disposición que favorece los acuerdos de elección de ley limitados a procedimientos específicos ya comenzados o a punto de comenzar y que solo puede emplearse para designar como aplicable la *Lex Materialis Fori* a la obligación de alimentos. Su origen es francés: *l'accord procédural* que en Derecho internacional privado francés permite a las partes designar como ley aplicable a un caso internacional inicialmente regido por un Derecho extranjero, la Ley francesa (*Lex Fori*).

IV. RECONOCIMIENTO, FUERZA EJECUTIVA Y EJECUCIÓN DE LAS RESOLUCIONES EN MATERIA DE COMPENSACIÓN ECONÓMICA POR SEPARACIÓN O DIVORCIO ENTRE CÓNYUGES.

Numerosos instrumentos internacionales se ocupan de facilitar la eficacia extraterritorial de decisiones en esta materia[19]. Aunque esta "superproducción

19 Los siguientes instrumentos internacionales permiten el reconocimiento y ejecución, en España, de resoluciones extranjeras en materia de alimentos: 1°) el Reglamento 4/2009; 2°) el Convenio de Bruselas de 27 septiembre 1968, en su hoy muy reducido ámbito de aplicación espacial; 3°) el Convenio de Lugano II de 30 octubre 2007, aplicable a las decisiones en materia de alimentos procedentes de Estados partes en este Convenio pero que no son Estados miembros del Reglamento 4/2009; 4°) el Convenio de La Haya

de instrumentos internacionales" responde a la idea de favorecer al demandante de *exequatur*, que es, normalmente el acreedor de la pensión compensatoria[20], lo cierto es que, la abundancia de instrumentos internacionales en esta materia provoca la necesidad de fijar el concreto "instrumento internacional aplicable" al caso concreto[21].

Teniendo en cuenta las dimensiones del presente trabajo, que impide un estudio pormenorizado de todos los instrumentos relativos a la eficacia extraterritorial de las resoluciones, se considera oportuno centrarnos en el estudio del instrumento normativo que, en España, resulta "fundamental" en materia de pensión compensatoria entre cónyuges: el Reglamento 4/2009. Se deben destacar cuatro datos:

- Las resoluciones en materia de obligaciones de alimentos dictadas por un Estado miembro deben ser reconocidas en otros Estados miembros sin que sea necesario procedimiento especial alguno.

- Si la resolución sea dictada por un Estado miembro vinculado por el Protocolo de la Haya de 2007, como regla general, no podrá impugnarse su reconocimiento. Si es ejecutoria en el Estado miembro que la ha adoptado, disfrutará de la fuerza ejecutiva en otro Estado miembro sin necesidad de una declaración. No obstante, en ciertos casos, existe la posibilidad de solicitar el reexamen de la resolución, así como el rechazo o la suspensión de su ejecución. En aquellos casos en los que la resolución es dictada por un Estado miembro no vinculado por el Protocolo de La Haya de 2007, su reconocimiento podrá revocarse en ciertos casos. Podrá ejecutarse en otro Estado miembro –si es ejecutoria en el Estado miembro

---

de 15 abril 1958 sobre reconocimiento y ejecución de decisiones en cuestión de obligaciones alimenticias con los menores; 5°) el Convenio de La Haya de 2 octubre 1973 sobre reconocimiento y ejecución de resoluciones relativas a las obligaciones alimenticias; y 6°) distintos Convenios bilaterales firmados por España, que suelen cubrir la eficacia extraterritorial de resoluciones extranjeras dictadas en materia de alimentos.

20 Un apunte se ha de hacer con respecto a la problemática que, en ocasiones, se plantea a la hora de entablar una acción de modificación de medidas, como consecuencia de la exigencia de previo reconocimiento de la resolución que fija las medidas objeto de la solicitud de modificación, como requisito para la admisión de la demanda de modificación de medidas. En este sentido, cabe señalar que en el marco de la aplicación del *ex* Reglamento "Bruselas I", la jurisprudencia ha exigido en ocasiones, como requisito previo para admitir una demanda de modificación de medidas sobre pensión de alimentos dictadas en un procedimiento de divorcio, el previo reconocimiento, siquiera incidental o automático, de la decisión de divorcio extranjera y no solo el reconocimiento parcial de la decisión sobre alimentos. Semejante exigencia es excesiva, cuando menos por lo que se refiere al reconocimiento automático de la sentencia de divorcio, habida cuenta de la posibilidad abierta tanto en el Reglamento "Bruselas I" como en "Bruselas II" del reconocimiento parcial de una resolución sobre la obligación alimenticia, descartando asimismo el control de la ley aplicable a la relación familiar causal. Desde un punto de vista práctico, y dado el objeto del proceso, parte de la doctrina y de la jurisprudencia han defendido incluso una solución más flexible, consistente en admitir como presupuesto de la demanda de modificación de alimentos la acreditación de la decisión extranjera como un hecho, sin necesidad de proceder al reconocimiento ni de la decisión de divorcio ni del pronunciamiento sobre alimentos.

21 Resulta interesante al respecto el trabajo de Carrillo Pozo, L.: "Eficacia en España de las Resoluciones Extranjeras en Materia de Efectos Económicos del Matrimonio", en *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2012, Vol. 4, N° 1. Disponible en: https://e-revistas.uc3m.es/index.php/CDT/article/view/1465/605.

que la ha dictado– siempre que obtenga del Estado miembro de ejecución una declaración que constate la fuerza ejecutiva.

- No podrá revisarse el fondo de la resolución dictada en un Estado miembro en el Estado miembro en el que se solicite el reconocimiento, la fuerza ejecutiva o la ejecución.

- Las partes de un litigio se podrán beneficiar de un acceso efectivo a la justicia en otro Estado miembro, incluido en el marco de los procedimientos de ejecución y de los recursos. En particular, los Estados miembros facilitarán, según determinadas condiciones, asistencia jurídica.

El Reglamento 4/2009 establece un doble mecanismo de reconocimiento y ejecución de las resoluciones en esta materia en función de que el Estado miembro de origen esté o no vinculado por el Protocolo de La Haya de 2007. Si está vinculado por dicho Protocolo, las resoluciones se reconocerán y ejecutarán directamente, sin necesidad de procedimiento alguno (art. 17.1 del Reglamento 4/2009).

En cambio, si el Estado de origen no es parte del Protocolo de La Haya de 2007 (Reino Unido y Dinamarca), la resolución se someterá a un régimen de reconocimiento y ejecución. En este caso, se podrá denegar el reconocimiento si se dan ciertas condiciones (art. 24 del Reglamento 4/2009).

- Disposiciones comunes a todas las resoluciones extranjeras en materia de alimentos.

Las disposiciones comunes a todas las resoluciones extranjeras en materia de alimentos comprenden diversas cuestiones. 1) *Fuerza ejecutiva provisional*. El órgano jurisdiccional de origen podrá otorgar fuerza ejecutiva provisional a la resolución, no obstante, la interposición de un eventual recurso, aunque el Derecho nacional no prevea la fuerza ejecutiva por ministerio de la ley (art. 39 del Reglamento 4/2009). 2) *Invocación de una resolución reconocida*. La parte que desee invocar en otro Estado miembro una resolución reconocida deberá presentar una copia de la resolución que reúna las condiciones necesarias para establecer su autenticidad. Si ha lugar, el órgano jurisdiccional ante el que se invoque la resolución reconocida podrá pedir a la parte que desea invocarla que presente un extracto expedido por el órgano jurisdiccional de origen utilizando el formulario cuyo modelo figura, según el caso, en el anexo I o en el anexo II del Reglamento 4/2009.

El órgano jurisdiccional de origen expedirá este extracto igualmente a instancia de cualquier parte interesada (art. 40 del Reglamento 4/2009). "3) Procedimiento y condiciones de ejecución y condiciones de la ejecución". En

general, el procedimiento de ejecución de las resoluciones dictadas en otro Estado miembro se regirá por el Derecho del Estado miembro de ejecución (art. 41 del Reglamento 4/2009). Las resoluciones dictadas en un Estado miembro que tengan fuerza ejecutiva en el Estado miembro de ejecución serán ejecutadas en este en las mismas condiciones que si se hubieran dictado en dicho Estado miembro de ejecución. "4) Imposibilidad de revisión en cuanto al fondo". Las resoluciones dictadas en un Estado miembro no podrán en ningún caso ser objeto de revisión en cuanto al fondo en el Estado miembro en que se solicite el reconocimiento, la fuerza ejecutiva o la ejecución (art. 42 del Reglamento 4/2009).

A continuación, se profundizará en cada uno de estos supuestos:

- Resoluciones dictadas en un Estado miembro vinculado por el Protocolo de La Haya de 2007.

Estas resoluciones serán reconocidas en los demás Estados miembros sin que sea necesario recurrir a proceso alguno y sin posibilidad alguna de impugnar su reconocimiento. Surten un reconocimiento de pleno derecho o, con otras palabras, no necesitan reconocimiento en los demás Estados miembros. Estas resoluciones se tratan como si fueran resoluciones "nacionales" (art. 41.1 del Reglamento 4/2009)[22]. Vinculan a las autoridades de todos los Estados miembros y extienden su efecto de cosa juzgada a todos los Estados miembros (art. 17.1 del Reglamento 4/2009).

Estas resoluciones, siempre que presenten carácter ejecutivo en el Estado miembro de origen, gozarán de fuerza ejecutiva en los demás Estados miembros sin necesidad de otorgamiento de la ejecución. Es decir, no necesitan *exequatur* para poder ser ejecutadas en los demás Estados miembros. Pasan directamente a ejecución mediante solicitud de la parte interesada como si hubieran sido dictadas por una autoridad del Estado miembro requerido (art. 17.2 del Reglamento 4/2009). No obstante, sin perjuicio de esta regla general, existen supuestos en los que puede denegarse la "ejecución" de estas resoluciones, en base a los siguientes motivos de denegación o suspensión de la ejecución:

22 El objetivo de esta norma, de forma coherente con todas las disposiciones del Reglamento 4/2009, es el de lograr la máxima efectividad del derecho del acreedor de una prestación alimenticia, como se puede comprobar, por ejemplo, en base a lo dispuesto por la STJUE de 9-2-2017, en el as. C-283/16, S., precisa que las disposiciones del capítulo IV del Reglamento, y en particular su art. 41.1, deben interpretarse en el sentido de que un acreedor de alimentos, que ha obtenido una resolución en su favor en un Estado miembro y que desea ejecutarla en otro Estado miembro, puede presentar su solicitud directamente a la autoridad competente, como un tribunal especializado, de este último Estado miembro, y no puede estar obligado a presentar su solicitud a tal autoridad a través de la autoridad central del Estado miembro de ejecución. Los Estados miembros han de garantizar la plena eficacia del derecho previsto en el art. 41.1 del Reglamento 4/2009, modificando eventualmente sus normas procedimentales. En cualquier caso, incumbe al juez nacional aplicar el mencionado art. 41.1, dejando inaplicadas en caso de necesidad las disposiciones contrarias del Derecho nacional, y, por consiguiente, permitir a un acreedor de alimentos presentar su solicitud directamente ante la autoridad competente del Estado miembro de ejecución, incluso si el Derecho nacional no lo prevé.

a) Prescripción del derecho ya sea en virtud del Derecho del Estado miembro de origen o en virtud del Derecho del Estado miembro de ejecución, si éste estableciera un plazo de prescripción más largo (art. 21.2 del Reglamento 4/2009).

b) Incompatibilidad de la resolución dictada por el órgano jurisdiccional de origen con una resolución dictada en el Estado miembro de ejecución o con una resolución dictada en otro Estado miembro o en otro Estado tercero que reúna las condiciones necesarias para ser reconocida en el Estado miembro de ejecución (art. 21.2 del Reglamento 4/2009).

c) Es causa de mera suspensión de la ejecución la solicitud de reexamen de la resolución dictada por un órgano del Estado miembro de origen, interpuesta con arreglo al art. 19 del Reglamento 4/2009, siempre que se solicite dicha suspensión por el deudor. La autoridad competente del Estado miembro de ejecución "podrá", en dicho supuesto, suspender total o parcialmente la ejecución de la resolución del órgano jurisdiccional de origen (art. 21.3 del Reglamento 4/2009).

d) Es causa imperativa de suspensión de la ejecución de la resolución del órgano jurisdiccional de origen, en caso de que se suspenda su fuerza ejecutiva en el Estado miembro de origen, pero siempre que ello haya sido solicitado por el deudor (art. 21.3 del Reglamento 4/2009).

e) Todos los motivos de denegación o suspensión de la ejecución previstos por el Derecho del Estado miembro de ejecución, pero exclusivamente en la medida en que no sean incompatibles con los anteriores motivos recogidos en el art. 21.2 y 3 del Reglamento 4/2009.

- Particularidades del Convenio de La Haya de 2 octubre 1973 sobre reconocimiento y ejecución de resoluciones relativas a las obligaciones alimenticias.

Varios extremos deben diferenciarse.

1) *Ámbito de aplicación.* El Convenio se aplica a las resoluciones en materia de obligaciones alimentarias dimanantes de relaciones de familia, de parentesco de matrimonio o de afinidad incluidas las obligaciones alimentarias respecto de un hijo no legítimo, dictadas por las autoridades judiciales o administrativas de un Estado contratante entre un acreedor y un deudor de alimentos, o un deudor de alimentos y una Instrucción pública que persiga el reembolso de la prestación facilitada a un acreedor de alimentos SAP Murcia 16 enero 2008 (JUR 2008, 218280).

2) *Condiciones del reconocimiento y de la ejecución de las resoluciones.* Son las siguientes: a) Se controla la competencia del tribunal de origen (arts. 7 y 8)

(Sent. OGH 13 febrero 2007 (denegación de *exequatur* de sentencia dictada en Hungría)); b) La resolución debe ser *firme*, no susceptible de recurso ordinario en el Estado de origen, salvo que se trate de resoluciones ejecutorias provisionales y las medidas provisionales; c) puede denegarse el reconocimiento o exequatur (art. 5) si éstos resultan manifiestamente incompatibles con el orden público del Estado requerido, si la resolución resultase de un fraude en el procedimiento, si está pendiente un litigio entre las mismas partes y que tenga el mismo objeto ante una autoridad del Estado requerido, primera en conocer en dichos litigios, si la resolución es incompatible con una resolución dictada entre las mismas partes y sobre el mismo objeto, bien en el Estado requerido o bien en otro Estado cuando, en este último caso, tal resolución sea susceptible de reconocimiento y ejecución en el Estado requerido (Sent. Frostating Lagmannsrett (Noruega) 4 mayo 2007 (denegación del reconocimiento en Noruega de una sentencia alemanda de alimentos)) y si no se han respetado los derechos de defensa (art. 6) (Sent. Corte Cass. Italia 18 mayo 2006 (efectos en Italia de sentencia polaca sobre alimentos)).

3) *Procedimiento de reconocimiento y de ejecución de las resoluciones*. Se rige por la Ley del Estado requerido, a menos que el Convenio disponga lo contrario (art. 13). Cabe el reconocimiento o la ejecución parcial de una resolución. Los documentos a presentar son los relacionados en el art. 17.

- Resoluciones dictadas por un Estado miembro no vinculado por el Protocolo de La Haya de 2007.

Las resoluciones dictadas en un Estado miembro no vinculado por el Protocolo de La Haya de 2007 serán reconocidas en los demás Estados miembros sin que sea necesario recurrir a procedimiento alguno (art. 23 del Reglamento 4/2009). No obstante, en casos de duda, cualquier parte interesada que invoque el reconocimiento de una resolución a título principal podrá solicitar que se reconozca la resolución con carácter *erga omnes* (reconocimiento por homologación). Si el reconocimiento se invoca como cuestión incidental ante un órgano jurisdiccional de un Estado miembro, dicho órgano jurisdiccional será competente para conocer del asunto.

Por su parte, se denegará imperativamente el reconocimiento de una resolución en los siguientes supuestos:

a) Si el reconocimiento es manifiestamente contrario al orden público del Estado miembro en el que se solicita el mismo. El criterio del orden público no podrá aplicarse a las reglas relativas a la competencia judicial.

b) Por lo que respecta a las resoluciones dictadas en ausencia del demandado, si el escrito de interposición de la demanda o documento equivalente no se notificó

al demandado con antelación suficiente y de manera tal que pudiera organizar su defensa, a menos que el demandado, habiendo podido recurrir la resolución, hubiera optado por no hacerlo;

c) Si la resolución es incompatible con otra dictada en el Estado miembro en el que se solicita el reconocimiento;

d) Si la resolución fuere inconciliable con una resolución dictada con anterioridad en otro Estado miembro o en un Estado tercero entre las mismas partes en un litigio que tuviere el mismo objeto y la misma causa, cuando esta última resolución reuniere las condiciones necesarias para su reconocimiento en el Estado miembro en el que se solicita el mismo. Una decisión que tenga por efecto modificar, debido a un cambio de circunstancias, una decisión anterior relativa a alimentos no se considerará como una decisión incompatible según lo establecido en el art. 24 letras c y del Reglamento 4/2009).

Para su ejecución material, estas resoluciones precisan la obtención de un *exequatur* en el Estado requerido, que se solicitará, en todo caso, por cualquier parte interesada (art. 26 del Reglamento 4/2009).

Una vez obtenido, en su caso, el *exequatur*, la resolución extranjera se ejecutará en los mismos términos que se ejecutan las resoluciones nacionales en el Estado requerido (art. 41.1 del Reglamento 4/2009).

El Capítulo VI del Reglamento 4/2009 establece que las transacciones judiciales y los documentos públicos que tengan fuerza ejecutiva en el Estado miembro de origen serán reconocidos en los demás Estados miembros y tendrán en ellos la misma fuerza ejecutiva que las resoluciones, de conformidad con el Capítulo IV del Reglamento 4/2009.

Finalmente, es de reseñar que, en el ámbito del reconocimiento y ejecución de decisiones extranjeras, el Reglamento 4/2009 reemplaza en las relaciones entre los Estados miembros a los convenios internacionales en vigor que, no obstante, mantienen su vigencia y resultarán de aplicación frente a terceros Estados.

V. CONCLUSIONES.

La evolución del Derecho de familia internacional, así como los cambios sociales y jurídicos tienen un marcado reflejo en las reclamaciones de pensiones compensatorias entre cónyuges en supuestos de tráfico jurídico externo. El incremento de los matrimonios entre personas de distinta nacionalidad, las familias con residencia en diferentes países, el aumento de las crisis matrimoniales internacionales, las divergencias entre los derechos sustantivos de los diferentes

Estados, o las dificultades que los desplazamientos transfronterizos plantean a la hora del cobro de una pensión compensatoria reflejan la necesidad de que los Estados actúen en un ámbito reservado, por tradición, a la esfera privada familiar.

Nos encontramos ante una cuestión que, en los últimos años, ha cobrado especial actualidad, como consecuencia del creciente carácter multicultural de nuestra sociedad. El incremento de matrimonios entre cónyuges de diferente nacionalidad ha generado, directamente, un aumento del volumen de reclamaciones.

La pensión compensatoria entre cónyuges en el ámbito del Derecho internacional privado es fiel reflejo del proceso de codificación internacional en la materia desarrollado en los tres ámbitos tradicionales: competencia judicial internacional, ley aplicable y reconocimiento y ejecución de las relaciones en esta materia.

La compleja situación que ha existido hasta el momento en esta materia se ha resuelto, en gran medida, gracias al Reglamento 4/2009 y al Protocolo de La Haya 2007, al contener, dichas normas, los tres sectores clásicos del Derecho internacional privado que afectan a la pensión compensatoria entre cónyuges en el ámbito del Derecho internacional privado incorporando, además, disposiciones en materia de asistencia jurídica gratuita y sobre cooperación entre las autoridades centrales. Ha supuesto la sustitución del modelo español de competencia judicial internacional y de determinación de la ley aplicable y, en mayor o menor medida, de reconocimiento y ejecución de las resoluciones judiciales en esta materia.

BIBLIOGRAFÍA

AGUILAR BENÍTEZ DE LUGO, M. y AGUILAR GRIEDER, H.: "Alimentos y orden público (I)", *BIMJ*, 15 abril 2006, núm. 2011, pp. 1561-1593.

CARRILLO POZO, L.: "Eficacia en España de las Resoluciones Extranjeras en Materia de Efectos Económicos del Matrimonio", en *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2012, Vol. 4, N.º 1.

POCAR, F. y VIARENGO, I.: "Il Regolamento (CE) n.4/2009 in materia di obbligazioni alimentari", *RDIPP*, 2009, pp. 806-828.

EL *SHARENTING* PROTAGONIZADO POR ADOLESCENTES TITULARES DE LA RESPONSABILIDAD PARENTAL: UN ACERCAMIENTO DESDE LOS ORDENAMIENTOS JURÍDICOS ESPAÑOL Y CUBANO

SHARENTING CARRIED OUT BY ADOLESCENTS HOLDING PARENTAL RESPONSIBILITY: AN APPROACH FROM THE SPANISH AND CUBAN LEGAL SYSTEMS

Rev. Boliv. de Derecho Nº 37, enero 2024, ISSN: 2070-8157, pp. 450-475

Yairis
ARENCIBIA
FLEITAS

ARTÍCULO RECIBIDO: 12 de octubre de 2023
ARTÍCULO APROBADO: 4 de diciembre de 2023

RESUMEN: Como toda la información en Internet, la compartida por los padres sobre sus hijos tiene el potencial de permanecer mucho tiempo sin el control de sus titulares. Bajo la denominación de sharenting, la temática imbrica varios perfiles relevantes para el Derecho cuando la protagoniza un progenitor adolescente, los que se analizan desde la normativa vigente en España y Cuba, para efectuar propuestas jurídicas y educativas válidas para todos los implicados.

PALABRAS CLAVE: *Sharenting*; responsabilidad parental; adolescencia; consentimiento; datos personales.

ABSTRACT: *Like all information on the Internet, information shared by parents about their children has the potential to remain for a long time without the control of its owners. Under the name of sharenting, the theme overlaps several profiles relevant to the Law when it is carried out by a teenage parent, which are analyzed from the regulations in force in Spain and Cuba, to make legal and educational proposals valid for all those involved.*

KEY WORDS: *Sharenting; parental responsibility; adolescence; consent; personal data.*

SUMARIO.- EL *SHARENTING* Y LAS NUEVAS TECNOLOGÍAS.- I. Riesgos e interconexiones entre adolescencia, conducta digital y los derechos a la identidad y la privacidad personal y familiar.- II. IMPLICACIONES SOCIO-JURÍDICAS Y MARCO LEGAL APLICABLE AL SHARENTING PROTAGONIZADO POR ADOLESCENTES. 1. El bienestar del niño visto a través de las actitudes digitales de sus padres.- A) Menor maduro, gestión digital de su identidad, su privacidad personal y familiar. III. ALGUNAS PAUTAS PREVENTIVAS E INTERPRETATIVAS A MODO DE PROPUESTA PROTECTORA INTEGRAL DE LOS PROGENITORES ADOLESCENTES Y SU FAMILIA EN LOS ENTORNOS DIGITALES.- IV. CONSIDERACIONES FINALES.

I. EL *SHARENTING* Y LAS NUEVAS TECNOLOGÍAS.

El desarrollo tecnológico ha modificado en los últimos tiempos los patrones de interrelación social entre los individuos. Las redes sociales se emplean actualmente como medio de expresión y socialización no solo personal, sino familiar. Así, esta tendencia alcanza ya no solo al titular de una cuenta en alguna red social o a la esfera individual de quien decide hacer pública una imagen en cualquier medio digital accesible a través de la Internet, sino también a personas cercanas a él. En este contexto, desde hace ya algunos años se ha identificado y visibilizado -tanto por los medios sociales como por la literatura especializada, fundamentalmente desde la Psicología, la Sociología y el Derecho- un fenómeno preocupante, consistente en la publicación por parte de padres y madres de imágenes y retales de la vida diaria de sus hijos, llegando incluso a verificarse la existencia de perfiles públicos destinados exclusivamente a revelar la vida de sus niños[1].

Esta tendencia ha sido denominada *sharenting*[2], práctica consistente en que los padres u otros familiares comparten en redes sociales imágenes o videos de los niños[3] incluso desde antes de su nacimiento, con cifras realmente preocupantes[4].

1 Un estudio realizado en 2010 en Valencia, estado de Carabobo, Venezuela, reveló que el 48.2 porciento de los padres entrevistados que practicaba el *sharenting* había creado perfiles independientes para sus hijos, concluyendo el estudio que esta conducta afectaba su identidad digital, al dejar rastros que serían asociados con ellos, independientemente de si decidían con posterioridad continuar usando dichos perfiles o crear nuevos. Fernández Tortolero, C. R. y Mendoza Márquez, J. L.: "El *sharenting* y sus implicaciones en la identidad digital", *Revista Arjé*, julio – diciembre de 2018, vol. 12. núm. 23, Edición Especial, p. 350.

2 Denominación que proviene de los términos anglosajones *share* (compartir) y *parenting* (parentalidad o crianza). Esta práctica se ha vuelto tan habitual que, desde 2016, *sharenting* ha sido incluida en algunos diccionarios (Diccionario Collins English Dictionary podemos encontrar la siguiente definición: "The habitual use of social media to share news, images, etc of one's children". Disponible en: https://www.collinsdictionary.com/. Fecha de consulta: 22 de agosto de 2023).

3 Entendido, según los términos del art. 1 de la Convención sobre los Derechos del Niño de 20 de noviembre del año 1989, como "*todo ser humano que no ha cumplido los 18 años de edad*", criterio que además es asumido en este trabajo a los fines de la nomenclatura empleada.

4 Según algunos investigadores del fenómeno, hasta un 30% de los padres sube cada día una foto de sus hijos a la red.

• Yairis Arencibia Fleitas
Profesora Titular de Derecho Civil de la Universidad de Matanzas, Cuba. Correo electrónico: yairisaf84@gmail.com.

Las motivaciones del fenómeno, según apuntan sociólogos y psicólogos, radican en el orgullo de la familia por el niño y las novedades durante su crecimiento, como una forma de mostrar el afecto por él. Son reiteradas las alertas de los medios de comunicación y los especialistas en infancia, adolescencia y familias acerca de los peligros que entraña esta práctica digital, sobre todo para el menor. Sin embargo, existe otra arista del problema que demanda análisis más detallados -por cuanto acentúa los riesgos asociados al *sharenting*- contextualizada en su protagonismo por adolescentes que a su vez son titulares de la responsabilidad parental. Supone un acercamiento desde una perspectiva contextualizada, toda vez que el *sharenting* ha sido analizado teniendo al niño como sujeto pasivo del fenómeno, pero al situarse la propia persona menor de edad como sujeto activo, índice a pensar en las posibles amenazas de sobreexposición determinadas por las conductas de riesgo que estudios recientes atribuyen al uso de internet y las redes sociales por los adolescentes[5].

2. Riesgos e interconexiones entre adolescencia, conducta digital y los derechos a la identidad y la privacidad personal y familiar.

La adolescencia es el período de transición de la niñez a la adultez, a través de la cual los adolescentes adquieren herramientas para asumir en el futuro funciones y responsabilidades. Coleman y Henry[6] explican que durante esta etapa los jóvenes cuentan con la libertad de explorar diversos roles en la interacción social para, posteriormente, integrarlos en un sentido coherente y armónico, en una estructura denominada: identidad.

En esta interacción social, la alteridad moldea de acuerdo con sus respuestas los contenidos del sí mismo en un proceso de construcción en espejo de la identidad. En esta misma línea se plantea que la personalidad surgiría por la capacidad de organizarse de manera autorreferencial, construyendo gradualmente una complejidad interna propia y reordenando la experiencia personal de manera subjetiva, defendiendo así un sentido de sí mismo y del mundo[7].

5 Esencialmente, se identifican entre los mayores riesgos la sobreexposición de su imagen, el contacto con personas desconocidas, el abuso y acoso en la red y la publicación de contenido inapropiado. En el informe de UNICEF, sobre Estado Mundial de la Infancia 2017: *Niños en un mundo digital* (Disponible en: https://www.unicef.org/es/informes/El-Estado-Mundial-de-la-Infancia-2017), mostró entre sus resultados que los jóvenes entre 15 y 24 años constituyen el grupo de edad más conectado. En todo el mundo, el 71% de ellos está en línea, en comparación con el 48% de la población total. Los niños representan uno de cada tres usuarios de internet en todo el mundo. En este informe se presenta el primer análisis integral de la UNICEF sobre las diferentes formas en que la tecnología digital afecta a los niños y se muestran cuáles son los peligros y las oportunidades. También hace un llamamiento claro a los gobiernos, al sector de la tecnología digital y las industrias de telecomunicaciones para que promuevan la igualdad digital entre los niños mediante la elaboración de políticas, prácticas y productos que puedan ayudarlos a aprovechar las posibilidades que ofrece el mundo digital y protegerles de los daños.

6 Coleman, J. C. y Henry L. B.: *Psicología de la adolescencia,* 4ta edición actualizada, Morata S.L., Madrid, 2003, p. 172.

7 Acedo Penco, A. y Platero Alcón, A.: "La privacidad de los niños y adolescentes en las redes sociales: Referencia especial al régimen normativo europeo y español, con algunas consideraciones sobre el

Las relaciones sociales de los adolescentes tienen un nuevo espacio donde generarse, nuevos espacios de intercambios informativos, ahora es posible conocer personas, comunicarse, comprar, divertirse y producir a través de internet, los cuales no solo modifican y moldean comportamientos cotidianos de los sujetos, sino que también se modifica la propia forma del sujeto de ver al mundo[8]. La identidad digital amplía la identidad pública de las personas, dándole nuevas formas de ser, rehacerse y mostrarse.

Según expertos del ISEP Clinic (Instituto Superior de Estudios Psicológicos de España) "los adolescentes otorgan un valor fundamental a las nuevas tecnologías y a la internet, como un signo de identidad y de estatus, y su uso se ha convertido en prioritario en su vida"[9]. La creciente tecnologización ha superado las expectativas de su diseño inicial, con el surgimiento de nuevos espacios donde los adolescentes hoy tienen la oportunidad de convertirse en productores de contenido y actores sociales visibles. En este sentido plataformas digitales como Facebook, Twitter, TikTok, WhatsApp y Telegram emergen como observatorios naturales de esos procesos de interrelación social.

Otro efecto de estas interacciones *on-line* está relacionado con la identidad e imagen corporal. La fotografía hace visible el cuerpo y entre todas las señas de identidad, el cuerpo es la más definitoria, la que nos señala como individuos irrepetibles e históricos.

Pero, además, el cuerpo es un medio privilegiado para la representación del mundo interior del sujeto, en particular de los afectos, un elemento fundamental de la identidad moderna. Como es sabido, las redes sociales constituyen un medio de experimentación del cuerpo infantil, se trata de despedir esta apariencia y formar la suya propia en las redes sociales, donde la belleza y la perfección se han erigido como estereotipos claves en este período de transición. Por tanto, se puede calificar a estos medios como laboratorios de conformación de la identidad.

De este modo, se habla de un concepto de identidad digital, entendida como "la imagen que nos identifica en el o los perfiles que se tienen en los distintos espacios virtuales sociales y profesionales que utilizamos, así como los comentarios y publicaciones que hacemos por correo electrónico, redes sociales u otras aplicaciones"[10]. En otras palabras, se refiere a la imagen que proyecta cada persona

chileno", *Revista Chilena de Derecho y Tecnología,* 2016, Vol. 5, núm. 1, p. 82.

8 Gelpi, G. I., Pascoll, N. y Egorov, D.: "Sexualidad y redes sociales online: Una experiencia educativa con adolescentes de Montevideo", *Revista Iberoamericana de Educación*, 2019, Vol. 80, núm. 2, p. 68.

9 Acedo Penco, A. y Platero Alcón, A.: "La privacidad", cit., p. 79.

10 Torres Gastelú, C. A. y Lagunes Domínguez, A.: "La gestión de la identidad digital y sus dimensiones", en AA.VV.: *Innovación, Tecnología y liderazgo en los entornos educativos. Memorias del Congreso Internacional de EducAción (Eds.* Montes de Oca, C., García, J. F. y Orozco, E.), Humboldt Internacional University, Miami, 2018, p. 435.

en el espacio virtual, que puede o no coincidir con características de nuestra propia identidad.

En línea con este concepto, Fernández Burgueño apunta que la identidad digital -como expresión electrónica del conjunto de rasgos con los que una persona se individualiza frente a los demás- incide en la percepción por terceros a través de Internet de dichas actividades y la expresión de las reacciones que por su causa se generan, todo lo cual configura la "reputación *online* del sujeto. Por tanto, por un lado, el sujeto cuenta con identidad, construida, en virtud de la imagen que desee dar de sí mismo; por otro lado, la interpretación de dicha identidad hace surgir la reputación o consideración pública del individuo que, por afectar de forma directa a la identidad del sujeto, también forma parte esencial de aquella"[11].

De ahí, que el uso de redes sociales podría conducir hacia el riesgo del desarrollo de una identidad difusa. En términos evolutivos es planteado como "el fracaso que puede ocurrir, durante la adolescencia, en la integración de las identificaciones tempranas en una identidad psicosocial armónica"[12]. La inquietud que plantea se refiere al riesgo que tienen los jóvenes de construir una imagen personal distorsionada que redunde en una identidad difusa producto del reflejo, por parte de otros, de una identidad basada en relaciones impersonales, distantes y muchas veces artificiales que se dan en las redes sociales.

La presentación que hace el adolescente de sí mismo y de terceros en una interacción virtual es una estrategia para la acción social y, en fin, para la socialización. A través de esta, transmite y compromete no solo su espacio íntimo, sino también el de su familia[13], práctica que en modo alguna es inocua, pues con ello, crea una huella digital que se mantiene a lo largo de la vida de todos los implicados[14].

De este modo, el compromiso a la privacidad también es palpable, pues mediante las prácticas digitales atenta contra la protección de datos propios y de su familia, poniendo en riesgo su intimidad personal y familiar, en tanto bien jurídico

11 Fernández Burgueño, P.: "Aspectos jurídicos de la identidad digital y la reputación *online*", *adComunica. Revista de estrategias, tendencias e innovación en comunicación*, 2012, núm. 3, p. 127.

12 Akhtar, S.: *Broken structures: severe personality disorders and their treatment*. Jason Aronson Ed., United States of America, 1992, p. 96.

13 Interrelación determinada por la existente entre los conceptos de intimidad y privacidad, en función de las relaciones personales de afecto, amor y cuidado, según explica Innes, J.C.: *Privacy, Intimacy and Insolation*, Oxford Univrsituy Press, New York, 1992, p. 155. Expone la autora como fundamento de dicha interrelación, que la intimidad sería "el núcleo de la privacidad". De este modo, esta última provee al agente del control de las decisiones íntimas, incluyendo la diseminación de información de esta índole, con lo cual le atribuye un significado amplio, al incluir en ella el acceso a la información que se expone a la colectividad, como los actos relativos a ello, concernientes entonces también a su libertad personal.

14 Esta huella digital reúne todo el contenido que se puede asociar a una persona, desde respuestas o comentarios en foros, pagos realizados *online*, cuentas, compras, y obviamente redes sociales. Fernández Tortolero, C. R. y Mendoza Márquez, J. L.: "El *sharenting*", cit., p. 355.

positivo que atribuye a los sujetos el derecho a acotar el uso que terceros pudieran hacer de la información concerniente a su persona o su familia, protegiendo así un ámbito propio que decide el sujeto reservar del conocimiento de los demás, necesario, según Rios Maza y Vilela Pincay, para mantener una calidad mínima de la vida humana[15].

Y es así, porque el derecho a la intimidad permite la configuración conceptual de la vida privada. Sin embargo, no deja de constituir un tema álgido la determinación de qué es el espacio íntimo de cada persona, debido a la profunda subjetividad implícita en ello. Es así que, ya que se trata de un terreno presidido por las ideas y concepciones humanas individuales, estas evolucionan de acuerdo con las normas y concepciones de cada sociedad y momento histórico. De ahí que se hable hoy de sus interrelaciones con el mundo digital y se haga referencia a una decadencia de la intimidad y la privacidad en los tiempos de la revolución digital propiciada por internet y las nuevas tecnologías de la información y la comunicación[16].

A la par de los cambios en las concepciones morales y de los ideales individuales y teniendo en cuenta el impacto de dicho desarrollo tecnológico, el derecho a la intimidad es objeto de protección en la actualidad tanto desde el punto de vista constitucional, como privado, con normativa específica dedicada a la regulación de los supuestos relativos a su vulneración, dadas las implicaciones negativas que se asocian a ello, ante lo cual cabe preguntarse en qué medida es el adolescente consciente de tales consecuencias, su aptitud para comprenderlas y los roles que les corresponden a los adultos a su alrededor en la conformación de una cultura digital protectora de su entorno personal y familiar, específicamente a través del *sharenting*.

II. IMPLICACIONES SOCIO-JURÍDICAS Y MARCO LEGAL APLICABLE AL *SHARENTING* PROTAGONIZADO POR ADOLESCENTES.

Internet y las redes sociales[17] ocupan un lugar cada vez más privilegiado en el proceso de formación y socialización de los adolescentes. Según un informe publicado en 2021 por UNICEF España, el 94,8% de los adolescentes dispone de teléfono móvil con conexión a Internet, dispositivo al que acceden a los 10,96 años

15 Rios Maza, B. A. y Vilela Pincay, E. W.: "Estudio doctrinal del derecho a la intimidad en las redes sociales", *Polo del Conocimiento*, Agosto 2021, vol. 6, núm. 8, pp. 517.

16 Toscano, M.: "Sobre el concepto de privacidad: la relación entre privacidad e intimidad", julio-diciembre, 2017, 533-552, *ISEGORÍA Revista de Filosofía Moral y Política*, julio-diciembre de 2017, núm. 57, p. 534.

17 Entendidas como "los nuevos espacios virtuales en los que nos relacionamos y en los que construimos nuestra identidad". Orihuela Colliva, J. L.: "Internet: la hora de las redes sociales", *Nueva Revista de Política, Cultura y Arte,* 2008, núm. 119, p. 59. La Agencia Española de Protección de Datos en su Estudio sobre la privacidad de los datos personales y la seguridad de la información en las redes sociales online, División de Comunicaciones de AEPD e INTECO, Madrid, 2009, pág. 7, ofrece una definición de redes sociales considerándolas como servicios prestados a través de Internet que consienten a los usuarios "generar un perfil público, en el que plasmar datos personales e información de uno mismo, disponiendo de herramientas que permiten interactuar con el resto de usuarios afines o no al perfil publicado".

por término medio, el 92,2% de los estudiantes que cursan el primer y segundo año de la educación secundaria obligatoria ya tienen su propio *smartphone*, la mitad cuenta con una conexión vinculada a un contrato y al menos 1 de cada 4 dispone de datos ilimitados[18].

Diversas han sido las alertas que tanto medios de comunicación como literatura especializada han ofrecido con respecto a los daños que se pueden derivar de esta práctica. Aluden esencialmente a efectos nocivos que se pueden reflejar en la autoestima y el desarrollo de la identidad personal del niño, pudiendo ser causa de *cyberbulling*, *grooming*, fraude (riesgo de robo de identidad), o la posibilidad de que se compartan las fotografías o videos en webs que fomentan la pedofilia.

La gravedad se exacerba además por el hecho de compartir ya no solo imágenes, sino además datos que permiten individualizar a los hijos y estudiar sus costumbres o tendencias, tales como sus gustos, su fecha de cumpleaños, el colegio en el que estudia, los lugares que frecuenta, con repercusiones graves que acentúan la vulnerabilidad del menor[19].

Por otro lado, resultan también de relevancia las implicaciones jurídicas de estos comportamientos, toda vez que el proceso de creación de un perfil reviste una naturaleza jurídica contractual, dados los vínculos que se establecen entre el usuario y las plataformas de comunicación en línea a través de la aceptación de los términos y condiciones del servicio; por otro lado, el registro transcurre a través de proporcionar una serie de información personal que individualiza al usuario, creándose así una identidad digital; a lo que se une la gratuidad aparente de los servicios, toda vez que si bien es cierto que no existe intercambio pecuniario, las redes sociales se lucran convirtiendo a los usuarios en receptores de publicidad [20].

18 Andrade, B., Guadix, I., Rial, A. y Suárez, F.: *Impacto de la tecnología en la adolescencia. Relaciones, riesgos y oportunidades*, UNICEF España, Madrid, 2021, p. 23.

19 La Universidad de San Francisco en colaboración con las Universidades de Michigan y Washington, ha publicado un estudio sobre el *sharenting* que muestra que en Estados Unidos el 56% de los progenitores comparte información potencialmente vergonzosa de sus hijos e hijas, el 51% aporta datos que pueden llevar a localizar al menor y el 27% cuelga fotografías directamente inapropiadas. Hiniker, A., Schoenebeck, S. Y. y Kientz, J. A.: "Not at the dinner table: parents and children's perspectives on family technology rules", en *CSCW: Papers of the 19th ACM Conference on Computer-Supported Cooperative Work and Social Computing*, San Francisco, 2016, p. 1385.

20 En este sentido, resulta significativa la perspectiva de análisis que ofrece García Pérez, R. M.: "Bases jurídicas relevantes del tratamiento de datos personales en la contratación de contenidos y servicios digitales", *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2020, vol. 12, núm. 1, pp. 875-907, en referencia al Reglamento General de Protección de Datos, de los tratamientos de datos personales derivados del ámbito de aplicación de la Directiva 2019/770 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de mayo de 2019, relativa a determinados aspectos relacionados con los contratos de suministro de contenido digital y servicios digitales y su incidencia contractual. Esta Directiva ha sido incorporada recientemente al ordenamiento jurídico español mediante el Real Decreto-ley 7/2021, de 27 de abril, donde se incluyen una serie de modificaciones en el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias. Para una referencia más extensa, consúltese: Herrerías Castro, L.: "Contratos de suministro de contenidos y servicios digitales: cuando el precio son tus datos personales", *Actualidad Jurídica Iberoamericana,* febrero 2022, núm. 16, pp. 1010-1037.

Es así que en este contexto resulta usual el intercambio de datos personales, que entendidos según los términos del apartado primero del art. 4 Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos[21] consisten en "toda información sobre una persona física identificada o identificable («el interesado»); se considerará persona física identificable toda persona cuya identidad pueda determinarse, directa o indirectamente, en particular mediante un identificador, como por ejemplo un nombre, un número de identificación, datos de localización, un identificador en línea o uno o varios elementos propios de la identidad física, fisiológica, genética, psíquica, económica, cultural o social de dicha persona".

Siguiendo la misma lógica legislativa, el art. 3 de la Ley No. 149 de protección de datos personales de Cuba[22] dispone que "Se consideran datos personales la información concerniente a una persona natural, identificada o identificable, que pueden llevar a su identidad. Una persona es identificable cuando su identidad puede determinarse directa o indirectamente a través de cualquier información", tomando como fundamentos para su protección los pilares constitucionales establecidos en el art. 40 de la Carta Magna[23], que toma la dignidad humana como valor supremo que sustenta el reconocimiento y ejercicio de los derechos y deberes consagrados en su texto, en relación con el precepto 48, que regula el derecho de todas las personas a que se les respete su intimidad personal y familiar, su propia imagen y voz, su honor e identidad personal.

Resulta significativo el hecho de que la propia norma establezca como límites a este derecho los derechos de los demás, la seguridad colectiva, el bienestar general, el respeto al orden público, la Constitución y las leyes, para a partir de ello, disponer que en el tratamiento de datos personales de las personas menores de edad prevalece, en todo caso, el interés superior del niño, de conformidad con las disposiciones normativas aplicables y los tratados internacionales en vigor de los que la República de Cuba es parte.

Resalta de tales dictados la ausencia de alusión expresa a una edad mínima indispensable para que el niño pueda consentir el tratamiento de sus datos, lo cual entiende esta autora que se encuentra en consonancia con las normas de derecho positivo familiar que en orden nacional cubano han regulado los asuntos concernientes al ejercicio de los derechos por parte de personas menores de edad, a partir de las modificaciones introducidas por la Disposición Final primera

21 Publicado en el Diario Oficial de la Unión Europea número 119, de 4 de mayo de 2016.

22 Publicada en la Gaceta Oficial Ordinaria número 90 de 25 de agosto de 2022.

23 Publicada en la Gaceta Oficial Extraordinaria número 5 de 10 de abril de 2019.

del Código de las Familias cubano[24] a los arts. del 29 al 32, ambos inclusive del Código Civil, reevaluando el concepto tradicional de capacidad en el ámbito de la minoridad a partir de una posición a tono con la comprensión moderna acerca de la capacidad progresiva, más allá del dato objetivo de la edad del sujeto.

Con una regulación semejante, aunque más específica, el art. 7 de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales de España dispone que: "El tratamiento de los datos personales de un menor de edad únicamente podrá fundarse en su consentimiento cuando sea mayor de catorce años. Se exceptúan los supuestos en que la ley exija la asistencia de los titulares de la patria potestad o tutela para la celebración del acto o negocio jurídico en cuyo contexto se recaba el consentimiento para el tratamiento. El tratamiento de los datos de los menores de catorce años, fundado en el consentimiento, solo será lícito si consta el del titular de la patria potestad o tutela, con el alcance que determinen los titulares de la patria potestad o tutela"[25].

Sin embargo, no se agota el análisis y aplicación de tales normas en su tenor literal si de *sharenting* protagonizado por adolescentes progenitores se trata, por cuanto estamos en presencia de un tratamiento de datos personales de dos personas menores de edad, que obliga a dilucidar los intereses en juego y la dinámica entre los derechos personales y familiares implicados.

1. El bienestar del niño visto a través de las actitudes digitales de sus padres.

El interés superior del niño constituye el eslabón básico en todo asunto que concierna a los menores y quizás es este el motivo que ha dificultado su concreción, de lo que han derivado las disímiles conceptualizaciones que desde el ámbito jurídico han pretendido delimitarlo, sobre la base de su interpretación en el contexto de los derechos reconocidos por la Convención sobre los Derechos del Niño.

Apunta Liebel que el interés superior no se refiere únicamente al desarrollo de la vida del niño o al aspecto generacional, sino en vistas a las diferencias entre los niños mismos, no solo en el ámbito de sus competencias y posibilidades de acción que se les concedan, sino en cuanto a la posición en que ellos mismos se ven dentro de la sociedad o su comunidad. Por ello, si se quisiera identificar y comprender el interés de los niños en toda esta diversidad, es preciso tomar en cuenta sus situaciones y autopercepciones[26].

24 Publicado en la Gaceta Oficial No. 99 Ordinaria de 27 de septiembre de 2022.

25 Publicado en el Boletín Oficial del Estado No. 294, de 06/12/2018. Última actualización publicada: 9 de mayo de 2023.

26 Liebel, M.: "Sobre el interés superior de los niños y la evolución de las facultades", *Bioética y pediatría. Proyectos de vida plena* (Ed. A. Rubio Castro). Anales de la Cátedra Francisco Suárez. Universidad de Granada, 2015, pp. 46 y 47.

El Comité de los Derecho del Niño de la Organización de Naciones Unidas en su Observación General número 14[27], efectuó una interpretación del principio en análisis que partió de resaltar la importancia de que los propios niños tengan participación en la determinación de lo que es su interés superior y en su implementación. Al mismo tiempo, lo calificó de complejo, flexible y adaptable, y manifestó que si bien se trata de un grupo etáreo con necesidades universales comunes a todos, su expresión depende de una serie de aspectos individuales.

Estimó por estos motivos que su contenido debe determinarse de forma individual, tomando en consideración la situación y contexto de vida específicos de cada niño -que incluyen, además del entorno social y cultural, su identidad y características personales tales como: edad, género, orientación sexual, religión, personalidad, grado de madurez, discapacidades u otras- a la hora de tomar decisiones, con la consecuente incorporación a las consideraciones de los conocimientos científico-sociales que sobre el desarrollo infantil vayan adquiriéndose, en pos de su bienestar. Precisamente, para contrarrestar la ambigüedad que encierra el término "bienestar" se prefiere orientar su interpretación hacia la satisfacción mayoritaria de los derechos reconocidos en la Convención.

En esta dinámica en que se inserta el juicio emitido por terceros acerca de la presencia o no en el niño de las competencias o aptitudes necesarias para adoptar una decisión específica siempre será determinante además lo que en una sociedad dada sea definido como funcional. Es este un principio íntimamente ligado al de autonomía progresiva -que a su vez descansa en el derecho a ser oído[28]- en tanto la búsqueda de su propio bienestar de modo inexorable debe franquear todo aquello que obstaculice su rol protagónico en la interpretación y uso de sus derechos, lo que significa entonces llevar al plano de su vida cotidiana el verdadero sentido y relevancia implícitos en aquellos para la resolución de problemáticas concretas a las que se enfrenten.

Ahora bien, ¿Cómo compensar los derechos en juego en la búsqueda del verdadero bienestar de los involucrados? O dicho de otra manera: ¿Cómo aplicar los principios del interés superior del niño y el de capacidad progresiva vistos a través del contenido y límites de los derechos a la identidad, a la privacidad y al honor de padres e hijos, cuando los primeros deciden practicar el *sharenting*?

27 Comité de los Derechos del Niño.: *Observación General Nº 14 "Sobre el contenido del principio del interés superior del niño"*, Centro de Investigaciones Innocenti de la UNICEF, Florencia, 2013, p. 2.

28 Rivero Hernández, F.: "El interés del menor" en *Homenaje al profesor Bernardo Moreno Quesada.* Volumen III, Universidades de Almería, Granada y Jaén, Editorial Dykinson, Madrid, 2000, pp. 1548-1551, estima "necesario, más que conveniente, apelar al propio menor, su opinión, voluntad, sensibilidad y además, en la búsqueda y determinación de su mejor interés, para lo que puede aportar datos de especial relevancia objetiva y subjetiva".

La Convención sobre los Derechos del Niño en su art. 16 es categórica al disponer que "Ningún niño será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra y a su reputación". A ellos se ha de sumar el contenido del art. 2 de la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, modificativa de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor[29] que otorga un valor primordial al principio en análisis frente a cualquier otro interés concurrente, tanto en el ámbito público como privado.

Justamente esta última norma legal regula en el primer apartado de su art. 4 que los menores tienen derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen y el segundo apartado del artículo establece concretamente que "La difusión de información o la utilización de imágenes o nombre de los menores en los medios de comunicación que puedan implicar una intromisión ilegítima en su intimidad, honra o reputación, o que sea contraria a sus intereses, determinará la intervención del Ministerio Fiscal, que instará de inmediato las medidas cautelares y de protección previstas en la Ley y solicitará las indemnizaciones que correspondan por los perjuicios causados"; a cuyo fin el apartado tercero define qué se ha de entender por "intromisión ilegítima", consistente en cualquier utilización de su imagen o su nombre en los medios de comunicación que pueda implicar menoscabo de su honra o reputación, o que sea contraria a sus intereses incluso si consta el consentimiento del menor o de sus representantes legales".

También prevé la intervención del ministerio público la Ley No. 149 de protección de datos personales cubana, que hace referencia en su art. 13 al consentimiento que deben otorgar las personas menores de edad para el tratamiento de sus datos, de acuerdo con su autonomía progresiva, o por sus padres, madres o representantes legales, en defecto de aptitud suficiente para comprender el alcance de tal manifestación de voluntad. Sim embargo, se limita dicha intervención a los supuestos de existencia de intereses contrapuestos entre el titular del derecho y sus representantes legales.

También como faceta de su autonomía progresiva, les es reconocida a las personas menores de edad su derecho a la libertad de expresión, que según los términos de Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor (art. 8) encuentra sus límites en la protección de la intimidad y la imagen del propio menor recogida en el art. 4 de la propia Ley. Como contenido de tal derecho, se faculta al titular a la publicación y difusión de sus opiniones y la edición y producción de medios de difusión, acotando el legislador como cortapisas

29 Publicada en el BOE número 175, de 23 de julio de 2015.

la garantía por el respeto de los derechos de los demás o la protección de la seguridad, salud, moral u orden público.

Para el ejercicio de tales derechos, dispone el art. 3.1 de la Ley 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen (Publicado en el Boletín Oficial del Estado número 115, de 14 de mayo de 1982 que "El consentimiento de los menores e incapaces deberá prestarse por ellos mismos si sus condiciones de madurez lo permiten, de acuerdo con la legislación civil" –en relación con el precepto Art. 162 del Código Civil español, que restringe el ámbito de representación legal de los padres respecto a los hijos cuando se trate de "actos relativos a los derechos de la personalidad que el hijo, de acuerdo con su madurez, pueda ejercitar por sí mismo", aunque sin sustraerlos por completo de los deberes de cuidado y asistencia que les corresponde, como titulares de los la responsabilidad parental-.

En semejante tenor, el art. 29.4 del Código Civil, en virtud de la modificación legislativa introducida por la disposición final primera del Código de las Familias cubano, que establece que "La persona menor de edad ejerce sus derechos y realiza actos jurídicos a través de sus representantes legales. No obstante, la que cuenta con edad y grado de madurez suficiente puede ejercer por sí los actos que le son permitidos por el ordenamiento jurídico, entre ellos los relativos al ejercicio de los derechos inherentes a la personalidad". Sin embargo, la legislación cubana impone a los padres deberes correlativos en este sentido, a modo de protección reforzada de tales derechos esenciales de los hijos, atribuyéndoles el deber de evitar exponer en los medios digitales información concerniente a la intimidad y a la identidad de las niñas, los niños y adolescentes sin tener el consentimiento de estos de acuerdo con su capacidad y autonomía progresiva, cuidando que la integridad de sus datos personales y su derecho a la imagen sean garantizados

Por tanto, los menores pueden ejercitar sus derechos a la propia imagen y la identidad digital, incluso si ello supone renunciar parcial o totalmente a una esfera íntima de su vida personal y familiar, siempre que su madurez se lo permita y con la supervisión de sus responsables legales, pero ¿cuándo entender que un menor es suficientemente maduro para consentir? Ante esta nueva interrogante, se impone un análisis particularizado, en tanto nos coloca ante un concepto jurídico de compleja determinación.

A) Menor maduro, gestión digital de su identidad, su privacidad personal y familiar.

Cierto es que la noción de la capacidad progresiva constituye en la actualidad un criterio asentado y admitido por la doctrina científica en el campo del Derecho. Sin embargo, sus raíces no se hallan en esta ciencia, sino que es preciso encontrarlas en otras con las que confluye en esta específica materia, pues responden no solo a

la comprensión del menor de edad como persona, sino como sujeto con facultades en evolución de acuerdo al momento de su desarrollo humano.

En su virtud, se habla de capacidad natural, conducente a su vez al concepto de capacidad anticipada; al tiempo que emergen categorías como autonomía y competencia, todos estrechamente vinculados al ámbito psicológico. La cuestión medular radica en la madurez –a la que tributan tales elementos volitivos y cognitivos en evolución- en torno a la cual giran todas las conceptualizaciones anteriores y cuyo estudio ha servido indudablemente de referencia al Derecho en el establecimiento de pautas legales determinantes al momento de apreciar o no capacidad jurídica en un sujeto. De modo paralelo, también resulta esencial la finalidad o el sentido de tal valoración, por cuanto las disquisiciones teóricas en torno a estas figuras y sus pares en el ámbito jurídico responden a características específicas de ciertos derechos, como es el caso de los inherentes a la personalidad.

Surge entonces la interrogante: ¿se trata de términos en contraposición? La respuesta debe partir de su análisis de manera independiente.

En primer orden, la capacidad natural constituye un concepto psicológico que ha dado lugar a la noción jurídica, al erigirse en requisito de validez de ciertos actos o negocios[30]. Se asocia también a la capacidad evolutiva y a la autodeterminación, que aluden a "procesos de maduración y de aprendizaje por medio de los cuales los niños adquieren progresivamente conocimientos, competencias y comprensión, en particular comprensión de sus derechos, y sobre cómo dichos derechos pueden materializarse mejor"[31]. Puede identificarse, en suma, con la aptitud de entendimiento y juicio necesario para comprender el alcance y consecuencias del acto de que se trate y adoptar una decisión responsable[32].

La competencia, por su parte, se asocia a temas vinculados con la salud o las prácticas médicas -ámbito en que se prefiere este término o el de aptitud antes que el de capacidad- y no se alcanza en un momento preciso, sino que se va formando y requiere una evolución. Por tanto, si bien está íntimamente vinculada al discernimiento, implica una valoración de la aptitud de comprender el alcance de la decisión en el caso particular de acuerdo al grado de madurez que ostenta el niño[33].

30 López Sánchez, C.: *La responsabilidad civil del menor*, Segunda reimpresión. Editorial Dyckinson, Madrid, 2003, p. 200.

31 Comité de los Derechos del Niño.: Observación General número 7: *Realización de los Derechos del Niño en la Primera Infancia"*, Centro de Investigaciones Innocenti de la UNICEF, Florencia, 2005, p. 76.

32 Santos Morón, M. J.: *Incapacitados y derechos de la personalidad*. Fundación ONCE-Escuela Libre Editorial, Madrid, 2000, p. 64.

33 La Observación General número 12, de 20 de julio de 2009:*"El derecho del niño a ser escuchado"*, Centro de Investigaciones Innocenti de la UNICEF, Florencia, 2012, p. 52, señala que el término madurez hace referencia a la capacidad de comprender y evaluar las consecuencias de un asunto determinado, por lo que

Entonces, es posible afirmar que la noción de competencia –o aptitud- se identifica con el principio jurídico de autonomía progresiva[34], que al decir de Rocha Espíndola[35] tiene a su vez su razón y fundamento en la capacidad natural y alude de modo directo a la inexistencia de coacción externa, introduciendo el autor una denominación sumamente interesante: la autodeterminación responsable.

En torno a todas estas disquisiciones teóricas ha sido elaborada la teoría del "menor maduro". Según Amarilla Gudín, la citada doctrina constituye la regla a través de la cual se establece el respeto a las capacidades evolutivas, que a su vez fungen como una limitación a la autoridad parental. En palabras de Moratalla la teoría del menor maduro constituye una corriente que anuncia la posibilidad de una biografía madura en un sujeto de biología inmadura, es decir, que se refiere a sujetos que se consideran moralmente con capacidad de intervenir con responsabilidad[36].

Su relevancia para el Derecho estriba en el hecho de que se plantea como una modulación del principio de autonomía vinculada al ejercicio de derechos fundamentales en función del interés superior del menor. Consecuentemente, la madurez conduce a la autonomía cuando el menor muestra su capacidad de discernimiento para adoptar una posición personal propia, lo que significa capacidad para apropiarse o distanciarse de la moral convencional que le ha servido de referencia en la construcción de su personalidad.

Con esto se quiere significar que el menor se sitúa en la moral convencional de una forma generacionalmente nueva como resultado de una serie de cambios biológicos, cognitivos y socio-emocionales que se van produciendo gradualmente a lo largo del *continuum*, fundamentalmente en el periodo de su adolescencia, por lo que la edad deja de tener la posición preponderante, para comenzar a compartir espacios con criterios relativos a la madurez concreta, junto a las características y envergadura de la postura que adepta[37].

Lansdown señala que los niños precisamente desarrollan sus capacidades cuando se les permite asumir responsabilidad y tomar decisiones propias para

debe tomarse en consideración al determinar la capacidad de cada niño para formarse opinión sobre un tema concreto y para decidir al respecto.

34 Delle Vedove, M. J.: *La autonomía progresiva: el principio que garantiza el ejercicio personal de los derechos del niño. La posible colisión con el interés superior. Especial análisis de los actos médicos del adolescente*. Disponible en: www.derecho.unc.edu.ar. Consultado el 7 de marzo de 2017.

35 Rocha Espíndola, M. A.: "El principio del libre desarrollo de la personalidad en la persona, el matrimonio y la familia", *Cuadernos Jurídicos del Instituto de Derecho Iberoamericano*, 2016, vol. 2, nro. 2, p. 127.

36 Moratalla, D.A.: "Adolescencia y menor maduro. La autonomía personal, un desafío a la moral profesional", en *Bioética y pediatría. Proyectos de vida plena* (Eds. De los Reyes López, M. y Sánchez Jacob, M.), Sociedad de Pediatría de Madrid y Castilla- La Mancha, Madrid, 2010, pp. 50-51.

37 Díez García, H.: "Comentarios al artículo 162", en *Comentarios al Código Civil* (dir. R. Bercovitz Rodríguez-Cano), Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p. 1658.

su vida y en este contexto distingue tres marcos conceptuales diferentes, pero al mismo tiempo interrelacionados:

- una *noción evolutiva*: que reconoce en qué medida la realización de los derechos promueve el desarrollo, la competencia y la gradual autonomía personal del niño;

- una *noción participativa* o emancipadora: que destaca el derecho del niño a que se respeten sus capacidades, transfiriendo la responsabilidad del ejercicio de los derechos de los adultos a los niños, en función de su nivel de competencia;

- una *noción protectora*: que admite que el niño, dado que sus facultades se siguen desarrollando durante toda la infancia, tiene derecho a recibir protección contra la exposición a actividades que puedan serle perjudiciales[38].

Proyectar tales consideraciones a la práctica del *sharenting* protagonizado por un adolescente, obliga a valorar una serie de elementos concernientes al contenido de los datos proporcionados y la comprensión del adolescente progenitor del alcance de sus publicaciones. Por un lado, se debe señalar el alcance del contenido compartido y el público que tendrá acceso a él y sumado a ello, el contexto de la información publicada, que pueda colisionar con espacios de privacidad familiar.

Sin dudas, la doble perspectiva del interés superior del menor (del progenitor adolescente y de su hijo), obliga a un replanteamiento de los intereses en juego desde la postura del hijo y el ejercicio de una maternidad/paternidad responsable, en conjunción con los deberes derivados de la titularidad de la responsabilidad parental respecto a dichos adolescentes.

III. ALGUNAS PAUTAS PREVENTIVAS E INTERPRETATIVAS A MODO DE PROPUESTA PROTECTORA INTEGRAL DE LOS PROGENITORES ADOLESCENTES Y SU FAMILIA EN LOS ENTORNOS DIGITALES.

Según los dictados del Código de las Familias cubano (arts. 147 y 148) corresponde los titulares de la responsabilidad parental el deber de cuidar que la presencia de la hija o el hijo menor de edad en entornos digitales sea apropiada a su capacidad y autonomía progresiva. Es esta una cuestión en sí misma suficientemente compleja, toda vez que encierra la difícil tarea de lograr que el hijo haga un uso equilibrado y sano de los dispositivos digitales de acuerdo con su nivel de madurez, lo cual incluye un consumo de contenidos *online* ajustados a su edad y grado de comprensión, que compense los valores educativos e instructivos y los recreativos, que no contenga violencia directa o indirectamente; integrando entre

38 Lansdown, G., citado por Liebel, M. "Sobre el interés superior", cit., p. 51.

tales deberes el de velar con quiénes se relaciona el adolescente en la web y qué información comparte[39].

A ello es preciso agregar la necesidad de incorporar configuraciones de seguridad a las redes sociales de las que son usuarios los adolescentes. Un estudio realizado en España en el año 2018 reveló que en torno al 44% de los menores configura su perfil como privado, el 30% limita el acceso de sus seguidores a la información personal que comparten, y un alarmante 25% lo establece en modo público. Además, gran parte de los menores incluyen en el perfil datos personales, como su nombre y apellidos o fotografías donde muestran el rostro. Igualmente, nueve de cada diez comparten su número de teléfono y uno de cada cien su dirección postal[40].

Pérez Orozco y Méndez Trujillo[41] agregan que el intercambio digital del adolescente en la red debe garantizar el adecuado desarrollo de su personalidad y preservar su dignidad. Refieren que la normativa familiar cubana legitima a los titulares de la responsabilidad para promover las medidas razonables y oportunas ante los prestadores de servicios digitales y, entre otras, instarlos a suspender provisionalmente el acceso de su hija o hijo a sus cuentas activas, o incluso su cancelación, siempre y cuando exista un riesgo claro, inmediato y grave para su salud física o psíquica, habiéndolos escuchado previamente, para lo que, si resulta necesario, tienen derecho a exigir tutela judicial.

Sin embargo, la función de un progenitor resume en sí misma una gran envergadura y no puede despejarse de esta compleja ecuación la variable relativa a que el padre/madre adolescente es también una persona en desarrollo y sujeto al cuidado de sus representantes legales. De ahí que a la par del acogimiento y respeto del legislador por los principios convencionales -tanto en la normativa civil española como cubana-, coloque un contrapeso para imprimir salvaguardias a su ejercicio, en caso de ser necesarias. Es así que esboza en líneas generales (art. 144.2 del Código de las Familias cubano) determinados supuestos en los que admite, en figura de los abuelos de los menores nacidos de padres adolescentes,

39 Al respecto, Cencerrado Malmierca, L. M.; Pelosi, S. y Yuste Tuero , E.: "Recomendar contenidos digitales para niños y jóvenes: reflexiones, herramientas y criterios", *Palabra Clave* (La Plata), 2018, vol. 7, núm. 2, p. 5, realizan una interesante caracterización de las plataformas existentes dirigidas a niños y jóvenes. Los autores resaltan los aspectos relativos a la seguridad, la confidencialidad, la privacidad, como parte de los cuales recomiendan la inclusión de funcionalidades de control parental o bloqueo de compras dentro de la *app*, así como que las claves de acceso sean acordes a la edad del usuario.
Además, destacan la importancia de garantizar la confidencialidad de sus usuarios y proteger la privacidad, para lo cual es necesario comprobar qué datos se solicitan y cuáles se recogen de forma automática (dirección IP, identificación del dispositivo…), y el uso de esos datos.

40 Garmendia, M., Casado, M. A., Jiménez, E. y Garitaonandia, C.: "Oportunidades, riesgos, daño y habilidades digitales de los menores españoles", en *Entre selfies y whatsapps: Oportunidades y riesgos para la infancia y la adolescencia conectada* (coords. E. Jiménez, M. Garmendia y M. A. Casado), Gedisa, Barcelona, 2018, p. 17.

41 Pérez Orozco, L. y Méndez Trujillo, I. M.: "El interés superior del niño y el fenómeno del sharenting: propuestas desde el Derecho", en *La protección jurídica del menor en el derecho comparado* (dir. J. Martínez Calvo), Servicios de Publicaciones Universidad de Zaragoza, Zaragoza, 2023, p. 474.

la oposición a determinados actos que puedan provocarle perjuicios, así como la subrogación e incluso la sustitución de sus hijos en las funciones parentales cuando esté en riesgo el bienestar de su descendencia debido al incumplimiento de sus deberes de protección respecto a ellos.

Resulta un aspecto significativo el hecho de que el codificador no distinga la naturaleza de las funciones sustituibles, lo que en criterio de esta autora concede al interés superior del hijo de un padre/madre adolescente una protección adicional, al comprender incluso potestades puramente personales y afectivas tanto como patrimoniales. La sustitución abarcaría entonces todo el contenido de la responsabilidad parental definido en el art. 138 de la norma familiar, incluyendo la atribución de potestades encaminadas a restringir o ejercer un control efectivo en la presencia digital de los menores a su cargo en las redes.

En semejante tenor, el art. 157 del Código Civil español, aunque con un enfoque más abarcador, aplicable a todo tipo de situaciones y no solo a aquellos actos con consecuencias relevantes para la vida de los hijos (art. 144.3 del Código de las Familias cubano), por cuanto el progenitor menor de edad será el titular de la patria potestad y la ejercerá con la asistencia de sus padres y, a falta de ambos, de su tutor; en casos de desacuerdo o imposibilidad, con la del juez.

En este contexto, resulta crucial la información y la formación para padres e hijos sobre el uso de redes sociales y la privacidad y seguridad en internet, para evitar conductas que puedan dañar directamente al usuario o a otras personas de su entorno. Tales conocimientos podrán constituir una herramienta eficaz para orientar, aconsejar, colaborar y, si fuere preciso, asistir al adolescente en su intercambio social *onlin*e, definiendo así el alcance y límites de la intervención de cada involucrado en las decisiones aludidas, equilibradas proporcionalmente en atención al comportamiento del adolescente en los entornos digitales.

Así, a medida que aumenta la madurez del niño para una actuación concreta, la intervención de sus padres o tutores sería más prescindible para la eficacia de su manifestación de voluntad. De este modo, discurrirá desde una finalidad de sustitución, complemento, un mero acompañamiento o asentimiento[42], hasta no ser necesario consentimiento alguno.

Deviene trascendental en este punto que se cree en los responsables legales del niño una comprensión acerca del valor y las consecuencias de la participación. Su función en este contexto es al mismo tiempo una responsabilidad -para lo que

42 La SAP Alicante 21 abril 2009 (ECLI:ES:APA:2009:1581) abundó en este concepto: "El asentimiento no es más que el admitir como cierto o conveniente algo que otro ha afirmado o propuesto antes, esto es, el asentimiento es prestado por persona ajena a la relación obligacional, complementando o dando fuerza operativa a aquella, pero en ningún caso constituyéndola (…), sin que la opinión de tales personas sea una declaración negocial básica ni constituya una *conditio iuris* de eficacia del negocio".

deben tomar en cuenta el desarrollo físico, emocional e intelectual- reservando a su rol de asistencia, en la medida que se necesite, un valor de reforzamiento.

El concepto de participación pone de relieve que incluir a los niños no debe ser solamente un acto momentáneo, sino el punto de partida para un intenso intercambio de pareceres entre niños y adultos en todos los contextos de su vida, proceso en el que resulta imprescindible hallar un equilibrio en el que el consejo, orientación, colaboración de sus responsables legales lo pueden ayudar a encontrar soluciones más ajustadas a su realidad, lo que en definitiva redunda en su interés superior.

Se debe alentar al niño a que se forme una opinión libre y ofrecerle un entorno que le permita ejercer su derecho a expresarla luego de haberle proporcionado información suficiente en formatos adaptados a su edad y posibilidades de comprensión respecto a los beneficios y peligros implícitos al convertirse en usuario de la red, en términos que resulten de su interés y acordes a sus aptitudes de comprensión, los cuales en consonancia con los arts. 17 y 42 de la Convención, deben ser incluidos en los programas de estudios.

En este contexto, las instituciones destinadas a la guarda y protección del niño deberán reservar el despliegue de sus facetas representativas en toda su magnitud solo para supuestos puntuales (cuando se verifique que el titular del derecho no comprende la envergadura de la situación o no es capaz de formarse un juicio propio al respecto), pues por el contrario, una evaluación positiva implicará que se involucre en proporción a la madurez que demuestre para tomar una decisión responsable respecto a su persona y a sus hijos, reservando a los adultos a su alrededor una labor de asistencia y no de sustitución.

No obstante, no son redundantes algunas cautelas en el mundo del Internet y el acceso a una información que, en tanto no formen parte de una norma positiva reguladora, bien podrían de servir a modo de brújula para responsables parentales, educadores y en definitiva, adultos que se relacionan con personas menores de edad. Entre tales cuidados se puede resaltar la prohibición de compartir con desconocidos fotos del niño hasta que este cuente con madurez suficiente para consentir la cesión de su imagen. Otra podría estribar en limitar el intercambio de novedades e imágenes familiares a través de las redes sociales de los padres solo a los amigos, con la inhabilitación de la opción de compartir, prefiriendo que en tales fotografías nunca se muestre al niño solo[43].

43 En esta línea ha pronunciado la SAP Barcelona 22 de abril 2015 (ECLI:ES:APB:2015:4797) en la que se denegaba la petición de un progenitor a prohibir fotografías del hijo en común en redes sociales, ya que "no se ha acreditado que las fotos que publica la actora en redes sociales atenten al derecho a la imagen del hijo en común, pues ninguna prueba documental se aporta al respecto, habiendo alegado la actora que las destina únicamente a sus parientes y amigos". La Audiencia estableció que "ambas partes son cotitulares de la potestad parental sobre su hijo y ambos deben velar por la protección integral de su hijo restringiendo

Pueden resultar además pautas orientadoras, adaptadas al espacio familiar, las contenidas en la Disposición final cuarta, modificativa de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales, en cuya virtud el art. 83.1 de dicha norma queda redactado de la siguiente manera: "1. El sistema educativo garantizará la plena inserción del alumnado en la sociedad digital y el aprendizaje de un consumo responsable y un uso crítico y seguro de los medios digitales y respetuoso con la dignidad humana, la justicia social y la sostenibilidad medioambiental, los valores constitucionales, los derechos fundamentales y, particularmente con el respeto y la garantía de la intimidad personal y familiar y la protección de datos personales. Las actuaciones realizadas en este ámbito tendrán carácter inclusivo, en particular en lo que respecta al alumnado con necesidades educativas especiales. Las Administraciones educativas deberán incluir en el desarrollo del currículo la competencia digital a la que se refiere el apartado anterior, así como los elementos relacionados con las situaciones de riesgo derivadas de la inadecuada utilización de las TIC, con especial atención a las situaciones de violencia en la red".

IV. CONSIDERACIONES FINALES.

La autonomía progresiva del adolescente, entendida como la expresión de su voluntad de modo razonable e independiente, es asimilable al incremento gradual de sus aptitudes psicofísicas y condiciones de madurez. Rebasa el tradicional esquema objetivo mediante el cual la persona era apreciada como un sujeto incapaz para obrar jurídicamente hasta el cumplimiento de una edad cronológica determinada, para incorporarle un criterio subjetivo, en virtud del cual sus aptitudes deberán ser valoradas en función del grado de madurez que demuestre para una decisión determinada.

La sobreexposición de los adolescentes y sus familias en las redes puede tomar caminos que muchas veces no alcanzamos a imaginar y distan mucho de los propósitos que perseguía su presencia en las redes. Cabe, por solo citar algunas,

---

la privacidad de las imágenes del menor remitiendo sus fotos únicamente a sus familiares y amistades más cercanos". En sentido análogo, la SAP Lugo 15 febrero 2017 (ECLI:ES:APH:2017:441) cuando estimó que "los comentarios realizados por la demandada en su cuenta de Facebook son potencialmente susceptibles de vulnerar la intimidad de los menores si la publicidad se dirigiese a un grupo indiscriminado de personas, que no guardasen relación con los niños, (…) Y en el presente caso, pese a las dudas jurídicas que la cuestión litigiosa conlleva por su novedad, la falta de regulación de las redes sociales y la concurrencia del interés superior de los menores en preservar sus derechos fundamentales, consideramos que la falta de prueba de que el acceso a la cuenta de Facebook de la demandada fuese público, y al no constar más que la posibilidad de acceso a las fotografías y comentarios realizados por la abuela de los menores de un círculo íntimo de familiares y amigos, entre los que se encontraría la madre y los padres de los niños, no puede entenderse que se haya producido una vulneración de los derechos a la intimidad y a la propia imagen de los menores, por adecuarse la actuación de la abuela a los usos sociales cada vez más extendidos de publicación de noticias y fotografías del ámbito familiar entre los más allegados. Sin embargo, la conclusión podría haber sido diferente si se tuviera constancia de que tales datos estuvieran al alcance de cualquier usuario (…)". Para una referencia más extensa acerca de posturas judiciales al respecto, consúltese: Cabedo Serna, L., "El sharenting y el ejercicio de la patria potestad: primeras resoluciones judiciales", *Actualidad jurídica iberoamericana*, agosto de 2020, núm. 13, pp. 976-1003.

su uso para fines de grooming, ciberacoso o en portales de pederastas. Es esta una temática álgida en la que entran en juego el alcance y límites de los derechos personales y familiares del niño o adolescente y su interés superior, por cuanto entran en juego el respeto que les reserva su condición de persona por sus espacios privados y el ejercicio de sus derechos inherentes a la personalidad sobre la base del reconocimiento de su capacidad progresiva, su derecho de participación y el respeto hacia su proyecto de vida, fundamentalmente para el ejercicio de sus derechos familiares. Sim embargo, el libre desarrollo de su personalidad no puede resultar en el menoscabo del bienestar de terceros, cuestión que trae a colación el hecho de que además de adolescente, sea progenitor.

Es preciso entonces hallar el justo equilibrio entre la protección que se le debe dispensar por ser una persona en evolución, que por demás transcurre por un compleja etapa de su desarrollo vital, las responsabilidades que le viene atribuidas en su condición de titular de los deberes parentales y el grado de participación activa en el espacio digital que se le pueda conceder, de acuerdo con su grado de madurez, en franco reconocimiento de su autonomía progresiva.

El cambio de paradigma radica en transformar la forma de apreciar, representar y reconocer el grado de madurez de los adolescentes progenitores, a partir del establecimiento de una co-responsabilidad en el cuidado y protección de la descendencia entre aquellos y sus padres. A tal fin, resulta esencial la promoción de su actuación consciente, libre y voluntaria, una educación y formación para padres e hijos en cuestiones relativas al uso y presencia de los entornos virtuales y correlativos límites a la intervención de los adultos.

De este modo, el ejercicio positivo de la responsabilidad parental posibilita reflexionar sobre el papel de la familia en la sociedad actual, en la que no es solo más frecuente cada vez la presencia digital de los adolescentes, sino además, se ha vuelto una herramienta indispensable para el funcionamiento de la vida diaria, de manera que resulta vital una educación en derechos que favorezca el desarrollo de las capacidades del adolescente y lo proteja de ambientes digitales que puedan resultarle nocivos a su persona y a su descendencia, a fin de procurarles una desarrollo integral.

BIBLIOGRAFÍA

Acedo Penco, A. y Platero Alcón, A.: "La privacidad de los niños y adolescentes en las redes sociales: Referencia especial al régimen normativo europeo y español, con algunas consideraciones sobre el chileno", *Revista Chilena de Derecho y Tecnología,* 2016, Vol. 5, núm. 1.

Agencia Española de Protección de Datos.: Estudio sobre la privacidad de los datos personales y la seguridad de la información en las redes sociales online, División de Comunicaciones de AEPD e INTECO, Madrid, 2009.

Akhtar, S.: *Broken structures: severe personality disorders and their treatment.* Jason Aronson Ed., United States of America, 1992.

Andrade, B., Guadix, I., Rial, A. y Suárez, F.: *Impacto de la tecnología en la adolescencia. Relaciones, riesgos y oportunidades*, UNICEF España, Madrid, 2021.

Cabedo Serna, L., "El sharenting y el ejercicio de la patria potestad: primeras resoluciones judiciales", *Actualidad jurídica iberoamericana*, agosto de 2020, núm. 13.

Cencerrado Malmierca, L. M.; Pelosi, S. y Yuste Tuero , E.: "Recomendar contenidos digitales para niños y jóvenes: reflexiones, herramientas y criterios", *Palabra Clave* (La Plata), 2018, vol. 7, núm. 2.

Coleman, J. C. y Henry L. B.: *Psicología de la adolescencia,* 4ta edición actualizada, Morata S.L., Madrid, 2003.

Comité de los Derechos del Niño.: *Observación General número 7 "Realización de los Derechos del Niño en la Primera Infancia"*, Centro de Investigaciones Innocenti de la UNICEF, Florencia, 2005.

Comité de los Derechos del Niño.: *Observación General número 12 "El derecho del niño a ser escuchado",* Centro de Investigaciones Innocenti de la UNICEF, Florencia, 2012.

Comité de los Derechos del Niño.: *Observación General N° 14 "Sobre el contenido del principio del interés superior del niño"*. Centro de Investigaciones Innocenti de la UNICEF, Florencia, 2013.

De Montalvo Jääskeläinen, F.:"Dilemas ético-legales que presenta la regulación de la capacidad del menor en el ámbito del tratamiento médico*", Revista Pediatría Integral,* junio de 2015, vol. XIX, núm. 5.

Delle Vedove, M. J.: *La autonomía progresiva: el principio que garantiza el ejercicio personal de los derechos del niño. La posible colisión con el interés superior. Especial análisis de los actos médicos del adolescente*. Disponible en: www.derecho.unc.edu.ar. Consultado el 7 de marzo de 2017.

Diccionario Collins English Dictionary. Disponible en: https://www.collinsdictionary.com/. Fecha de consulta: 22 de agosto de 2023).

Díez García, H.: "Comentarios al artículo 162", en *Comentarios al Código Civil* (dir. R. Bercovitz Rodríguez-Cano), Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.

Fernández Burgueño, P.: "Aspectos jurídicos de la identidad digital y la reputación *online*", *adComunica. Revista de estrategias, tendencias e innovación en comunicación*, 2012, núm. 3.

Fernández Tortolero, C. R. y Mendoza Márquez, J. L.: "El *sharenting* y sus implicaciones en la identidad digital", *Revista Arjé*, julio – diciembre de 2018, vol. 12. núm. 23, Edición Especial.

Garmendia, M., Casado, M. A., Jiménez, E. y Garitaonandia, C.: "Oportunidades, riesgos, daño y habilidades digitales de los menores españoles", en *Entre selfies y whatsapps: Oportunidades y riesgos para la infancia y la adolescencia conectada* (coords. E. Jiménez, M. Garmendia y M.A. Casado), Gedisa, Barcelona, 2018.

García Pérez, R. M.: "Bases jurídicas relevantes del tratamiento de datos personales en la contratación de contenidos y servicios digitales", *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2020, vol. 12, núm. 1.

Gelpi, G. I., Pascoll, N. y Egorov, D.: "Sexualidad y redes sociales online: Una experiencia educativa con adolescentes de Montevideo", *Revista Iberoamericana de Educación*, 2019, Vol. 80, núm. 2

Herrerías Castro, L.: "Contratos de suministro de contenidos y servicios digitales: cuando el precio son tus datos personales", *Actualidad Jurídica Iberoamericana,* febrero 2022, núm. 16.

Hiniker, A., Schoenebeck, S. Y. y Kientz, J. A.: "Not at the dinner table: parents and children's perspectives on family technology rules", en *CSCW: Papers of the 19th ACM Conference on Computer-Supported Cooperative Work and Social Computing*, San Francisco, 2016.

Innes, J.C.: *Privacy, Intimacy and Insolation*, Oxford Univrsituy Press, New York, 1992.

Lepin Molina, C.: "Los nuevos principios del Derecho de Familia", *Revista Chilena de Derecho Privado*, diciembre de 2014, nro. 24.

Liebel, M.: "Sobre el interés superior de los niños y la evolución de las facultades", *Bioética y pediatría. Proyectos de vida plena* (Ed. A. Rubio Castro). Anales de la Cátedra Francisco Suárez. Universidad de Granada, 2015.

López Sánchez, C.: *La responsabilidad civil del menor*, Segunda reimpresión. Editorial Dyckinson, Madrid, 2003.

Lora, L. N.: "Discurso jurídico sobre el interés superior del niño", *Revista de Ciencias de Mar del Plata,* Primer semestre de 2006. Avances de Investigación en Derecho y Ciencias Sociales. X Jornadas de Investigadores y Becarios. Ediciones Suárez, Mar del Plata.

Méndez Costa, M. J.: *Los principios jurídicos en las relaciones de familia*, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2006.

Moratalla, D. A. : "Adolescencia y menor maduro. La autonomía personal, un desafío a la moral profesional", en *Bioética y pediatría. Proyectos de vida plena* (Eds. De los Reyes López, M. y Sánchez Jacob, M.), Sociedad de Pediatría de Madrid y Castilla- La Mancha, Madrid, 2010

Orihuela Colliva, J. L.: "Internet: la hora de las redes sociales", *Nueva Revista de Política, Cultura y Arte,* 2008, núm. 119.

Pérez Orozco, L. y Méndez Trujillo, I. M.: "El interés superior del niño y el fenómeno del sharenting: propuestas desde el Derecho", en *La protección jurídica del menor en el derecho comparado* (dir. J. Martínez Calvo), Servicios de Publicaciones Universidad de Zaragoza, Zaragoza, 2023.

Rios Maza, B. A. y Vilela Pincay, E. W.: "Estudio doctrinal del derecho a la intimidad en las redes sociales", *Polo del Conocimiento*, Agosto 2021, vol. 6, núm. 8.

Rivero Hernández, F.: "El interés del menor" en *Homenaje al profesor Bernardo Moreno Quesada.* Volumen III, Universidades de Almería, Granada y Jaén, Editorial Dykinson, Madrid, 2000.

Rocha Espíndola, M. A.: "El principio del libre desarrollo de la personalidad en la persona, el matrimonio y la familia", *Cuadernos Jurídicos del Instituto de Derecho Iberoamericano*, 2016, vol. 2, nro. 2.

Santos Morón, M. J.: *Incapacitados y derechos de la personalidad*. Fundación ONCE-Escuela Libre Editorial, Madrid, 2000.

TORRES GASTELÚ, C. A. y LAGUNES DOMÍNGUEZ, A.: "La gestión de la identidad digital y sus dimensiones", en AA.VV.: *Innovación, Tecnología y liderazgo en los entornos educativos. Memorias del Congreso Internacional de EducAción (Eds.* Montes de Oca, C., García, J. F. y Orozco, E.), Humboldt Internacional University, Miami, 2018.

TOSCANO, M.: "Sobre el concepto de privacidad: la relación entre privacidad e intimidad", julio-diciembre, 2017, 533-552, *ISEGORÍA Revista de Filosofía Moral y Política*, julio-diciembre de 2017, núm. 57

UNICEF.: *Informe sobre Estado Mundial de la Infancia 2017: Niños en un mundo digital*, Disponible en: https://www.unicef.org/es/informes/El-Estado-Mundial-de-la-Infancia-2017.

EL DERECHO A CONOCER SUS ORÍGENES: UNA MANIFESTACIÓN DEL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR

THE RIGHT TO KNOW THEIR ORIGINS: A MANIFESTATION OF THE BEST INTERESTS OF THE MINOR

Rev. Boliv. de Derecho Nº 37, enero 2024, ISSN: 2070-8157, pp. 476-499

Guillermo
IRUEGAS
PRADA

ARTÍCULO RECIBIDO: 8 de septiembre de 2023
ARTÍCULO APROBADO: 4 de diciembre de 2023

RESUMEN: En el presente trabajo se analiza el concepto jurídico indeterminado del interés superior del menor desde un prisma global y se estatuye una relación tangible entre el derecho del niño a conocer sus orígenes biológicos y este interés, que goza de un genuino e incontrovertido carácter prevalente en todos los procedimientos (administrativos o judiciales) en los que concurre. Considerando argumentos de distintas posiciones doctrinales, se concluye que este derecho del menor es indiscernible de su propio interés superior, siendo la piedra angular que pone en cuestión la aplicación de determinadas prácticas en España; entre otras, y muy especialmente, la de los denominados "vientres de alquiler", hoy ilegal en nuestro país, en coherencia con los propios intereses de los menores.

PALABRAS CLAVE: Interés superior del menor; gestación subrogada; orígenes biológicos; intimidad.

ABSTRACT: *In the present work, the indeterminate legal concept of the best interest of the minor is analyzed from a global perspective and a tangible relationship is established between the right of the child to know his biological origins and this interest, which enjoys a genuine and uncontroversial character prevalent in all the procedures (administrative or judicial) in which he attends. Considering arguments from different doctrinal positions, it is concluded that this right of the minor is indiscernible from his own superior interest, being the cornerstone that calls into question the application of certain practices in Spain; among others, and very especially, that of the so-called "wombs for rent", today illegal in our country, in coherence with the interests of minors.*

KEY WORDS: *Best interest of the child; surrogacy; biological origins; privacy.*

SUMARIO.- I. EL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR: CONCEPTO Y MANIFESTACIONES.- 1. Concepto.- 2. Manifestaciones del interés superior del menor.- A) Límite a la autonomía de la voluntad de los cónyuges.- B) Uso de la vivienda familiar.- C) Prolongación artificial de la vida en caso de riesgo vital.- D) La neutralidad en los centros de enseñanza.- E) El derecho a ser oído, manifestación procesal del interés del menor.- II. EL ORIGEN DEL MENOR, MANIFESTACIÓN DE SU INTERÉS.- 1. El derecho del menor a conocer sus orígenes- 2. Derecho a conocer sus orígenes biológicos *vs.* Derecho a la intimidad.- 3. La gestación por sustitución.- III. CONCLUSIONES.

I. EL INTERÉS DEL MENOR: CONCEPTO Y MANIFESTACIONES.

La protección jurídica del menor, es decir, el conjunto de derechos y deberes que le asisten por razón de su condición, pivota en torno al concepto jurídico indeterminado del interés superior del niño[1]. Dicho interés debe ser concretado e individualizado en función de las circunstancias que concurran en cada caso particular, lo que indudablemente da lugar a un considerable abanico de manifestaciones en virtud de las cuales se puede plasmar este concepto.

Una de ellas es, por supuesto, el derecho del menor a conocer sus propios orígenes biológicos. Para abordar el estudio de esta cuestión, deviene inevitable realizar primero una somera referencia al citado interés prevalente del niño: en qué consiste y qué efectos produce, entre otros aspectos. Y, a partir de ahí, trataremos de establecer una relación tangible entre el supremo interés del menor y su derecho a conocer sus orígenes, puesto que lo segundo es, en nuestra opinión, una manifestación de lo primero.

1. Concepto.

Es unánime el reconocimiento por parte de la doctrina acerca de la naturaleza indeterminada[2] del interés superior del niño. Esta indeterminación, que es inherente al concepto, ha servido sin embargo para evitar elaborar una definición, siquiera genérica, que permitiera explicar, *grosso modo*, en qué consiste un interés

1 En ese sentido, entre muchos otros: Sedano Tapia, J.: "El interés superior del niño y su recepción en los contextos nacionales: análisis a la luz del Derecho comparado", *Colección Infancia y Adolescencia*, nº 9, Universidad Politécnica de Valencia, Valencia, 2020; Torrecuadrada García – Lozano, S.: "El interés superior del niño", *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. XVI, 2016, p. 138 y ss., y Núñez Zorrilla, C.: "El interés superior del menor en las últimas reformas llevadas a cabo por el legislador estatal en el sistema de protección a la infancia y a la adolescencia", *Persona y Derecho*, vol. 73, Barcelona, 2016, p. 122.

2 Véanse, por todos: Díaz Díaz, E. L.: "El interés superior del niño como concepto jurídico indeterminado", *Revista de la Facultad de Derecho de México*, vol. 70, nº 278 – 2, 2020, p. 839 y ss.; Garibo Peyró, A. P.: "El interés superior del menor en los supuestos de maternidad subrogada", *Cuadernos de Bioética*, vol. XXVIII, 2017, p. 245 y Sánchez Martínez, M. O.: "Las certezas del interés superior del menor en el contexto de los derechos de la infancia", *Anuario Facultad de Derecho*, Universidad de Alcalá, 2017, p. 45.

• Guillermo Iruegas Prada
Doctor en Derecho (Universidad de Vigo). Correo electrónico: iruegas@hotmail.es

que es indeterminado, pero que no debe ser indefinido. Que debe concretarse en función de los aspectos que concurran en cada caso, pero que debe disponer de un mínimo contenido definitorio para garantizar la seguridad jurídica y generar la certeza del Derecho en la medida de lo posible.

Excepciones a esta regla general de mantener indefinido el concepto por razón de su inherente indeterminación las constituyen determinados autores y puntuales resoluciones judiciales, que por su interés traemos a colación a continuación. En este sentido, en el año 2013, el Tribunal Supremo, en un proceso de divorcio donde esencialmente se dirimía la guarda y custodia del hijo, aportó un contenido definitorio del término: "la suma de distintos factores que tienen que ver no solo con las circunstancias personales de sus progenitores y las necesidades afectivas de los hijos tras la ruptura, de lo que es corolario lógico y natural la guarda y custodia compartida, sino con otras circunstancias personales, familiares, materiales, sociales y culturales que deben ser objeto de valoración para evitar en lo posible un factor de riesgo para la estabilidad del niño, y que a la postre van a condicionar el mantenimiento de un *statu*s sino similar sí parecido al que disfrutaba hasta ese momento y esto se consigue no solo con el hecho de mantenerlos en el mismo ambiente que proporciona la vivienda familiar, sino con una respuesta adecuada de sus padres a los problemas económicos que resultan de la separación o del divorcio para hacer frente tanto a los gastos que comporta una doble ubicación de los progenitores, como a los alimentos presentes y futuros[3]".

Importantes juristas han querido, también, contribuir a resolver esa falta de seguridad jurídica de que adolece el interés prevalente del menor por causa de su indefinición. Son, como decimos, excepciones a la norma general, que elude procurar un contenido definitorio de la institución al amparo de su inherente indeterminación, y quizá precisamente por ello sus opiniones adquieren un valor añadido que en este estudio queremos encomiar.

Es, asimismo, insoslayable citar las consideraciones a este respecto formuladas por Roca Trías, quien considera que "el contenido del interés del menor consiste en asegurar la efectividad de unos derechos a unas personas que, por sus condiciones de madurez, no pueden actuar por sí mismas, de forma independiente, para garantizar su efectividad[4]". En similares términos se han pronunciado otros dos ilustres civilistas, Iglesias Redondo y Rivero Hernández, quienes subrayan,

3 STS 17 junio 2013 (RJ 2013, 4375). El TS ha mantenido esa concepción con el paso de los años, como acreditan diversas resoluciones. Entre otras, SSTS 17 octubre 2013 (RJ 2013, 7255), y 13 febrero 2015 (RJ 2015, 681).

4 *Vid*. Roca Trías, E.: *Familia y cambio social (de la casa a la persona)*, Civitas, Madrid, 1999, p. 220. Esta posición doctrinal es compartida por otros autores, como Guilarte Martín – Calero, C.: *La concreción del interés superior del menor en la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2014, p. 17 y Navas Navarro, S.: "Interés del menor y modelos de guarda en el Libro II del Código Civil de Cataluña", en *Cuestiones actuales del Derecho catalán de la persona y de la familia*, Documenta Universitaria, Gerona, 2013, p. 287.

respectivamente, que este interés del niño "lejos de significar arbitrio o capricho del mismo, estriba en la mayor suma de ventajas, de cualquier género y especie, y del menor número de inconvenientes que le reporta una situación perfectamente determinada respecto de otra, siempre en proyección frente al futuro, desde el exclusivo punto de vista de su situación personal[5]"; o lo que es lo mismo, en román paladino, "la significación de los bienes y valores implicados en la vida de la persona[6]".

Aunando estos posicionamientos doctrinales, no es aventurado definir este concepto como la concurrencia las circunstancias que garanticen el libre desarrollo de la personalidad del menor, su propio bienestar y su estabilidad socioeconómica; pues estos tres son los pilares en los que se aposentan los intereses generales de cualquier menor, con independencia de (o más bien, ponderando) las circunstancias adyacentes al caso concreto, y de ahí su indeterminación, que no su indefinición. No cabe, en fin, concebir un interés superior del menor que sea contrario al libre desarrollo de su personalidad, a su bienestar o a su estabilidad.

No es el objeto de este estudio ahondar en el origen y el significado de cada uno de estos tres elementos vertebradores del interés del niño, pero dada su trascendencia, y puesto que todos ellos son necesarios para construir una concepción de dicho interés desde una perspectiva concreta y genuinamente individual, sí resulta conveniente una somera referencia a cada uno de ellos (muy especialmente, en lo relativo al libre desarrollo de la personalidad, principio constitucionalmente recogido y, por lo tanto, sobre el que existe una abundante literatura tanto científica como jurisprudencial en la que no vamos a abundar).

El primero de estos elementos, como decimos, es la piedra angular que permite configurar el interés superior del menor desde el punto de vista individual y alejado de toda tentación colectivista que permitiera presumir, intuir o suponer que todos los casos son iguales y que el interés del niño es inmutable e inmanente en el tiempo. Es, de hecho y de derecho, todo lo contrario, gracias a la importancia del desarrollo de su personalidad – en tanto no hay dos personalidades iguales, tampoco hay dos casos idénticos – imbuida por la preponderancia de la libertad. Este desarrollo, tanto de la personalidad como de cualesquiera otros aspectos del menor, debe hacerse en plenas condiciones seguras y libres.

Desde los tiempos de Roma hasta el período actual, la libertad ha sido el eje sobre el que se proyecta la acción del individuo, y es ese principio sobre el

5 Iglesias Redondo, J. I.: *Guarda asistencial, tutela ex lege y acogimiento de menores*, Cedecs, Barcelona, 1996, p. 66.

6 Rivero Hernández, F.: *El interés del menor*, Dykinson, Madrid, 2000, p. 81. En similares términos, De Palma Del Teso, Á.: *Administraciones Públicas y protección de la infancia: en especial, estudio de la tutela administrativa de los menores desamparados*, Ministerio de Administraciones Públicas, Madrid, 2006, p. 116.

que debe articularse cualquier análisis, tratamiento o determinación del interés superior del niño. En buena prueba de ello, el senador Cicerón ya sentenció en uno de sus discursos, *Pro Cluentio*: "seamos esclavos de las leyes para ser libres". Y durante la centuria pasada, Sartre confirmó que "el hombre está condenado a ser libre". La Historia demuestra, pues, que, a pesar del paso de los años, el hombre ha ambicionado siempre la libertad, y por otra parte, que esa libertad no puede ser posible si no existe también el principio de legalidad. Esta es la razón por la que, en las modernas democracias occidentales, el Estado de Derecho consiste en la primacía de la ley, concibiéndola en todo caso como la expresión de la voluntad popular.

Centrando la cuestión, el libre desarrollo de la personalidad ha sido acertadamente definido por la doctrina civilista en diversas ocasiones. Una de las más certeras se produjo cuando Martínez Vázquez De Castro lo concibió como "la facultad natural de que gozan los hombres para realizar sin obstáculos las acciones u omisiones que le permitan expresar, y aumentar progresivamente, aquellas cualidades de capacidad, disposición, virtudes y prudencia que deben distinguir a la persona", razonando a su vez que, por una parte "la libertad constituye la esencia de la personalidad moral, no pudiéndose construir esta sino desde la libre elección"; y, por otra, que la libertad, como punto de partida del desarrollo de la personalidad del niño, "no podrá tener cualquier contenido, sino sólo aquellos que efectivamente conduzcan al desarrollo de la personalidad moral que el ser humano, como libre sujeto agente, se propone[7]". Nos adherimos a estos postulados.

El segundo de los elementos en que basamos la definición del interés superior del menor es su propio bienestar, estrechamente relacionado, como es lógico, con la estabilidad socioeconómica, el tercero y último de los pilares sobre los que en este estudio se propone asentar una definición del interés superior del menor. Desde el campo del Derecho – pues "bienestar" es un término que puede tocar otras disciplinas, desde la Psicología hasta el Trabajo Social – considera Rivero Hernández que, en efecto, "bienestar es una palabra omnicomprensiva. Incluye el bienestar material, tanto en el sentido de una adecuación de recursos para proporcionar un hogar agradable y un cómodo nivel de vida, en el sentido de un cuidado adecuado para asegurar el mantenimiento de la buena salud y el debido orgullo personal. Sin embargo, aunque debe tenerse en cuenta lo material, es cuestión secundaria. Son más importantes la estabilidad y la seguridad, el cuidado y el consejo cariñoso y comprensivo, la relación cálida y compasiva, que son

7 Con gran acierto culmina el autor su razonamiento sentenciando que "el libre desarrollo de la personalidad del art. 10.1 establece, en definitiva, un proyecto de libertad individual de carácter general. Es el individuo el que tiene el derecho a decidir libremente su proyecto vital, así como a cambiarlo cuantas veces quiera, e incluso a no tenerlo propiamente". Martínez Vázquez De Castro, L.: *El principio de libre desarrollo de la personalidad en el ámbito privado*, Thomson Reuters, Pamplona, 2010, p. 18 y ss.

esenciales para el pleno desarrollo del propio carácter, personalidad y talentos del niño[8]".

Y finalmente, en lo que concierne a la estabilidad socioeconómica, el Tribunal Supremo puso en valor la noción de la estabilidad a la hora de establecer un contenido definitorio del interés superior del menor ya desde el año 2013, como se mencionó. La estabilidad socioeconómica es un valor del que no se puede prescindir en la búsqueda del mejor interés de cualquier menor, y la razón de que así sea es que la búsqueda de medidas con una cierta duración, cuando no permanentes en el tiempo, favorece su propio desarrollo y bienestar[9], con determinadas excepciones que no representan, naturalmente, la pauta general.

2. Manifestaciones del interés superior del menor.

La propia indeterminación del concepto provoca que, en los distintos supuestos en los que haya que dirimir el mejor interés del niño, éste pueda manifestarse de forma distinta, sin que ello sea óbice, como hemos señalado, para construir una definición general como la que hemos planteado en el apartado anterior, y que necesariamente vincula a este interés con los tres pilares antedichos: desarrollo libre de su personalidad, bienestar y estabilidad socioeconómica.

Las manifestaciones de dicho interés dependen, fundamentalmente, de la controversia en cuestión. No es lo mismo determinar el interés del menor en un divorcio contencioso que en una situación de desamparo o en una adopción. Ni siquiera en todos los divorcios o en todas las situaciones de desamparo el interés del niño tiene por qué coincidir, puesto que, siguiendo estos mismos ejemplos, en unos supuestos lo más conveniente para el menor será la custodia compartida, en otros la exclusiva, y en los casos de desamparo, múltiples figuras protectoras de los menores de edad deben ser ponderadas a la hora de determinar cuál es la más adecuada para el caso concreto: desde todas las subespecies del acogimiento familiar hasta un acogimiento residencial.

La práctica de los vientres de alquiler, conocida también como gestación subrogada, en este sentido, constituye uno de los supuestos en el que hay que determinar cuál es el interés del menor y por lo tanto, será también una de las situaciones en las que analicemos en mayor profundidad cuál es ese interés y cómo y por qué debe ser determinado. Nos detendremos, primero, en una serie

8 *Vid.* Rivero Hernández, F.: "*El interés* (…)", cit. p. 72.

9 Las medidas de protección del menor con carácter duradero son, por lo general, más beneficiosas para él, tal como sostienen numerosos autores. Entre muchos otros, López Azcona, A.: "Luces y sombras del nuevo marco jurídico en materia de acogimiento y adopción de menores: a propósito de la Ley Orgánica 8/2015 y de la Ley 26/2015, de modificación del sistema de protección a la infancia y la adolescencia", *Boletín Oficial del Ministerio de Justicia*, año LXX, nº 2185, Madrid, 2016, p. 35 y De La Iglesia Monje, M. I.: "Menores desamparados: el derecho de sus padres a relacionarse con ellos", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, nº 733, 2012, p. 2777.

de supuestos controvertidos que, siendo manifestaciones de dicho interés, éste se orienta en un sentido u otro en función de las circunstancias adyacentes al caso concreto, pero siempre en perfecta armonía con el libre desarrollo de la personalidad, del bienestar y de la estabilidad socioeconómica del niño.

A) Un límite a la autonomía de la voluntad de los cónyuges.

Uno de los ejemplos más claros y que con más contundencia permitió apreciar la manifestación del interés del menor constituyendo un límite a la libertad de sus propios padres, en proceso de divorcio, se produjo con la promulgación de la STS 15 octubre[10] 2018. El Tribunal Supremo sostiene en esta resolución que "es dable que los cónyuges regulen convencionalmente su relaciones tras la ruptura matrimonial, incluidas las relativas a las medidas respecto a los hijos comunes, siempre que tales acuerdos no sean contrarios al interés del menor, y con la limitación impuesta en el art. 1814 del CC, que supone, que no cabe renunciar ni disponer del derecho del menor a la pensión de alimentos, ni puede compensarse con una deuda entre los progenitores, ya que en otro caso no podrían ser objeto de ejecución, por afectar a dicho interés, cuestión de orden público, cuyo control corresponde al juzgador de instancia".

Como señalamos, la manifestación del interés del menor descansa aquí en el límite que el Tribunal Supremo les impone a los ex cónyuges a la hora de regular sus relaciones con posterioridad al término del matrimonio[11]. Éstos son libres de regularlas como mejor les parezca, mientras ello no vaya en contra del interés de su hijo menor de edad[12], lo que puede abarcar una amplia variedad de aspectos (régimen de alimentos, *ius visitandi*, guarda y custodia, etc.) propios del desarrollo de los hijos.

B) El uso de la vivienda familiar.

En la generalidad de los divorcios, es común la atribución del uso de la vivienda familiar a los hijos menores de edad, sobre la base de que ello acostumbra a ser lo más conveniente para ellos: su permanencia en la vivienda en la que han crecido y que es, al tiempo, el lugar donde más tiempo de sus vidas han pasado. Adquiere aquí una importante trascendencia el valor de la estabilidad, señalado en apartados anteriores como uno de los aspectos, a nuestro modo de ver, configuradores del

10 STS 15 octubre 2018 (ROJ 3485, 2018).

11 En similar línea de principio y con anterioridad a la promulgación de dicha sentencia, véanse la STSJC 9 enero 2014 (ROJ 5, 2014) y, especialmente, la SAP de Barcelona, 10 marzo 2015 (ROJ 2829, 2015): "la nulidad del matrimonio, el divorcio o la separación judicial no alteran las responsabilidades que los progenitores tienen hacia sus hijos y que, en consecuencia, estas responsabilidades mantienen el carácter compartido y, en la medida de lo posible, deben ejercerse conjuntamente".

12 En tal sentido, Tena Piazuelo, I.: "Conceptos jurídicos indeterminados y generalización de la custodia compartida", *Revista de Derecho Civil*, vol. V, nº 1, 2018, p. 113 y ss.

contenido definitorio del interés superior del niño. Fue meridiana, en ese sentido, la STS 1 abril 2011[13], estableciendo que "la atribución del uso de la vivienda familiar a los hijos menores de edad es una manifestación del principio del interés del menor, que no puede ser limitada por el juez, salvo lo establecido en el art. 96 CC".

C) Prolongación artificial de la vida en caso de riesgo vital.

Cuando la vida del menor está en grave peligro y uno de sus padres, o los dos, considera que lo mejor para el paciente es poner fin a su existencia, la prolongación de su vida por los mecanismos de que disponga el centro hospitalario se erige como la manifestación del interés del niño sin necesidad de que éste lo exprese ni de que nadie decida por él. Este interés superior se manifiesta en esta ocasión de esta manera gracias a que la reforma legislativa operada en 2015 sobre la materia, estableció expresamente que para facilitar su determinación operará como criterio general "la protección del derecho a la vida, supervivencia y desarrollo del menor (…)" tal y como consta en la letra b) del art. 2.2 LOPJM[14].

Habrá que convenir, por consiguiente, que la determinación del interés superior del niño, o si se prefiere, la manifestación de este supremo interés en los casos en los que está en juego la vida del menor, aparece unida de forma indisoluble con la preservación y la protección de la propia vida del paciente; como es natural, puesto que el llamado bien jurídico de la vida es el que mayor amparo legal recibe, por ser el más importante de cuantos bienes jurídicos demandan dicha protección.

D) La neutralidad en los centros de enseñanza.

A la hora de impartir una asignatura, la neutralidad en sus contenidos es la manifestación más palmaria del interés del menor, alejada de cualquier dogma o adoctrinamiento. Aun en el marco del art. 27.3 de la Constitución[15], en cuya virtud "la ley garantizará el derecho que asiste a los padres para que sus hijos reciban la formación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones", el Tribunal Supremo dictó una serie de sentencias en el año 2009 que se pronunciaron tangencialmente sobre este particular.

El criterio del máximo órgano del Poder Judicial al respecto se resume en que "el Estado, en el ámbito correspondiente a los principios y la moral común subyacente en los derechos fundamentales, tiene la potestad y el deber de impartirlos, y lo puede hacer, como ya se ha dicho, incluso, en términos de su promoción. Sin

13 STS 1 abril 2011 (ROJ 2053, 2011). En idéntico sentido, *vid.* SSTS 14 abril 2011 (ROJ 2672, 2011), 26 abril 2012 (ROJ 2907, 2012) y 13 de julio 2012 (ROJ 5674, 2012).

14 Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor.

15 *B. O. E.*, de 29 de diciembre de 1978, nº 311.

embargo, dentro del espacio propio de lo que sean planteamientos ideológicos, religiosos y morales individuales, en los que existan diferencias y debates sociales, la enseñanza se debe limitar a exponerlos e informar sobre ellos con neutralidad, sin ningún adoctrinamiento, para, de esta forma, respetar el espacio de libertad consustancial a la convivencia constitucional".

Así pues, el Tribunal Supremo afirma que el límite que el Estado tiene en este ámbito educativo es el del respeto a la neutralidad ideológica, si bien cabría matizar que dicho límite obedece tanto a la exigencia de preservar la convivencia constitucional y la libertad del individuo como, a su vez, al propio interés del menor, cuya enseñanza debe desarrollarse sin injerencias ideológicas, no sólo porque lo contrario quebraría parte del art. 27 de la Constitución, sino también porque ello es lo más conveniente para el alumno, que es menor de edad, y que por serlo, su interés también prevalece aquí de esta forma.

E) El derecho a ser oído, manifestación procesal del interés superior del menor.

El derecho a ser oído y escuchado en todos los procedimientos (judiciales, administrativos o de cualquier índole) en los que esté incurso el menor o sus intereses en juego, es una de las manifestaciones más palmarias de su interés superior y que se deja que ver con más nitidez en el trámite procesal. Este derecho ha sido objeto de una amplia reforma legislativa en el año 2015 sobre la que es preciso hacer una breve reflexión, especialmente por la trascendencia de esta manifestación.

Ello es así porque el derecho del menor no solamente a ser oído, sino también escuchado, implicará que su opinión sea tenida en cuenta, y que si la resolución administrativa o judicial es contraria a la misma, es conveniente motivar esa discordancia, que no obstante puede obedecer a múltiples motivos (falta de madurez del menor, rebeldía, etc.). Este mismo derecho adquiere un carácter fundamental porque se contempla desde un doble prisma: es, de una parte, cuestión esencial del interés superior del menor; y, de otra, en el ámbito jurisdiccional, vertiente del derecho a la tutela judicial efectiva de dicho interés[16].

Finalmente, es lugar común en la doctrina civilista considerar este derecho a ser oído y escuchado como una manifestación del interés superior del menor porque el reconocimiento – a éste – "de una esfera propia de autonomía de acuerdo con su desarrollo evolutivo, exige en aras de la adecuada protección de su interés, el respeto de su opinión y sus decisiones. De esta base, parte el derecho a la audiencia del menor, en la medida que se entiende que el menor tiene algo que

16 En tal sentido, Barber Cárcamo, R.: "El derecho del menor a ser oído y a que su opinión sea tenida en cuenta", *REDUR* 17, 2019, p. 12. En la misma línea, *vid.* SSTC 99/2019, de 18 de julio (RTC 2019, 99), y 183/2008, 22 de diciembre (RTC 2008, 183).

decir en aquellos asuntos que le afectan, y por ello, en la búsqueda de su interés es necesario conocer su opinión, valorarla y en función de la misma decidir[17]", opinión que compartimos.

II. EL ORIGEN DEL MENOR, MANIFESTACIÓN DE SU INTERÉS.

Las cinco manifestaciones del interés superior del menor enumeradas en las anteriores páginas tratan de ejemplificar cómo la determinación del concepto obedece a las circunstancias que concurran en el caso concreto – cuestión unánimemente asumida por la doctrina científica y jurisprudencial – y, al tiempo, todas ellas son compatibles con la definición que en este breve estudio hemos propuesto para un concepto jurídico que no por ser indeterminado ha de serlo también indefinido, en aras de la seguridad jurídica y, valga la redundancia, del propio interés del niño.

Sentado lo anterior, en los últimos años ha generado una importante controversia la denominada gestación por subrogación, práctica más conocida como "vientre de alquiler" y hoy en día prohibida en España[18], consistente en la contratación, onerosa o no, de una gestante para luego entregar a su hijo a la parte contratante. Ello es, a nuestro parecer, contrario al interés del menor en todos sus extremos, pero este estudio pretende centrar la cuestión en si el derecho del niño a conocer sus orígenes biológicos es o no una manifestación de dicho interés; y si, por lo tanto, el anonimato de la madre biológica del menor debe preservarse o no.

Esta cuestión también afecta a otros supuestos, especialmente en lo referido a los donantes de gametos, quienes tienen derecho a mantenerse anónimos en virtud de nuestro ordenamiento jurídico. Se trata, en definitiva, de analizar si este secreto sobre la identidad de los padres biológicos de un menor es o no contrario al interés del mismo y si, en caso de serlo, su derecho cede ante el del menor a conocer sus propios orígenes.

1. El derecho del menor a conocer sus orígenes biológicos.

El derecho a conocer los orígenes biológicos es, primero y ante todo, un derecho que adquiere una dimensión de fundamental por hallarse cohonestado con el derecho a la intimidad personal y familiar reconocido en el art. 18 de la

17 Como recoge Rabadán Sánchez – Lafuente, F.: "El derecho a la audiencia tras las últimas reformas legislativas en materia de protección de la infancia y la adolescencia", *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, nº 3 *ter*, 2015, p. 122. Reconocen este derecho como una manifestación del interés del menor, a su vez y entre otros: López Azcona, A.: "Luces y (…)", cit., p. 40, y, mucho más en profundidad, Roda Y Roda, D.: *El interés del menor en el ejercicio de la patria potestad. El derecho del menor a ser oído*, Universidad de Murcia, Murcia, 2013, p. 215 y ss.

18 Por disponerlo así el art. 10.1 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida: "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".

Constitución[19], en tanto en cuanto el derecho a una identidad propia configura en buena medida la intimidad del individuo, y consecuentemente, también la de su propio grupo familiar. Existe, también, una palmaria conexión entre este derecho y el principio de igualdad estatuido en el art. 14 de nuestra Carta Magna: "los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social". Esta equiparación por razón de nacimiento sitúa en el mismo plano de igualdad a los nacidos, sea por concepción natural o por reproducción asistida, sin excepción alguna, y por lo tanto, ampara el derecho de los menores a conocer sus propios orígenes. Ello, como es natural, plantea serios problemas a la práctica de la gestación por sustitución, puesto que la gestante y madre biológica del niño no acostumbra a mantener vínculo alguno con él toda vez ha llevado a término el embarazo, en los países en los que esta práctica está permitida.

Del mismo modo, aunque fuera del catálogo de derechos fundamentales que establece en su articulado, la Constitución también ampara la investigación de la paternidad *ex* art. 39.2, un precepto que, a mayores, viene a fortalecer esa conexión con el principio de igualdad que mencionamos en el párrafo precedente, puesto que en él también se establece que los hijos son iguales ante la ley con independencia de su filiación (careciendo de sentido cualquier consideración de signo contrario, pues resultaría inconcebible que unos menores tuvieran unos derechos distintos a los de otros por la simple razón de que su nacimiento no obedeciera a las mismas circunstancias previas).

Podemos concluir, pues, que el derecho del menor a conocer sus orígenes biológicos es una facultad que le asiste en virtud de, al menos, tres preceptos constitucionales (arts. 14, 18.1 y 39.2) que le confieren una dimensión de, además de derecho subjetivo, fundamental, en tanto en cuanto es evidente que afecta a la esfera de su intimidad y a la configuración de su propia identidad; aspecto, este último, que entronca con una cuestión vertebradora del interés superior del niño, como es el libre desarrollo de su personalidad.

La relación tangible entre el derecho a conocer el origen biológico del individuo y la configuración de su propia personalidad en condiciones libres descansa en el hecho de que un menor podrá desarrollarse en plenitud (es decir, en unas condiciones acordes con su propio interés, esto es: libres, estables y que le granjeen bienestar) si conoce sus propios orígenes. Es claro, en ese sentido, que el ser humano, por el mero hecho de serlo, tiene una identidad propia (del mismo

19 *Vid.* De Lorenzi, M.: "El reconocimiento jurídico del derecho a conocer los orígenes biológicos en la adopción y en la reproducción humana asistida en España y Cataluña", *AFIN*, nº 85, 2016, Barcelona, p. 2: "este derecho está reconocido en el art. 18 de la Constitución Española desde que el derecho a la identidad, del que es parte, integra la noción de vida privada que este precepto reconoce".

modo que a todo individuo le asiste una personalidad) y, como tal, tiene derecho a que todos los elementos que la constituyen sean respetados, como propone De Lorenzi[20].

La trascendencia de este asunto es tal que el Constituyente, con buen criterio, le confirió oportuna relevancia constitucional mencionando en el art. 10.1 de nuestra Carta Magna que "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". El derecho al libre desarrollo de la personalidad, es, por lo tanto y como venimos afirmando, una facultad que asiste a todo individuo por el mero hecho de serlo, y ello se extiende tanto a los menores de edad – cuya personalidad todavía está por construir – como a los que no lo son. Pero es en el supuesto de que lo sean cuando este desarrollo de la personalidad se convierte en una vertiente inherente al interés superior del niño, indiscernible de su propia identidad, que no puede entenderse completada sin un conocimiento lo más exacto posible sobre sus propios orígenes biológicos.

En suma: dicho derecho del menor a conocer sus orígenes biológicos es un derecho subjetivo del niño que puede enmarcarse en el elenco de los derechos fundamentales que nuestra Constitución dispone en su texto articulado, en virtud de un derecho a la intimidad que, si bien no directamente, es comprensivo de aspectos como la propia identidad o la personalidad del individuo. Asimismo, la igualdad entre todos los españoles y el mandato constitucional de investigar la paternidad equiparan *de iure* a todos los nacidos, en sintonía con el hecho de que tanto la filiación por naturaleza como la filiación por adopción surten idénticos efectos, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 108 CC.

Pero aún en el caso de que no fuera así – es decir, que no recibiera la catalogación de derecho fundamental – sí es diáfano que alberga conexión con otros artículos de la Constitución ya mencionados (en concreto, los arts. 14 y 39.2) y que constituye una manifestación del interés superior del menor, puesto que resultaría difícilmente concebible que el conocimiento de los propios orígenes del niño no fuera algo de su interés, o un factor sumamente relevante a la hora de configurar su personalidad, que es tanto como su derecho a una identidad propia, en los términos más precisos posibles.

Como hemos visto en anteriores ocasiones en este mismo estudio, el interés del menor se manifiesta de distintas maneras en función de la casuística, pero siempre obedece a las mismas condiciones: libertad, bienestar y estabilidad. Para

20 De Lorenzi, M.: *El derecho a conocer los orígenes biológicos: la necesidad de su reconocimiento para garantizar el derecho a la identidad personal de los adoptados y nacidos por reproducción humana asistida*, Universidad de Barcelona, Barcelona, 2015, p. 127.

el caso de un menor que no conozca sus orígenes biológicos y quiera hacerlo, deviene inevitable deducir que ese conocimiento no sólo no contradice a ninguno de esos tres requisitos que conforman el llamado interés superior del niño, sino que, antes al contrario, se adapta a ellos como anillo al dedo.

2. Derecho a conocer los orígenes biológicos *vs.* derecho a la intimidad.

La consecuencia lógica del ejercicio por el menor del derecho a conocer sus orígenes es una colisión entre este derecho con el de la intimidad, del que son titulares sus padres biológicos, y que tiene la consideración expresa de derecho fundamental, en virtud de lo dispuesto en el art. 18.1 de la Constitución ("se garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen"). Es en este punto cuando se debe determinar si estamos o no ante una colisión de derechos fundamentales, y en todo caso, puesto que hay un choque, qué derecho prevalece y cuál de los dos cede ante el otro.

El derecho a la intimidad abarca aquellos aspectos que la persona desea mantener velados por afectar a su ámbito más privado, en conexión también con otros derechos reconocidos por el texto constitucional, tales como la dignidad del individuo y el libre desarrollo de la personalidad. Y es preciso destacar que este derecho no es comprensivo únicamente de los aspectos concernientes a la esfera de la persona individualmente considerada, sino que se extiende a los miembros del grupo familiar, tal y como reconocieron las SSTC 197/1991, de 17 de octubre, y 231/1988, de 2 de diciembre[21]: "no cabe duda que ciertos eventos que pueden ocurrir a padres, cónyuges o hijos tienen, normalmente y dentro de las pautas culturales de nuestra sociedad, tal trascendencia para el individuo, que su indebida publicidad o difusión incide directamente en la propia esfera de su personalidad. Por lo que existe al respecto un derecho -propio y no ajeno- a la intimidad, constitucionalmente protegido", luego "el derecho a la intimidad se extiende no sólo a los aspectos de la vida propia personal, sino también a determinados aspectos de otras personas con las que se guarde una personal y estrecha vinculación familiar, aspectos que, por esa relación o vínculo familiar, inciden en la propia esfera de la personalidad del individuo que los derechos del art. 18 C.E. protegen".

De ello cabe inferir que, desde el momento en que los futuros padres adoptan la decisión de tener un hijo, por la vía que sea, el derecho a la intimidad se ve afectado tanto en lo que a ellos les concierne como en lo que a su propio hijo se refiere. La razón de que así sea es que el derecho del niño a conocer sus propios orígenes no es sino una manifestación más de la intimidad inherente a toda persona por el hecho de serlo; siendo igualmente cierto que la procreación

21 SSTC 197/1991, de 17 de octubre (RTC 1991, 197) y 231/1988, de 2 de diciembre (RTC 1988, 231).

humana constituye un acto íntimo que, naturalmente, está también comprendido en el ámbito de aplicación del derecho a la intimidad.

La intimidad, pues, no es un derecho exclusivo o excluyente ni de la gestante, en el caso de los llamados "vientres de alquiler", ni de los padres biológicos, en otros casos sí permitidos por la legislación vigente, como puede ser la reproducción asistida o el supuesto de que un menor que ha sido adoptado o acogido quiera conocer quiénes realmente sus padres. Este derecho a la intimidad ciertamente asiste a los padres del menor, pero también le asiste a este último, puesto que por ser un derecho fundamental, sus titulares son las personas, sin distinción y sin excepción alguna.

De esta manera, el derecho fundamental a la intimidad colisiona de una manera doble, puesto que por una parte, en ese choque habrá que dirimir qué intereses priman más – si los del hijo menor de edad o los de sus propios padres biológicos – y, de otra, qué derecho cede y por qué. Más específicamente, la colisión se produce no entre un mismo derecho a la intimidad fruto de su ejercicio compartido, sino entre un derecho a la intimidad *strictu sensu* (es decir, aquel que afecta directamente a cuestiones nucleares de la privacidad del individuo o del grupo familiar, tal es el caso de la identidad de los padres biológicos) y entre el derecho del niño a conocer sus propios orígenes (que es, más bien, una manifestación de dicho derecho y que además goza de una protección constitucional reforzada por la aplicación ya mencionada de los arts. 14 y 39.4 de nuestra Carta Magna).

Para resolver este vericueto, hemos de acudir una vez más a la jurisprudencia constitucional. El órgano guardián de la Constitución zanjó la cuestión en un supuesto de investigación de la paternidad considerando que prevalecía el derecho a la intimidad de la menor. Se trataba de un proceso civil de filiación extramatrimonial, "entablado por la madre soltera de una menor contra quien ella afirma que fue su progenitor", afirmando éste último que la desestimación de la demanda de filiación no sólo no vulneraba ninguno de los derechos alegados por la otra parte, sino que además preservaba los suyos propios a la intimidad personal y familiar, así como a la integridad física. Sintetizando, como expone el propio Tribunal Constitucional, "el núcleo de la controversia, tanto en el litigio civil como en el proceso constitucional, gira en derredor de la negativa del varón a someterse a la práctica de la prueba biológica de filiación, que había sido decretada por los órganos judiciales".

Pues bien, lejos de dar la razón al demandado, el TC consideró que tenía primacía una intimidad que no era la suya propia, sino la de su hija menor de edad. No consta con esa denominación expresamente, pero es palmario que el fundamento de esta sentencia no es otro que el interés superior de la niña, que es el argumento decisivo que permite al tribunal inclinar la balanza en favor de este razonamiento

en lugar de hacerlo *a contrario sensu*. Textualmente dice: "(…) tampoco se vulnera el derecho a la intimidad cuando se imponen determinadas limitaciones como consecuencia de deberes y relaciones jurídicas que el ordenamiento regula, como es el caso de la investigación de la paternidad y de la maternidad mediante pruebas biológicas en un juicio sobre filiación", sentenciando que "no hay duda de que, en los supuestos de filiación, prevalece el interés social y de orden público que subyace en las declaraciones de paternidad, en las que están en juego los derechos de alimentos y sucesorios de los hijos, objeto de especial protección por el art. 39.2 C.E., lo que trasciende a los derechos alegados por el individuo afectado, cuando está en juego además la certeza de un pronunciamiento judicial. Sin que los derechos constitucionales a la intimidad, y a la integridad física, puedan convertirse en una suerte de consagración de la impunidad, con desconocimiento de las cargas y deberes resultantes de una conducta que tiene una íntima relación con el respeto de posibles vínculos familiares".

Si bien el Tribunal Constitucional no razonó que el derecho a la intimidad de la menor prevalecía sobre el del demandado (o, al menos, no lo hizo explícitamente), lo cierto es que en la práctica, esta es la consecuencia del pronunciamiento aludido. Lo que no dice el Constitucional, y a nuestro juicio sí es relevante, es que la clave de bóveda del asunto, la auténtica piedra angular del razonamiento, es que en esa colisión de derechos (sea entre dos variantes del derecho a la intimidad, sea entre cualesquiera otros) es el interés superior de la menor lo que confiere un *plus* de autoridad, un auténtico refuerzo jurídico, al derecho de la hija menor de edad, y por ende, el derecho a la intimidad del demandado cede ante él.

Únicamente se alude a esta conclusión muy someramente y casi al final de la sentencia, de la siguiente manera: "las serias dudas suscitadas por la demanda presentada en interés de la menor hacían indudablemente necesaria la práctica de la prueba biológica, como informó en su día el Ministerio Fiscal. Y las discrepancias y vacilaciones de los Tribunales civiles, al pronunciarse sobre una cuestión de tal importancia para el interés público como es la filiación de un menor de padre desconocido, acreditan elocuentemente que dicha prueba debía haberse practicado, clarificando en términos difícilmente rebatibles el conflicto y haciendo posible una declaración judicial apoyada en elementos de convicción sólidos y fiables".

Todo ello lleva a concluir al Tribunal Constitucional que "los límites que los arts. 18.1 y 15 C.E. pueden imponer a la investigación de la filiación no justifican, en modo alguno, la cerrada negativa del demandado en el litigio civil precedente a someterse a la práctica de las pruebas que habían sido decretadas por el Juzgado, primero, y por la Audiencia Provincial, luego. Su oposición sólo hubiera sido lícita, desde la óptica de tales derechos fundamentales, si se fundara en la inexistencia

de razones que justificasen la decisión judicial de realizar la prueba. Inexistencia que no es en modo alguno aceptable, dada la motivación ofrecida por el Auto de 11 mayo 1989 que ordenó la práctica de la prueba, y a la vista de los indicios que fueron puestos de manifiesto tanto en la Sentencia de instancia como en la de apelación, aun cuando fuera con resultados divergentes. Las discrepancias puestas de manifiesto entre los diversos Tribunales del orden civil que han conocido del litigio recaen sobre la valoración de la prueba acerca de la paternidad; no, desde luego, sobre la pertinencia de la prueba biológica".

Las conclusiones expuestas por el TC en esta sentencia son aplicables tanto a este supuesto como a otros objeto de controversia a los que en este artículo nos referimos, y muy especialmente, en relación con los denominados "vientres de alquiler". La gestación por sustitución, aun prohibida en España, entraría de lleno en el núcleo de supuestos de investigación de la maternidad que, a juicio del propio tribunal, sí goza de cobertura jurídica cuando es pertinente, necesaria y acorde al interés superior de los hijos menores de edad. Esta es la plasmación en jurisprudencia constitucional del derecho del menor a conocer sus orígenes como una manifestación más de dicho interés prevalente, y tiene su reflejo más evidente en su propia primacía incluso sobre los derechos fundamentales de otras personas.

3. La gestación por sustitución.

A la luz de todo lo antedicho en los apartados precedentes, no puede sino concluirse que son muchos los motivos que fundamentan la contrariedad de los denominados "vientres de alquiler" al supremo interés del menor, pero en lo que concierne *strictu sensu* a la problemática que aborda este estudio (esto es, el derecho del niño a conocer sus orígenes biológicos), es la primacía de este derecho sobre cualquier otro que pudiera concurrir la que sentencia que esta práctica es incompatible con el mejor interés de los hijos.

No podemos dejar de destacar que, en la práctica totalidad de los casos, la madre biológica del menor, tras la gestación, se desentiende por completo de su guarda y de los deberes de cuidado del mismo a los que está obligada por la institución de la patria potestad. Esta es la principal razón, que no la única, por la cual la gestación por sustitución es de todo punto incompatible con el interés superior del niño, aun en el caso de que su derecho a conocer sus propios orígenes no entrase en conflicto con dicha práctica.

De hecho, la propia variedad de nomenclaturas[22] con que se ha dado en bautizar lo que indudablemente constituye el alquiler, oneroso o no, del seno

22 *Vid.* Garibo Peyró, A. P.: "El interés (…)", cit. p. 249 y ss.

materno para posteriormente despojar a la madre y a su hijo de cualquier tipo de relación o vínculo, y por supuesto, de la propia relación madre – hijo, ya ha generado una considerable polémica: no estamos sólo ante una gestación por sustitución, sino ante un vientre de alquiler. "La gestante" no es un ente abstracto ni una expresión casual: se emplea para evitar otra, "la madre", que es la que le corresponde de hecho y de derecho.

Así las cosas, nuestra tradición jurídica, desde los tiempos del Derecho Romano, se aposenta en materia de filiación en una serie de principios, siendo uno de ellos el conocido *mater semper certa est*, en cuya virtud se engarza la maternidad con la certeza jurídica de gestación y parto. Y aun a pesar de que, en los últimos años y fruto de los avances de la Ciencia en relación con la reproducción humana asistida, este principio se ha difuminado[23], lo cierto es que cobra plena vigencia en relación con los vientres de alquiler, puesto que es la madre biológica del menor la exclusiva titular, junto con el padre, de la patria potestad (a falta de la concurrencia de figuras jurídicas como la adopción, en cuyo caso estos deberes son adquiridos por el adoptante o adoptantes).

La raíz del problema, la clave de bóveda sobre la que descansa la incompatibilidad de los vientres de alquiler con el interés superior del menor, no es otra que la creencia infundada acerca de la existencia de un derecho a ser padres que no es tal. No existe este derecho[24] en ninguna Constitución de ninguna democracia occidental, ni tampoco consta en las múltiples Declaraciones de Derechos, ni por supuesto, en la Declaración Universal de los Derechos Humanos. Y ello en relación con la maternidad subrogada, sí, pero también en cuanto a las figuras jurídicas de protección de menores (muy especialmente, en lo referido a la adopción y al acogimiento familiar).

Afortunadamente, desde hace ya demasiado tiempo, el menor ha dejado de ser considerado como una propiedad de los padres o un ente carente de valor o peso jurídico, pasando justo al extremo opuesto y pivotando todos los procedimientos en los que esté incurso en torno a su superior interés. Por lo tanto, ni los padres del menor tienen un derecho que por naturaleza les faculte a serlo, ni tampoco disponen de la posibilidad de adquirir dicho derecho. Esto es: no pueden, en modo alguno, pagar un precio por adquirir a un niño, que es la base de la gestación subrogada en no pocos supuestos. En todo caso, tanto si la gestación del menor

23 Al respecto, Duplá Marín, M. T.: "El presente del pasado: el principio mater semper certa est y su reflejo en la actual legislación sobre reproducción humana asistida", *Revista Internacional de Derecho Romano*, Universidad de Castilla – La Mancha, 2019, p. 322 y ss.

24 En este sentido, De Verda Y Beamonte, J. R.: "La filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida en España", *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 2018, pp. 23-24, y Cervilla Garzón, M. D.: "Gestación subrogada y dignidad de la mujer", *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 2018, pág. 13.

es retribuida como si no, la madre biológica no puede verse privada ni de facto ni legalmente de la patria potestad, como abundantemente hemos insistido.

Los deseos de quien quiere ser padre no pueden confundirse con derechos. Y quienes desean con tanto fervor adquirir la condición de padre deben ser conscientes de ello, y de que frente a sus intereses, siempre prevalecerán los de su hijo menor de edad. Por mucho que ambos deban ponderarse siempre que ello sea posible[25], en la determinación del interés prevalente del niño gozarán de primacía sus derechos tanto frente a los de sus padres[26] como ante los de cualquier otro actor legitimado en el proceso de que se trate.

En lo que se refiere estrictamente al derecho del niño a conocer sus orígenes biológicos, en la mayoría de las ocasiones, la madre no sólo se ve privada del ejercicio de la patria potestad que legalmente le corresponde desempeñar, sino que también puede ocurrir que desee preservar su anonimato. El hecho cierto de que el menor quiera conocer su procedencia, y de que tenga derecho a ello, entra en contradicción directa con esta práctica, pues llevado ello a sus últimas consecuencias, desaparecería el anonimato de su madre y se restaurarían todos los derechos y deberes, tanto personales como económicos, que fueron suprimidos una vez finalizada la gestación.

El motivo es que, como razonamos en páginas anteriores, el derecho del niño a conocer sus propios orígenes forma parte, a su vez, del contenido de otro derecho que goza de expreso amparo constitucional, que es el del libre desarrollo de la personalidad, y del derecho a la intimidad, que además tiene el carácter de fundamental. Y, del mismo modo, estos derechos no son sino manifestaciones del interés del menor, y puesto que éste tiene prevalencia sobre los de los demás[27],

25 Sentenció en su día el Tribunal Constitucional, con buen criterio, que "en materia de relaciones paterno-filiales (entre las que se encuentran las relativas al régimen de guarda y custodia de los menores), el criterio que ha de presidir la decisión judicial, a la vista de las circunstancias concretas de cada caso, debe ser necesariamente el interés prevalente del menor, ponderándolo con el de sus progenitores, que aun siendo de menor rango, no resulta desdeñable por ello" (STC 185/2012, 17 de octubre (RTC 2012, 185). Más recientemente y en aplicación al caso concreto del vientre de alquiler, *vid.* STS 31 marzo 2022 (ROJ 1153, 2022).

26 La STC 185/2012, 17 de octubre (RTC 2012, 185), resuelve también que "el interés superior del niño opera, precisamente, como contrapeso de los derechos de cada progenitor y obliga a la autoridad judicial a valorar tanto la necesidad como la proporcionalidad de la medida reguladora de su guarda y custodia. Cuando el ejercicio de alguno de los derechos inherentes a los progenitores afecta al desenvolvimiento de sus relaciones filiales, y puede repercutir de un modo negativo en el desarrollo de la personalidad del hijo menor, el interés de los progenitores no resulta nunca preferente". En el mismo sentido, véanse también, entre muchas otras: SSTC 141/2000, 29 de mayo (RTC 2000, 141) 124/2002, 20 de mayo (RTC 2002, 124), 144/2003, 14 de julio (RTC 2003, 144), 71/2004, 19 de abril (RTC 2004, 71), y 11/2008, 21 de enero (RTC 2008, 11). Aplicado ello al caso concreto de la gestación subrogada, *vid.* una vez más, STS 31 marzo 2022 (ROJ 1153, 2022).

27 A este respecto, la jurisprudencia constitucional, de nuevo, con prístina claridad: "sobre los poderes públicos, y muy en especial sobre los órganos judiciales, pesa el deber de velar por que el ejercicio de esas potestades por sus padres o tutores, o por quien tenga atribuida su protección y defensa, se haga en interés del menor, y no al servicio de otros intereses, que por muy lícitos y respetables que puedan ser, deben postergarse ante el superior del niño" (STC 141/2000, 29 de mayo (RTC 2000, 141)).

en caso de colisión, ceden éstos ante él. Por consiguiente, el derecho a la intimidad que también asistiría a la madre biológica del niño no puede imponerse ante la facultad del menor de averiguar sus propios orígenes.

III. CONCLUSIONES.

Las conclusiones que a este estudio ponen fin son, pues, las que resumen los aspectos más relevantes del mismo. Se ha tratado de desarrollar, primero, el contenido del interés superior del menor y las múltiples formas en que puede manifestarse, primando la particularidad de cada caso concreto y la personalidad del individuo por encima de cualquier consideración colectiva. Posteriormente, se ha ofrecido una disertación sobre el derecho a conocer los orígenes biológicos de la persona y su relación tangible con dicho interés prevalente del menor, valorándose si este derecho tiene primacía o no sobre el de la intimidad de los padres biológicos. Y, finalmente, se ha puesto todo ello en relación con la práctica de los vientres de alquiler para concluir que la misma contradice al interés del niño en varias de sus vertientes.

El interés superior del menor es un concepto jurídico indeterminado e indefinido por el legislador. Con la falta de seguridad jurídica que ello granjea a dicho instituto jurídico, a nuestro modo de ver el hecho de que sea indeterminado no lo debe convertir *per se* en indefinido. La definición del contenido de este interés que en este estudio planteamos se asienta sobre los pilares del libre desarrollo de la personalidad, el bienestar y la estabilidad socioeconómica, de suerte que dicho interés no es sino aquel en que concurren las circunstancias que garanticen la vigencia de estos tres elementos, puesto que no resulta concebible determinar un interés que al mismo tiempo los contradiga y sea conforme a la mejor conveniencia para el niño.

Por su parte, el derecho del menor a conocer sus propios orígenes forma parte del contenido nuclear del libre desarrollo de su personalidad, así como de su derecho fundamental a la intimidad, ambos mencionados en la Constitución Española en sus arts. 10 y 18, respectivamente, y constituye también una manifestación más del interés del niño. La obligada primacía que este interés ostenta por ministerio de la ley frente a cualquier otro le otorga un *plus* cuya consecuencia más palmaria es que el derecho a la intimidad de sus padres biológicos debe ceder ante él.

Finalmente, la gestación por sustitución, ilegal en España, es contraria a dicho interés no sólo por la facultad que asiste al menor de conocer sus propios orígenes, sino porque contradice también determinados principios configuradores de la más nítida tradición jurídica, entre otros, *mater semper certa est*, así como la vigencia de instituciones jurídicas de protección del menor, como la patria potestad, de la que su madre biológica se ve privada en beneficio de la persona o personas que

literalmente adquieren, por precio o no, al menor. Los deseos de estas personas, por inspiradores y fervorosos que resulten, en modo alguno pueden imponerse sobre el interés del menor.

BIBLIOGRAFÍA

Barber Cárcamo, R.: "El derecho del menor a ser oído y a que su opinión sea tenida en cuenta", *REDUR* 17, 2019.

Cervilla Garzón, M. D.: "Gestación subrogada y dignidad de la mujer", *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, nº 9, 2018.

De La Iglesia MONJE, M. I.: "Menores desamparados: el derecho de sus padres a relacionarse con ellos", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, nº 733, 2012.

De Lorenzi, M.:

- *El derecho a conocer los orígenes biológicos: la necesidad de su reconocimiento para garantizar el derecho a la identidad personal de los adoptados y nacidos por reproducción humana asistida*, Universidad de Barcelona, Barcelona, 2015.

- "El reconocimiento jurídico del derecho a conocer los orígenes biológicos en la adopción y en la reproducción humana asistida en España y Cataluña", *AFIN*, nº 85, 2016, Barcelona.

De Palma Del Teso, Á.: *Administraciones Públicas y protección de la infancia: en especial, estudio de la tutela administrativa de los menores desamparados*, Ministerio de Administraciones Públicas, Madrid, 2006.

De Verda Y Beamonte, J. R.: "La filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida en España", *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, nº 8, 2018.

Díaz Díaz, E. L.: "El interés superior del niño como concepto jurídico indeterminado", *Revista de la Facultad de Derecho de México*, vol. 70, nº 278 – 2, 2020.

Duplá Marín, M. T.: "El presente del pasado: el principio mater semper certa est y su reflejo en la actual legislación sobre reproducción humana asistida", *Revista Internacional de Derecho Romano*, Universidad de Castilla – La Mancha, 2019.

Garibo Peyró, A. P.: "El interés superior del menor en los supuestos de maternidad subrogada", *Cuadernos de Bioética*, vol. XXVIII, 2017.

Guilarte Martín – Calero, C.: *La concreción del interés superior del menor en la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2014.

Iglesias Redondo, J. I.: *Guarda asistencial, tutela ex lege y acogimiento de menores*, Cedecs, Barcelona, 1996.

López Azcona, A.: "Luces y sombras del nuevo marco jurídico en materia de acogimiento y adopción de menores: a propósito de la Ley Orgánica 8/2015 y de la Ley 26/2015, de modificación del sistema de protección a la infancia y la adolescencia", *Boletín Oficial del Ministerio de Justicia*, año LXX, nº 2185, Madrid, 2016.

Martínez Vázquez De Castro, L.: *El principio de libre desarrollo de la personalidad en el ámbito privado*, Thomson Reuters, Pamplona, 2010.

Navas Navarro, S.: "Interés del menor y modelos de guarda en el Libro II del Código Civil de Cataluña", en *Cuestiones actuales del Derecho catalán de la persona y de la familia*, Documenta Universitaria, Gerona, 2013.

Núñez Zorrilla, C.: "El interés superior del menor en las últimas reformas llevadas a cabo por el legislador estatal en el sistema de protección a la infancia y a la adolescencia", *Persona y Derecho*, vol. 73, Barcelona, 2016.

Rabadán Sánchez – Lafuente, F.: "El derecho a la audiencia tras las últimas reformas legislativas en materia de protección de la infancia y la adolescencia", *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, nº 3 *ter*, 2015.

Rivero Hernández, F.: *El interés del menor*, Dykinson, Madrid, 2000.

Roca Trías, E.: *Familia y cambio social (de la casa a la persona)*, Civitas, Madrid, 1999.

Roda Y Roda, D.: *El interés del menor en el ejercicio de la patria potestad. El derecho del menor a ser oído*, Universidad de Murcia, Murcia, 2013.

Sánchez Martínez, M. O.: "Las certezas del interés superior del menor en el contexto de los derechos de la infancia", *Anuario Facultad de Derecho*, Universidad de Alcalá, 2017.

Sedano Tapia, J.: "El interés superior del niño y su recepción en los contextos nacionales: análisis a la luz del Derecho comparado", *Colección Infancia y Adolescencia*, nº 9, Universidad Politécnica de Valencia, Valencia, 2020.

Tena Piazuelo, I.: "Conceptos jurídicos indeterminados y generalización de la custodia compartida", *Revista de Derecho Civil*, vol. V, nº 1, 2018.

TORRECUADRADA GARCÍA – LOZANO, S.: "El interés superior del niño", *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. XVI, 2016.

CUESTIONES DE INTERÉS JURÍDICO

EL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR EN LOS PACTOS MATRIMONIALES

THE BEST INTEREST OF THE CHILD IN MARRIAGE AGREEMENTS

Rev. Boliv. de Derecho Nº 37, enero 2024, ISSN: 2070-8157, pp. 502-527

Lucía ROZALÉN CREUS

ARTÍCULO RECIBIDO: 28 de octubre de 2023
ARTÍCULO APROBADO: 4 de diciembre de 2023

RESUMEN: La especial protección que dispensa nuestro ordenamiento jurídico a los menores tiene que ser tenida en cuenta al realizar cualquier tipo de pacto matrimonial.

Ese interés superior debe de presidir todo acuerdo entre los progenitores y será un límite a la autonomía de su voluntad. Por ello, el Juez velará por su cumplimiento en los procedimientos de separación, divorcio o nulidad, o en cualquier otro que se pretendan hacer valer.

PALABRAS CLAVE: Interés superior del menor; pactos matrimoniales; convenio regulador, derecho de familia.

ABSTRACT: *The special protection afforded by our legal system to minors must be taken into account when making any type of marriage agreement.*

The special protection afforded by our legal system to minors must be taken into account when making any type of marriage agreement. Therefore, the Judge will ensure compliance in separation, divorce or annulment proceedings, or in any other that are intended to be enforced.

KEY WORDS: *Best interests of the child; convenant marriage; regulatory agreement; Family right.*

SUMARIO.- I. INTRODUCCIÓN.- II. EL INTERÉS DEL MENOR COMO LÍMITE EN LOS PACTOS MATRIMONIALES.- 1. Límites establecidos en la Constitución.- 2. Límites impuestos en el Código Civil.- III. PACTOS MATRIMONIALES SOBRE LOS HIJOS.- 1. Patria potestad, irrenunciabilidad.- 2. Guarda y custodia.- 3. Alimentos.- IV. CONVENIO REGULADOR.- 1. Patria potestad.- 2. Guarda y custodia.- 3. Visitas y comunicaciones con el progenitor no custodio.- 4. Visitas y comunicación con abuelos.- 5. Uso de la vivienda familiar.- 6. Alimentos a favor de los hijos.

I. INTRODUCCIÓN.

Cada día en nuestra sociedad son más las parejas que antes o después de contraer matrimonio se deciden a realizar capitulaciones matrimoniales o cualquier otro tipo de pacto para ordenar los efectos que se derivan de su enlace[1].

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 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.

Los menores de edad gozan de una especial protección en nuestro ordenamiento jurídico.

Su falta de capacidad para querer y entender los actos jurídicos y posteriormente su inmadurez e inexperiencia les hace ineptos para actuar por sí mismos, procurándole la legislación el complemento de esta capacidad para realizar sus actos a través de la atribución a sus representantes legales para que actúen en su nombre, hasta que progresivamente el ordenamiento jurídico le va permitiendo

1 No existen dudas a cerca de la validez de este tipo de pactos, habiendo sido reconocida en diversas sentencias, cabe destacar la reciente STS 13 marzo de 2023 (ECLI:ES:TS:2023:879), en la que además de pronunciarse a favor de la validez de este tipo de pactos, reconociendo de nuevo la autonomía de la voluntad en este tema, cosa que ya se había producido entre otras en la STS 20 mayo 2022 (ECLI:ES:TS:2022:2178), STS 20 abril 2022 (ECLI:ES:TS:2022:1565), STS 21 febrero 2022 (ECLI:ES:TS:2022:696) y STS 31 enero 2022 (ECLI:ES:TS:2022:358), se pronuncia acerca de la renuncia anticipada de determinados derechos antes de surgir la crisis matrimonial, y haciendo también referencia a la cláusula rebus sic stantibus, sin duda de especial relevancia de citada sentencia.

• Lucía Rozalén Creus
Doctora en Derecho, Abogada del Ilustre Colegio de Abogados de Valencia. Correo electrónico: luciarozalen@icav.es

determinados actos en función de la edad, hasta que alcance la mayoría de edad donde se le atribuirá la capacidad de obrar por sí mismo.

De forma natural son los padres los que a través de la patria potestad lleven a cabo esta actuación en nombre de sus hijos.

El interés del menor deberá presidir toda actuación que se realice en nombre de ellos o a favor de estos, estando catalogado como principio constitucional al estar integrado en el art. 39.2 CE.

Respecto del interés del menor Fernánez-Luna[2] señala: "… se ha definido el derecho del menor como la disciplina jurídica que comprende el conjunto de Derechos Fundamentales que tiene por objetivo principal la protección integral de todas las personas comprendidas desde que nacen hasta que cumplan dieciocho años, como sujetos titulares de esos derechos con sus correspondientes deberes y obligaciones… Desde esta consideración el interés del menor es utilizado en una doble vertiente, de un lado, en un aspecto positivo, que busca el beneficio del menor y la satisfacción de sus necesidades emocionales, materiales y afectivas, y de otro lado, en un aspecto negativo, que se orienta a evitar cualquier perjuicio o daño que pudiera infligirse al menor".

Así cualquier pacto que los cónyuges realicen que verse sobre sus hijos deberá respetar este principio[3], y constituirá un límite a la autonomía de la voluntad de los padres, que deberá determinar el Juez en el procedimiento de separación o divorcio, o de hacer valer sus capitulaciones.

Los consortes podrán realizar los pactos respecto de materias que afectan a sus hijos menores de edad, pero con las limitaciones que vamos a ver, y con la intervención de los poderes públicos para su control.

2 Fernandez-Luna Abellán, E.: *Custodia compartida y protección jurídica al* menor, Tesis, Madrid, 2017. http://eprints.ucm.es/41057/1/T38334.pdf

3 Ya en 1984 se pronunció el Tribunal Constitucional en este sentido: "… en todo proceso matrimonial se dan elementos no dispositivos. Por eso, en este ámbito y cuando se trata de resolver sobre medidas fundadas en el interés público, y lo son las que afectan a los hijos menores de edad, no se pueden trasladar miméticamente el principio de congruencia, en la forma en que se entiende cuando articulan pretensiones presididas por el principio dispositivo, pues éste queda atenuado, por la ampliación de poderes al juez al servicio de los intereses que han de ser tutelados", STC 10 de diciembre 1984 (ECLI:ES:TC:1984:120).
Más recientemente y en idéntico sentido la SAP Madrid 7 febrero de 2010: "… en el entorno de los procedimientos matrimoniales, no son aplicables, de una forma rígida, los principios de rogación y congruencia, pues el juzgador puede fijar medidas que no le hayan sido específicamente solicitadas, o conceder más de lo interesado, sin incurrir por ello en incongruencia por extra o ultra petita; pero tales facultades judiciales quedan constreñidas a los pronunciamientos que afecten a los hijos del matrimonio menores de edad o incapacitados, pues tales medidas han de ser presididas, por encima de cualquier otro condicionante sustantivo o procesal, por el principio de favor filii, lo que, en determinados supuestos, aconseja, e incluso exige, la desviación de lo solicitado por una u otra parte, con el fin de proteger, por encima de cualquier otro interés subyacente al pleito, aun perfectamente legítimo, el de quienes se han convertido en víctimas inocentes del conflicto de sus progenitores".

Vamos a ver los límites que nuestro ordenamiento jurídico impone.

Luego trataremos de forma breve los acuerdos que los progenitores pueden adoptar respecto de sus hijos en un pacto matrimonial en sentido amplio, que abarca tanto capitulaciones matrimoniales como cualquier otro en el que se dispongan reglas para sus relaciones constante matrimonio, o incluso en un pacto para una futura crisis matrimonial antes de que ésta haya surgido; y por último distinguiremos aquellos pactos recogidos en el convenio regulador, instrumento específico para recoger acuerdos una vez ya ha surgido la crisis matrimonial.

II. EL INTERÉS DEL MENOR COMO LÍMITE EN LOS PACTOS MATRIMONIALES.

1. Límites establecidos en la Constitución.

Varios son los límites que podemos encontrar en nuestra carta magna a tener en cuenta para la validez de los pactos matrimoniales, respecto de los menores de edad podemos destacar, el de la igualdad de los hijos, que indudablemente afectará a los pactos matrimoniales que otorguen los cónyuges debiendo respetar éste.

Así debemos tener en cuenta el art. 14 CE "Los españoles son iguales ante la Ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social".

Y debemos poner en relación con el art. 39.2 de la Carta Magna "Los poderes públicos asegurarán, asimismo, la protección integral de los hijos, iguales estos ante la Ley con independencia de su filiación y de la madre, cualquiera que sea su estado civil. La Ley posibilitará la investigación de la paternidad. 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".

La Constitución como hemos visto, iguala a todos los hijos, sin que pueda existir discriminación alguna entre ellos, ni por su nacimiento, ni por su sexo ni por su filiación, de forma que equipara a todos los hijos proclamándoles los mismos derechos.

Las obligaciones derivadas de la patria potestad la tendrán los padres con todos sus hijos por igual, incluso aunque estuvieran privados de ésta.

Todo ello nos lleva a decir, que los pactos que realicen los cónyuges y afecten a sus hijos menores de edad o con la capacidad modificada deberán estar presididos por el principio de igualdad, respetando lo dispuesto por la ley, sin que puedan existir diferencias por razón de su filiación.

Así el ordenamiento jurídico crea mecanismos para la defensa de la pretendida igualdad, como por ejemplo a través de la figura del Ministerio Fiscal que, en relación con éste tema de la igualdad entre todos los hijos le confiere el papel de garante de la legalidad, como se recoge en la Circular 1/2001, 5 de abril de 2001, relativa a la incidencia de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil en la intervención del Fiscal en los procesos civiles: "El Fiscal, cuya actuación estará dirigida a la defensa de la legalidad y del interés público conforme a los arts. 124 de la Constitución y 3.6 del EOMF, no deberá, en modo alguno, soslayar la salvaguarda de otros valores y derechos constitucionales como son los de asegurar la protección integral de los hijos y garantizar la asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio, que consagran los apartados 2 y 3 del art. 39 de la Constitución, así como los derechos a la dignidad de la persona y al libre desarrollo de la personalidad del art. 10.1 del texto constitucional en cuyo ámbito cabe incluir el derecho a conocer la propia filiación biológica. El respeto y protección de tales valores y derechos deberán presidir sus intervenciones".

La jurisprudencia se ha pronunciado en este sentido, con ocasión del frecuente supuesto de pretensión por uno de los progenitores de modificar a la baja la pensión de alimentos fijada en sentencia, bien por aprobación de convenio judicial, bien en el seno de un procedimiento contencioso, tras el nacimiento de nuevo hijo habido de otra relación post ruptura, determinando la absoluta igualdad de todos los hijos:

"Por consiguiente, el hecho de que el nacimiento se produzca por decisión voluntaria o involuntaria del deudor de una prestación de esta clase, dice la sentencia, «no implica que la obligación no pueda modificarse en beneficio de todos, a partir de una distinción que no tiene ningún sustento entre unos y otros, por más que se produzca por la libre voluntad del obligado. El tratamiento jurídico es el mismo pues deriva de la relación paterno filial. Todos ellos son iguales ante la Ley y todos tienen el mismo derecho a percibir alimentos de sus progenitores, conforme al art. 39 de la Constitución Española, sin que exista un crédito preferente a favor de los nacidos en la primitiva unión respecto de los habidos de otra posterior fruto de una nueva relación de matrimonio o de una unión de hecho del alimentante", STS 1 de febrero 2017[4].

Existe otra materia en que la Ley también proclama la igualdad entre los hijos y que además, que puede ser objeto de pacto entre los cónyuges en cierto sentido. Nos referimos a los derechos sucesorios, que pueden ser objeto de pactos matrimoniales en menor medida en el derecho común y en mayor en alguno de los derechos forales.

4 STS 1 febrero 2017 (ECLI:ES:TS:2017:320).

Así el art. 931 CC dispone "Los hijos y sus descendientes suceden a sus padres y demás ascendientes sin distinción de sexo, edad o filiación".

No significa esto que todos los hijos y demás descendientes tengan que heredar lo mismo y en la misma proporción, pues la legislación permite que se produzcan mejores a favor de uno o varios de los hijos o descendientes, heredando uno de los tercios de la legítima que la ley reserva para ellos, y repartiendo el otro de los tercios, el de legítima estricta, entre todos los existentes. Lo que refiere este precepto es que *a priori* todos los hijos son iguales para heredar, y que no pueden existir desigualdades entre ellos por razón de su sexo, edad o filiación.

Los pactos matrimoniales que vulneren la igualdad entre los hijos por serán nulos de pleno derechos, por ir contra lo prescrito en la Ley.

2. Límites impuestos en el Código Civil.

A lo largo del articulado del Código Civil vemos varias referencias a materias excluidas o a límites impuestos con ocasión de la celebración de contratos, y que afectan en alguna medida a los hijos.

Así, por ejemplo, el art. 1271 CC establece que pueden ser objeto de contratos todas las cosas que no estén fuera del comercio de los hombres, a *sensu* contrario, y aplicado a la materia que nos ocupa, no podrán instituirse pactos en virtud de los cuales se vulnere este precepto incluyendo estipulaciones que versen sobre extremos que estén fuera del comercio de los hombres como, como por ejemplo, la venta de un hijo habido del matrimonio.

Además el art. 1814 establece que "No se puede transigir sobre el estado civil de las personas, ni sobre las cuestiones matrimoniales, ni sobre alimentos futuros".

Pero sin duda el límite más contundente que impone el Código Civil respecto de los pactos matrimoniales es el que recoge en el art. 90.

Dice el apartado 2 del citado artículo que "Los acuerdos de los cónyuges adoptados para regular las consecuencias de la nulidad, separación y 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".

Así mismo si el procedimiento se está siguiendo ante el Letrado de la Administración o Notario, por ser un procedimiento de mutuo acuerdo en el que no existen hijos menores o con la capacidad judicialmente modificada, el mismo artículo recoge el mismo mandato respecto de los cónyuges o hijos mayores de edad o emancipados: "Cuando los cónyuges formalizasen los acuerdos ante el

Secretario judicial o Notario y éstos considerasen que, a su juicio, alguno de ellos pudiera ser dañoso o gravemente perjudicial para uno de los cónyuges o para los hijos mayores o menores emancipados afectados, lo advertirán a los otorgantes y darán por terminado el expediente. En este caso, los cónyuges sólo podrán acudir ante el Juez para la aprobación de la propuesta de convenio regulador".

De esta forma la ley está vetando la aprobación de un pacto integrado por los cónyuges en un convenio regulador y que pueda ser perjudicial o dañoso para los hijos de los otorgantes.

Aquí está primando el interés superior del menor o de la familia, en caso de ser mayores de edad.

De igual modo prohibiendo el art. 1328 que las capitulaciones matrimoniales contengan cualquier estipulación contraria a las leyes, será mula la que contravenga las disposiciones referidas a los hijos siendo dañinas para ellos.

Además de lo dispuesto en el Código Civil se tendrá que atender a otras leyes que protegen a los menores como la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia.

III. PACTOS MATRIMONIALES SOBRE LOS HIJOS.

1. Patria potestad, irrenunciabilidad.

La patria potestad está regulada en el Código Civil, en los arts. 154 a 171.

De esta manera el primero de ellos nos dice: "Los hijos no emancipados están bajo la patria potestad de los progenitores.

La patria potestad, como responsabilidad parental, se ejercerá siempre en interés de los hijos, de acuerdo con su personalidad, y con respeto a sus derechos, su integridad física y mental.

Esta función comprende los siguientes deberes y facultades:

1.º Velar por ellos, tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral.

2.º Representarlos y administrar sus bienes.

Si los hijos tuvieren suficiente madurez deberán ser oídos siempre antes de adoptar decisiones que les afecten.

Los progenitores podrán, en el ejercicio de su función, recabar el auxilio de la autoridad".

Así la patria potestad, hoy, está configurada como un conjunto de derechos y obligaciones que la ley confiere a los padres sobre los hijos no emancipados, tanto sobre su persona como sobre sus bienes, y que de conformidad con lo dispuesto por el legislador habrá de ejercerse siempre en interés de los hijos, y entre los que se encuentran el deber de tenerlos en su compañía, prestarles alimentos, protegerlos, educarlos, representarlos legalmente y administrar sus bienes.

Esta institución ha tenido una gran evolución en nuestro ordenamiento jurídico desde su creación por el Derecho romano, estableciendo el poder exclusivo del padre respecto de sus hijos.

Sin entrar en detalle, por ser objeto excesivo al presente trabajo, tenemos que señalar que a partir de la Constitución de 1978 cambió la configuración de la patria potestad. El art. 39 incluye la protección de los hijos entre los principios rectores, elevando su protección a constitucional. Consecuencia de ello, fue la reforma del Código Penal operada por la Ley 11/198, introduciendo, entre otras novedades, que la patria potestad será ejercida como norma general conjuntamente por el padre y por la madre.

Tenemos que distinguir entre la titularidad de la patria potestad y su ejercicio.

En cuanto a la primera, que corresponde por igual a ambos cónyuges, y que se adquiere por la mera filiación es irrenunciable e imprescriptible, y solo se perderá de forma definitiva por la muerte o declaración de fallecimiento de los progenitores, o por el cumplimiento de la mayoría de edad del hijo.

Respecto de su ejercicio, que también corresponde como hemos afirmado a ambos progenitores de forma conjunta, solamente por causa judicial puede ser suspendida o perdida por resolución judicial.

Mientras que la titularidad es obligatoria, sin que se pueda excluir ni de forma unilateral ni por pacto entre los dos padres, en cambio sí que caben determinados pactos en cuanto al ejercicio.

El art. 156 CC establece "La patria potestad se ejercerá conjuntamente por ambos progenitores o por uno solo con el consentimiento expreso o tácito del otro. Serán válidos los actos que realice uno de ellos conforme al uso social y las circunstancias o en situaciones de urgente necesidad".

Por tanto, cualquier pacto que excluya la patria potestad de uno de los progenitores se haya acordado bien mediante pacto prematrimonial, bien a través

del convenio regulador, debe reputarse nulo. Sin embargo, en cuanto a la forma concreta de llevar a cabo su ejercicio sí que se podrá pactar, recogiendo esta posibilidad el Código Civil, art. 92.4, respecto de su inclusión en el Convenio Regulador.

Aunque eso sí, este tipo de pactos que afectan a hijos menores de edad serán sometidos al control judicial, como ya hemos manifestado.

2. Guarda y custodia.

Si uno de los deberes que engloban la patria potestad es tener a los hijos en su compañía, a través de la guarda y custodia se lleva a cabo este derecho-obligación de los padres.

En principio cuando los progenitores están casados, tienen el deber de vivir juntos e inicialmente no existe pega respecto de la guarda y custodia de los hijos, los cuales convivirán con ambos padres en el domicilio familiar.

Por tanto los problemas pueden ocurrir cuando surge esa ruptura de la convivencia entre los progenitores estableciendo cada uno de ellos su domicilio por separado.

Por ello, los únicos pactos que en principio tienen razón de ser son aquellos que se contemplan para una futura crisis matrimonial, o una vez surgida ésta.

Los pactos en este sentido son válidos y deberán ser tenidos en cuenta por el juzgador en el momento de establecer las medidas por las que se van a regir las relaciones paterno-filiales tras el surgimiento de la nueva situación desencadenada por la separación o ruptura matrimonial de los progenitores.

Éstos serán aprobados siempre y cuando lo acordado por los padres no perjudique el interés del menor, en caso contrario, será el Juez el que teniendo en cuenta precisamente esta protección al menor dicte las medidas que considere más beneficiosas sin estar sujeto por lo pactado por los progenitores.

En este punto debemos decir que el interés del menor primará sobre todas las cosas, incluso los intereses de los padres o el principio de igualdad entre ambos, aunque contravenga lo pactado entre ellos.

3. Alimentos.

Uno de los deberes de los padres respecto de sus hijos menores incluidos en la patria potestad que incluye el art. 154 del Código Civil es el de alimentación.

Es una obligación indisponible e imprescriptible, que siguen teniendo los padres incluso aunque no ostenten la patria potestad por cualquier motivo, como nos recuerda el art. 110 CC, e incluso cuando la filiación es determinada judicialmente contra la oposición del progenitor, art. 111 CC.

Aquí en sede de alimentos a favor de los hijos menores, sí cabe que los padres hagan pactos para determinar la contribución que cada uno de ellos hará para sufragar la alimentación de los hijos, que no solo comprende la comida, sino que es más amplio, de conformidad con el concepto dado por el art. 142 CC "Se entiende por alimentos todo lo que es indispensable para el sustento habitación, vestido y asistencia médica.

Los alimentos comprenden también 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 sea imputable.

Entre los alimentos se incluirán los gastos de embarazo y parto, en cuanto no estén cubiertos de otro modo".

Así será posible que los cónyuges a través de un pacto matrimonial fijen que uno de ellos abone el coste de determinado colegio, por ejemplo privado, o que los gastos del sustento se sufragarán de acuerdo con determinado porcentaje.

En cuanto a los acuerdos adoptados por los cónyuges cuando ya ha surgido la crisis matrimonial, expresados en un convenio regulador, tenemos que afirmar que también es posible la inclusión de los alimentos. No solamente es que sea viable su inserción en el convenio, sino como veremos, es obligatoria su fijación, siendo contenido indispensable de conformidad con lo dispuesto en el apartado d) del art. 90 CC

Lo que no se podrá pactar en ningún momento, ni a través de un pacto prematrimonial ni a través de un convenio regulador será la exclusión de uno de los progenitores en la obligación de alimentos para con sus hijos.

De la misma opinión Montero[5] al decir: "Al quedar confiado el hijo a la guarda de uno de los progenitores, el otro debe pagar a éste la pensión alimenticia, pero esto no supone que el titular del derecho sea el progenitor. Así el progenitor que asume la guarda y custodia del hijo no puede renunciar a un derecho que no es propio. El derecho a los alimentos no es renunciable, dice el art. 151, pero es que además esta renuncia, que prohíbe, se refiere al titular del derecho, por lo que con mejores razones no puede renunciar un progenitor a la contribución del otro a los

5 Montero Aroca, J.: *Los alimentos a los hijos en los procesos matrimoniales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, p. 24.

alimentos del hijo, dado que estaría renunciando a algo que es de la titularidad del hijo (SAP Palencia de 10 de febrero de 1999, AC 1999/3742)".

Tenemos que señalar en este momento que incluso en situaciones en el que el progenitor tenga escasez de medios económicos o incluso cuando se desconozca su paradero, deberá de fijarse una pensión de alimentos a favor del menor, sin que, como decíamos, quede uno de los padres excluido de la alimentación de su hijo menor. Así STS 22 julio 2015[6] ha recogido: "En torno al mínimo vital esta Sala ha declarado recientemente en sentencia de 2 de marzo de 2015, rec. 735/2014:

"Lo normal será fijar siempre en supuestos de esta naturaleza un mínimo que contribuya a cubrir los gastos repercutibles más imprescindibles para la atención y cuidado del menor, y admitir sólo con carácter muy excepcional, con criterio restrictivo y temporal, la suspensión de la obligación, pues ante la más mínima presunción de ingresos, cualquiera que sea su origen y circunstancias, se habría de acudir a la solución que se predica como normal, aún a costa de una gran sacrificio del progenitor alimentante.

De la referida doctrina se deduce que como marca el art. 93 del C. Civil se deberán determinar 'en todo caso' los alimentos que la menor ha de percibir de su progenitor, en base al principio de proporcionalidad".

Además, al tener la pensión de alimentos naturaleza de orden público, el Juez no estará vinculado por lo propuesto por las partes, puesto que si entiende que es perjudicial para el interés de los hijos no procederá a homologar el convenio, pudiendo establecer la obligación de prestar alimentos incluso de oficio, dado el carácter personalísimo, indisponible, irrenunciable e imprescriptible del derecho de alimentos. Cosa distinta es la disposición que el acreedor tendrá respecto de las pensiones vencidas y no satisfechas, cuya acción prescribe a los cinco años.

En cuanto a la no vinculación del Juez, no estando obligado por el acuerdo de los progenitores, varias son las Sentencias en este sentido, entre otras, SAP Barcelona 9 de octubre de 1992, y la SAP Oviedo 16 de diciembre de 1989, la cual recoge "Si bien los cónyuges gozan en principio de libertad para redactar las cláusulas del convenio en los términos que estimen conveniente, esta libertad de pacto no es absoluta en las materias que afecten a los hijos menores, ya que sobre ella prevalece el interés de estos últimos, obligando al juez al no aprobar aquellas cláusulas que resulten lesivas".

IV. 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

6 **STS 22 de julio 2015 (ECLI:ES:TS:2015:3835).**

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, siguiendo a Díez-Picazo[7], que el convenio regulador es un negocio jurídico de derecho de familia mediante el cual los otorgantes 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.

En cuanto a su naturaleza jurídica, comparto la opinión de Torrero[8], 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.

Pues es precisamente esta aprobación judicial 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 contenido indispensable está recogido en el apartado primero del art. 90 CC "El convenio regulador a que se refieren los artículos 81, 82, 83, 86 y 87 deberá contener, al menos y siempre que fueran aplicables, los siguientes extremos:

a) El cuidado de los hijos sujetos a la patria potestad de ambos, el ejercicio de ésta y, en su caso, el régimen de comunicación y estancia de los hijos con el progenitor que no viva habitualmente con ellos.

7 Díez-Picazo, L.: "El negocio Jurídico del Derecho de familia", *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 1962, Tomo XLIV, pp. 171 y ss.

8 Torrero Muñoz, M.: "Cuestiones generales en torno al convenio regulador de los efectos de la separación y del divorcio", en AA.VV.: *El contenido del convenio regulador. Sus diferentes aspectos* (coord. J.M. Llopis Giner), Fundación Registral, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 2006, p. 32.

b) Si se considera necesario, el régimen de visitas y comunicación de los nietos con sus abuelos, teniendo en cuenta, siempre, el interés de aquéllos.

c) La atribución del uso y de la vivienda y ajuar familiar.

d) La contribución a las cargas del matrimonio y alimentos, así como sus bases de actualización y garantías en su caso.

e) La liquidación, cuando proceda, del régimen económico del matrimonio.

f) La pensión que conforme al artículo 97 correspondiere satisfacer, en su caso, a uno de los cónyuges".

Como es obvio no la totalidad de los extremos contenidos en el art. 90 serán incluibles en todos los casos. Pasemos a estos pactos que debe contener el convenio en relación con los menores o incapaces.

1. Patria potestad.

Como hemos tenido ocasión ya de pronunciarnos, la patria potestad es un conjunto de derechos y deberes irrenunciable, y que solamente se puede privar de ella a un progenitor, que la posee por el mero nacimiento de un hijo, en virtud de resolución judicial. Así el art. 170 del CC dicta que podrán ser privados total o parcialmente por el incumplimiento de los deberes inherentes a la misma por sentencia fundada en este hecho o dictada en una causa criminal o matrimonial.

Siendo un precepto restrictivo de los derechos inherentes de los padres deberá ser aplicado de forma restrictiva.

Por ello no cabe el acuerdo sobre su exclusión en ningún tipo de pacto matrimonial, tampoco en el convenio regulador.

En la práctica los convenios suelen contener la cláusula por la que se proclama que la patria potestad la ostentarán ambos otorgantes, aunque como vemos, es superflua puesto que esto es así aunque nada dijera el convenio al respecto.

El propio art. 90 da por sentado que la patria potestad la ostentan ambos progenitores, pues habla del cuidado de los hijos sujetos a la patria potestad de ambos, y lo único que permite pactar es el ejercicio de ésta, en su caso.

Por su parte el art. 92.4 CC "Los padres podrán acordar en el Convenio Regulador o el Juez podrá decidir, en beneficio de los hijos, que la patria potestad sea ejercida total o parcialmente por uno de los cónyuges".

Pues bien, lo que sí se permite es que los padres acuerden mediante convenio que el ejercicio de ésta patria potestad sea ejercida por uno de ellos en determinados asunto o en general.

No es infrecuente el pacto en este sentido cuando los progenitores viven en lugares muy distantes o, sobre todo, en los procesos de medidas de hijo extramatrimonial cuando durante años ha sido solamente uno de los progenitores el que se ha ocupado en solitario de todas las decisiones que afectan al menor.

Las principales previsiones que se hacen al respecto son en relación con la toma de decisiones, como la elección de centro escolar, la información que proporciona éste, temas sanitarios o de asistencia al menor, participación en actos o eventos, entre los que se incluyen los religiosos como puede ser la primera comunión. Son precisamente los temas de carácter patrimonial los que menos se prevén, quizá porque pese a lo que pueda parecer son los que menos conflicto crean, soliéndose limitarse a los actos de administración o disposición de bienes titularidad de los menores, que en la práctica la mayoría de veces se reducen a una cuenta bancaria o libreta de ahorro.

Además tenemos que distinguir entre los actos de ejercicio ordinario que puede el progenitor custodio llevar a cabo sin necesidad del consentimiento del otro progenitor, o que el art. 156 CC da en llamar los que realice uno de ellos conforme al uso social, además de aquellas situaciones o circunstancia de urgente necesidad, de aquellos otros que podríamos calificar de extraordinarios para los cuales es necesario el consentimiento de ambos padres o en su defecto la autorización judicial.

Obviamente afectando directamente al menor, y tratándose de una materia con una disponibilidad tan restringida, el Juez podrá no aprobar un pacto sobre el ejercicio de la patria potestad de un menor si entiende que perjudica al interés superior de éste. Por supuesto que un pacto sobre su titularidad será nulo de pleno derecho.

2. Guarda y custodia.

El ejercicio de la patria potestad conlleva una serie de funciones que tienen que ejercer los padres entre las que se encuentra el tener a los hijos en su compañía.

Una vez producida la ruptura matrimonial, y viviendo cada uno de los progenitores en un domicilio distinto, obviamente los hijos menores de edad tendrán que fijar su residencia en uno de los domicilios de los padres, y precisamente el encargado de vivir con ellos el que ostentará la guarda y custodia,

a excepción de que ésta se otorgue o pacte compartida, caso en el que el menor convivirá por periodos iguales con su padre y con su madre.

El ostentar la guarda y custodia no merma en ningún caso las demás deberes y derechos inherentes a la patria potestad, tal y como recoge Crespo[9].

Desde la promulgación del Código Civil la institución de la guarda y custodia ha ido cambiando a lo largo de los años, aunque como veremos no ha sido hasta los últimos años cuando ha evolucionado de manera equitativa y respetando los derechos y la igualdad entre ambos progenitores.

Además, en muchas ocasiones el propio texto legal confundía o utilizaba indistintamente los términos guarda y patria potestad, sin realizar la distinción que entre ambas figuras existe, además de utilizarla como *castigo* contra el cónyuge culpable hasta la supresión de las causas de separación.

Primeramente, hasta la reforma operada por la Ley 30/1981, de 7 de julio el Código Civil atribuía la guarda y custodia de los hijos en las situaciones de nulidad o separación según las reglas preestablecidas en su propio articulado dejando un mínimo por no decir casi nulo margen al poder de decisión de los propios progenitores.

No es hasta la entrada en vigor de esta Ley, como ya hemos referido, cuando se introduce la figura de convenio regulador permitiendo regular los efectos que producirá la situación creado post crisis matrimonial, y en el caso que nos ocupa, regular por parte de los cónyuges la guarda y custodia de sus hijos menores de edad.

A partir de entonces se viene permitiendo que, a través del convenio regulador, presentado en un procedimiento de mutuo acuerdo o a iniciativa de uno con el consentimiento del otro cónyuge, los otorgantes decidan al cuidado de quien se van a quedar los hijos menores de edad habidos del matrimonio, pudiendo incluso también optar, como no, por el establecimiento de una custodia compartida, que el Texto Legal no contempló hasta la reforma introducida en virtud de la Ley 15/2005, de 8 de julio.

Siendo materia que afecta directamente a menores de edad y debiendo primar sobre todo su interés superior éstos pactos podrán ser rechazados por el Juez en el momento de ejercer su control sobre el convenio presentado, denegando su aprobación y requiriendo a los otorgantes para realizar las modificaciones precisas,

9 Crespo Allué, F.: "La responsabilidad de los padres por los hechos de los hijos menores en situaciones de crisis matrimonial", en *Aspectos civiles y penales de las crisis matrimoniales* (coord. C. Cuilarte Martín-Calero), Valladolid, Lex Nova, 2009, p. 67.

y en último caso dictar las medidas que crea oportunas de acuerdo con lo más conveniente para el menor recabando informe del Ministerio Fiscal y oyendo a los menores si tuvieren suficiente juicio, y lo creyera necesario, o recabando los informes que crea oportunos del Equipo Técnico Judicial para determinar el régimen de custodia más idóneo para el menor.

3. Visitas y comunicaciones con el progenitor no custodio.

Uno de los extremos que ordena el art. 90 del Código Civil como contenido que debe acoger el convenio regulador es el régimen de comunicación y estancia que debe disfrutar el menor de edad con su progenitor no custodio.

Es un derecho legalmente establecido y que por tanto ningún pacto puede excluir, otra cosa distinta es que se permita, o incluso en el seno de un procedimiento de mutuo acuerdo o a iniciativa de uno de los cónyuges con el consentimiento del otro, se exija, su inclusión en el convenio regulador del concreto ejercicio del mismo, así como la configuración de su puesta en práctica.

Además, entiendo que, tratándose de una cuestión declarada de orden público, y debiendo de prevalecer el interés superior del menor, el Juez goza de amplias facultades tanto en orden al control de dicha cláusula para la homologación del convenio, como para poder establecer de oficio aquellos pronunciamientos que considere convenientes para garantizar los derechos de los menores.

Aunque parece obvio tenemos que reseñar que los titulares del derecho de visitas y comunicación lo es el menor y el progenitor con el que no conviva, pese a que en la práctica, en algunas ocasiones son los abuelos o demás parientes los que se encargan del cuidado, alimentación, y estancia de los menores durante las visitas, es el progenitor no custodio el que ostenta el derecho, siendo éste personalísimo.

Recordar que, en esta clase de procedimientos, como hemos señalado para la guarda y custodia, en caso de desacuerdo entre los progenitores, o que el mismo entienda el juez que no es idóneo para el menor, éste tiene derecho a ser oído, como lo indica el art. 770.4 LEC.

Pese a que coloquialmente se suele utiliza o llamar régimen de visitas, acertadamente el Código Civil utiliza el vocablo "estancia" puesto que en la simple visita podría conducir a error y no incluir la pernocta con el progenitor no custodio, y solamente acoger lo que hoy en día solemos llamar visitas inter semanales sin pernocta; así no queda género de duda que tanto en el régimen de visitas ordinario como durante los periodos de vacaciones el progenitor no

custodio disfrutará en su domicilio, u otro lugar elegido por éste (hotel, residencia de vacaciones, casa de familiares, etc.) de la compañía del hijo menor de edad.

Por lo que se refiere al régimen de comunicaciones el progenitor que no ostente la guarda y custodia del menor lo realizará precisamente durante el tiempo que éste permanezca con el progenitor custodio, procurando no interferir en las actividades cotidianas del menor.

Igualmente el progenitor custodio tendrá derecho de comunicación con su hijo cuando éste se encuentre en compañía del otro progenitor durante la estancia de fin de semana o de periodos vacacionales.

En numerosas ocasiones se ha pronunciado nuestra jurisprudencia acerca de la finalidad de éste régimen de visitas.

Podemos encontrar la finalidad que se le otorga al régimen de visitas en la SAP Valencia, Sección 10ª, 4 octubre 2010: "Finalmente en cuanto al régimen de visitas debe decirse que el mismo no debe entenderse como un compendio de derechos y obligaciones monolítico, ni ha de servir, pervirtiendo su finalidad, como excusa o motivo para aflorar las tensiones y discrepancias de los padres y de los integrantes del entorno familiar; al contrario, el fin perseguido no es otro que el de facilitar a los hijos el contacto con el progenitor con el que no conviven, intentado, en la medida de lo posible, que no se produzca un desarraigo con el que no lo tiene habitualmente, procurando, con las peculiaridades inherentes a la situación surgida con la separación física de los padres, que no se produzcan carencias afectivas y formativas, de modo que pueda favorecer un desarrollo integral de su personalidad. El derecho de visitas del progenitor no custodio constituye pues no sólo un derecho sino también un deber cuya finalidad principal es la protección de los intereses del menor para cuya educación, desarrollo y formación resulta necesaria una relación fluida, amplia y habitual con ambos progenitores. En la regulación de las cuestiones que afecten a menores es el interés de éstos el que ha de primar sobre cualquier otro interés legítimo que pueda concurrir, como establece el art. 2 de la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor. Y siendo tan conveniente y necesario para los hijos el mantenimiento de una comunicación amplia y habitual con los padres, con ambos en igual medida hasta donde sea posible cuando los progenitores no conviven, las medidas de inflexibilidad, de limitación o de restricción tanto en el tiempo como en la forma de llevar a cabo la relación paterno-filial, solo deben adoptarse cuando concurran graves circunstancias que así lo aconsejen (art. 94 del Código Civil), que resulten debidamente acreditadas, y de las cuales pueda desprenderse un temor razonable de que la comunicación normalizada, sin límites o prevenciones, pudiera constituir un riesgo o perjuicio para la adecuada formación, educación o salud física y mental del hijo".

Una vez encuadrada la naturaleza, contenido y finalidad de esta figura, tenemos que afirmar que cabe, y además es positivo, el pacto respecto a la fijación de quien es el progenitor que deberá recoger y entregar al menor en el domicilio de cada uno de los padres, extremo que cobra especial importancia en el caso en que entre ambos medie una considerable distancia.

Si no existe tal acuerdo, el Tribunal Supremo ha dictado el siguiente criterio: "…que para la determinación de quién es el obligado a trasladar y retornar al menor del domicilio de cada uno de los progenitores se habrá de estar al deseable acuerdo de las partes, en tanto no viole el interés del menor y en su defecto:

Cada padre/madre recogerá al menor del domicilio del progenitor custodio, para ejercer el derecho de visita, y el custodio lo retornará a su domicilio. Este será el sistema normal o habitual.

Subsidiariamente, cuando a la vista de las circunstancias del caso, el sistema habitual no se corresponda con los principios expresados de interés del menor y distribución equitativa de las cargas, las partes o el juez podrán atribuir la obligación de recogida y retorno a uno de los progenitores con la correspondiente compensación económica, en su caso y debiendo motivarse en la resolución judicial.

Estas dos soluciones se establecen sin perjuicio de situaciones extraordinarias que supongan un desplazamiento a larga distancia, que exigirá ponderar las circunstancias concurrentes y que deberán conllevar una singularización de las medidas adoptables", entre otras, STS 19 noviembre 2015[10].

4. Vistas y comunicación con abuelos.

Dice el art. 160 CC en su apartado segundo 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 y 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".

Por tanto se concibe que los menores posen el derecho de relacionarse y visitar a sus abuelos y otros parientes y allegados. Este derecho lo tienen con

10 STS 19 noviembre 2015 (ECLI:ES:TS:2015:4923).

independencia de la situación sentimental de sus padres, es decir, que el presente artículo está pensado tanto para las situaciones en que el menor convive con ambos padres como cuando éstos han entrado en crisis y rompiéndose tal convivencia entre los progenitores se pasa a una guarda y custodia del menor bien a favor de uno de los padres bien a una compartida.

Por ello *a priori* tanto un pacto matrimonial que regule extremos durante la vigencia del matrimonio como un pacto creado para establecer los efectos de una crisis matrimonial otorgado tanto antes o después de aparecer ésta podría contener un acuerdo respecto del régimen de visitas y comunicación de nietos con abuelos.

Para éste último supuesto el art. 90 prevé como una de las materias a incluir en un convenio regulador en su apartado b) "Si se considera necesario, el régimen de visitas y comunicación de los nietos con los abuelos, teniendo en cuanta, siempre, el interés de aquéllos".

Como se aprecia, parece ser que el legislador más que exigir su inclusión, lo deja al criterio o arbitrio de los otorgantes, puesto que refiere "si se considera necesario".

Frente a ello, la derogada Ley Valenciana de Relaciones Familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven, sí que exigía la inclusión necesariamente de este punto en el convenio, y así disponía en su art. 4 que: "El pacto de convivencia familiar deberá establecer, al menos, los siguientes extremos: b)El régimen mínimo de relación de los hijos e hijas con su hermanos y hermanas, abuelos y abuelas, y otros parientes y personas allegadas, sin perjuicio del derecho de éstos a ejercer tal relación".

Y además he de decir que en la práctica, si no se hacía mención a ello, muchos juzgados de oficio, o por petición del Ministerio Fiscal en su informe, requerían a las partes para procedieran a su inclusión previamente a la homologación del Pacto de convivencia familiar.

Habitualmente, y máxime cuando la Ley establecía la custodia compartida como lo general y la custodia monoparental como excepcional, se solían incluir cláusulas del tipo: "Que ambos comparecientes de conformidad con lo establecido en el art. 4 b) de la Ley 5/2011, de 1 de abril, de la Generalitat Valenciana, de Relaciones Familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven, el cual establece que se debe fijar el régimen mínimo de relación de los hijos e hijas con sus hermanos y hermanas, abuelos y abuelas, y otros parientes y personas allegadas, de común acuerdo establecen que cada uno de los progenitores en el periodo de custodia que le corresponda se compromete a que la menor visite a

los abuelos y demás familia del progenitor en cuya compañía se encuentren en cada periodo que al mismo le corresponda".

Sin embargo, el derecho foral catalán, al igual que el común no lo configura como una materia de obligada inclusión, y deja al arbitrio de los progenitores su inclusión, y también a la decisión del juez su aprobación o no de tal pacto, además de exigir que los implicados den su consentimiento.

Aunque el tema no es novedoso, y ya la jurisprudencia se había pronunciado al respecto en numerosas ocasiones, es cierto que el legislador no había plasmado el tema, hasta que en virtud 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, se introduce en nuestro ordenamiento jurídico éste derecho a favor de los menores.

Pese a que, como apuntábamos, cabe que los progenitores realicen pacto al respecto, y así lo recoge expresamente nuestro Código Civil con ocasión del convenio regulador, en el que deja la puerta abierta para que los progenitores incluyan en el mismo el régimen de visitas y comunicaciones respecto de sus hijos menores de edad con sus abuelos, tales pactos deberán pasar el control judicial.

Si forman parte del convenio regulador el Juez para su aprobación deberá comprobar que cumple con todo lo requerido, pudiendo denegar su inclusión o a la inversa incluso procediendo de oficio a la adopción de las medidas necesarias para la preservar el interés superior del menor, si entiende que la inclusión de tal clausula es beneficiosa para el bienestar del niño; pues no olvidemos que se trata de una materia de orden público, teniendo el Juez amplias facultades para determinar que es lo mejor para el desarrollo del menor.

Entiendo que se deberá estar al caso concreto, y siendo configurado como un derecho de los menores, como hemos visto, en principio será nulo un pacto en que los progenitores sin causa justa prohíban el contacto con uno o varios de los abuelos del niño.

En cuanto al contenido del derecho puede ser variado y ceñirse a la comunicación y visita estrictamente o por el contrario llegar a establecerse algún tiempo de pernocta.

Pero tenemos que decir que en ningún caso éste derecho tiene el mismo régimen que el de visitas con los progenitores, puesto que el fundamento de ambos es distinto, ya que el de éstos últimos deriva de la patria potestad que es más amplia en derechos y obligaciones, y que los abuelos no ostentan.

5. Uso de la vivienda familiar.

El acuerdo o pacto al que pueden llegar los cónyuges, dentro de un procedimiento de separación o divorcio de mutuo acuerdo o a petición de uno con el consentimiento del otro, debe contener la atribución del uso de la vivienda, junto con el ajuar doméstico, siendo uno de los extremos que debe contener ineludiblemente el convenio regulador, según exige el art. 90 del Código Civil.

De esta manera los cónyuges pueden apartarse de las reglas establecidas en el art. 96 CC y fijar las que hayan consensuado.

Ahora bien, existiendo hijos menores de edad, y siendo materia que les puede afectar, el Juez ejerciendo su control sobre el convenio presentado antes de su homologación podrá no aceptar el pacto al que hayan llegado los cónyuges, dado que aquí se deberá tener en cuenta el interés superior del menor, que conllevará como señala Verdera[11] en relación con la vivienda familiar "se traduce en la suma de una serie de factores a tener en cuenta como son: las circunstancias personales de los padres y afectivas de los hijos. Aunque no se ciñe a ellas sino que también se deben tener en cuenta otros factores o circunstancias de tipo familiar, material, social y cultural para valorar el entorno del menor, con el objeto de mantener su status quo; a pesar de que dicha interpretación ha experimentado una evolución, como con posterioridad comprobaremos. En este sentido se pronuncian, entre otras, la STS, 1ª, 17.6.2013 (Ar. 4375; MP: José Antonio Seijas Quintana) y la STS, 1ª, 2.6.2014 (Ar. 2842; MP: José Antonio Seijas Quintana). Hasta fechas relativamente recientes, tal principio en este ámbito se reflejaba en la estabilidad de los menores que supone: "el mantenimiento de su entorno, sus referentes y su espacio de socialización", STS, 1ª, 31.5.2012 (Ar. 6550; MP: Encarnación Roca Trías); STS, 1ª, 17.6.2013 (Ar. 4375; MP: José Antonio Seijas Quintana) y STS, 1ª, 19.11.2013 (Ar. 7447; MP: José Antonio Seijas Quintana). Se pretende que tras una ruptura conyugal, la estabilidad del menor no se vea sumamente afectada de manera que las relaciones con sus familiares, situación escolar, afectiva y su círculo social se mantenga. De este modo se configura como una medida de carácter y contenido asistencial, derivada de la patria potestad y, concretamente, del deber de tenerlos en su compañía.".

Además, en virtud de la Ley 15/2015, de Jurisdicción Voluntaria, que modifica el art. 82 del Código Civil, dicta para el caso en que los progenitores lleguen a un acuerdo respecto de éste tipo de pactos en un procedimiento de mutuo acuerdo ante el Secretario judicial o ante Notario: "Igualmente los hijos mayores o menores emancipados deberán otorgar el consentimiento ante el Secretario

11 Verdera Izquierdo, B.: "Estudio de los últimos postulados referentes a la atribución del uso de la vivienda familiar. La "necesidad de vivienda". *Indret Revista para el análisis del Derecho*, Nº 1, Barcelona, 2016, p. 6. https://www.raco.cat/index.php/InDret/article/view/305699/395577

judicial o Notario respecto de las medidas que les afecten por carecer de ingresos propios y convivir en el domicilio familiar".

Señálese que la atribución del uso de la vivienda familiar se realizará sin perjuicio de la titularidad de la misma. Ésta puede pertenecer a ambos cónyuges bien con carácter ganancial bien pro indiviso, puede que sea de solo de uno de los esposos, o incluso que sea propiedad de un tercero (bien por ser alquilada, bien por ser de algún familiar por ejemplo de los cónyuges).

Además deberá de tratarse de la vivienda familiar, es decir, la que satisface la necesidad permanente de residir y no otra, por lo que quedan fuera de éste concepto los garajes, trasteros, segundas residencias o cualquier otro inmueble. Eso sí cabrá también el pacto respecto de estas propiedades, en virtud del consenso de ambos otorgantes, pero sin que se les otorgue la protección que se le dispensa a la vivienda familiar, por lo que el Juez aprobará éstos pactos sin necesidad de determinar la necesidad de protección de los menores en caso de que los haya.

6. Alimentos a favor de los hijos.

Como ya hemos expuesto con ocasión de los pactos prematrimoniales que los cónyuges pueden otorgar para el supuesto caso de una crisis matrimonial respecto a los hijos comunes del matrimonio, ya señalamos que la patria potestad inherente a la condición de padres incluye entre sus deberes el de alimentación a los hijos, y que la misma subsiste incluso cuando los primeros dejan de ostentarla por cualquier motivo.

Además, vimos, como tratándose de los hijos el concepto de alimentos se extiende a todo lo necesario para el sustento, habitación, vestido y asistencia médica, así como también educación e instrucción; como acoge un significado extenso de la palabra alimentos que engloba todo lo necesario para la crianza y desarrollo tanto físico como intelectual de los menores.

Así las cosas, tenemos que reiterar que jamás cesará tal obligación que es innata a la condición de padres, y que por supuesto el surgimiento de la crisis matrimonial y su resolución en la separación o divorcio de los progenitores no eximirá nunca de las obligaciones derivadas de la patria potestad en caso de menores de edad o del vínculo paterno-filiales en el caso que el hijo sea mayor de edad.

El Tribunal Supremo con ocasión de supuestos planteados por dificultades económicas del progenitor obligado al pago de la pensión de alimentos ha recogido

en su STS 12 febrero 2015[12]: "De inicio se ha de partir de la obligación legal que pesa sobre los progenitores, que está basada en un principio de solidaridad familiar y que tiene un fundamento constitucional en el artículo 39.1 y 3 CE, y que es de la de mayor contenido ético del ordenamiento jurídico (SSTS de 5 de octubre de 1993 y 8 de noviembre de 2013)». Tratándose de menores, señala, «más que una obligación propiamente alimenticia lo que existen son deberes insoslayables inherentes a la filiación, que resultan incondicionales de inicio con independencia de la mayor o menor dificultad que se tenga para darle cumplimiento o del grado de reprochabilidad en su falta de atención".

En cuanto a la posibilidad de pacto entre los progenitores en este momento acerca de los alimentos a favor de los hijos, hay que decir que no solamente es posible, sino que es imprescindible su inclusión en el convenio regulador, siendo uno de los extremos exigidos como contenido mínimo que debe de comprender el convenio regulador, según exige el art. 90 del Código Civil.

Cosa distinta es que, siendo una materia de carácter indisponible e irrenunciable, en ningún caso la autonomía de la voluntad podrá eliminar tal obligación, y por ende será nula de pleno derecho una estipulación por la que se elimine la obligación de uno de los progenitores de alimentar a sus hijos.

Por tanto, es perfectamente aceptable, es más obligatorio, la inclusión de este pacto en el convenio regulador que regirá entre los otorgantes para regular los efectos de la nueva situación creada por la crisis surgida, pero con ciertas limitaciones derivadas de la parcial indisponibilidad de la materia con el objeto de garantizar todas las responsabilidades derivadas de la paternidad/maternidad.

Siendo así los progenitores podrá regular la cuantía o forma de prestar los alimentos, en su caso, pero nunca suprimirlos.

Tenemos que señalar que en este punto juega un papel fundamental el Juez puesto que además de establecer los alimentos que debe procurar cada uno de los cónyuges para el caso en que no exista acuerdo entre ellos, su labor es palpable incluso en el caso de mediar tal pacto. Así deberá de ejercer su control sobre el convenio y garantizar que se cumple con lo exigido por la ley y verificar que no se vulneren los derechos del menor.

Distinto es el caso de los hijos mayores de edad en el que el Juez no entrará a valorar los pactos alcanzados por los progenitores, en principio, a no ser que vulneres otros de los principios que rigen en para los pactos matrimoniales, como pudiera ser que fuera perjudicial para uno de los cónyuges.

12 STS 12 febrero 2015 (ECLI:ES:TS:2015:439)

BIBLIOGRAFÍA

Crespo Allué, F.: "La responsabilidad de los padres por los hechos de los hijos menores en situaciones de crisis matrimonial", en *Aspectos civiles y penales de las crisis matrimoniales* (coord. C. Cuilarte Martín-Calero), Valladolid, Lex Nova, 2009, p. 67.

Díez-Picazo, L.: "El negocio Jurídico del Derecho de familia", *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 1962, Tomo XLIV, pp. 171 y ss.

Férnandez-Luna Abelláń, E.: *Custodia compartida y protección jurídica al* menor, Tesis, Madrid, 2017. http://eprints.ucm.es/41057/1/T38334.pdf

Montero Aroca, J.: *Los alimentos a los hijos en los procesos matrimoniales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, p. 24.

Torrero Muñoz, M.: "Cuestiones generales en torno al convenio regulador de los efectos de la separación y del divorcio", en AA.VV.: *El contenido del convenio regulador. Sus diferentes aspectos* (coord. J.M. Llopis Giner), Fundación Registral, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 2006, p. 32.

Verdera Izquierdo, B.: "Estudio de los últimos postulados referentes a la atribución del uso de la vivienda familiar. La "necesidad de vivienda", *Indret Revista para el análisis del Derecho*, Nº 1, Barcelona, 2016, P. 6. https://www.raco.cat/index.php/InDret/article/view/305699/395577

ENFOQUE DE JUSTICIA INTERCULTURAL EN LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA EN LA AMAZONÍA PERUANA*

INTERCULTURAL JUSTICE APPROACH IN THE ADMINISTRATION OF JUSTICE IN THE PERUVIAN AMAZON

Rev. Boliv. de Derecho Nº 37, enero 2024, ISSN: 2070-8157, pp. 528-551

* El presente artículo tiene como base la investigación doctoral del suscrito titulada Enfoque de justicia intercultural en la administración de justicia de la provincia de Bagua, 2020-2023.

Segundo Tito
CHILON
BARTUREN

ARTÍCULO RECIBIDO: 14 de noviembre de 2023
ARTÍCULO APROBADO: 4 de diciembre de 2023

RESUMEN: El estudio tiene como propósito aportar en la discusión epistemológica y práctica sobre la justicia con enfoque intercultural, para ello se plantea un análisis desde la experiencia del derecho comparado y se evalúa los avances y retos tanto de la Comisión de Justicia Intercultural del Poder Judicial como de la Oficina de Coordinación y Asistencia en Justicia Intercultural del Ministerio Público; finalmente, se describe la puesta en práctica de la justicia intercultural a partir del caso de la provincia de Bagua, región Amazonas. A partir de todo ello, se advierte que los operadores del derecho tienen el enorme reto de acceder el derecho a la justicia a los pueblos indígenas históricamente excluidos e invisibilizados y que hoy reclaman un protagonismo político, social y jurídico.

PALABRAS CLAVE: Enfoque de justicia intercultural; administración de justicia; Amazonía peruana; pueblos indígenas.

ABSTRACT: *The purpose of the study is to contribute to the epistemological and practical discussion on justice with an intercultural approach. To this end, an analysis is made from the experience of comparative law and the progress and challenges of both the Intercultural Justice Commission of the Judiciary and the Office of Coordination and Assistance in Intercultural Justice of the Public Prosecutor's Office are evaluated; finally, the implementation of intercultural justice is described based on the case of the province of Bagua, Amazonas region. From all this, it is noted that the operators of the law have the enormous challenge of accessing the right to justice to indigenous peoples historically excluded and invisibilized and that today they demand a political, social and legal protagonism.*

KEY WORDS: *Intercultural justice approach; administration of justice; Peruvian Amazon; indigenous peoples.*

SUMARIO.- I. INTRODUCCIÓN.- II. JUSTICIA CON ENFOQUE INTERCULTURAL: ALCANCES TEÓRICOS Y PRÁCTICOS.- III. JUSTICIA INTERCULTURAL DESDE LA EXPERIENCIA DEL DERECHO COMPARADO.- IV. COMISIÓN DE JUSTICIA INTERCULTURAL DEL PODER JUDICIAL: AVANCES Y DESAFÍOS. V. OFICINA DE COORDINACIÓN Y ASISTENCIA EN JUSTICIA INTERCULTURAL DEL MINISTERIO PÚBLICO: LOGROS Y RETOS.- V. OFICINA DE COORDINACIÓN Y ASISTENCIA EN JUSTICIA INTERCULTURAL DEL MINISTERIO PÚBLICO: LOGROS Y RETOS.- VI. LA PUESTA EN PRÁCTICA DE LA JUSTICIA INTERCULTURAL: EL CASO DE LA PROVINCIA DE BAGUA.- VII. CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN.

El Perú como todo país latinoamericano es un país multicultural, posee posibilidades y retos en la convivencia social, política, jurisdiccional y jurídica, que no siempre ha sido bien asumida y comprendida a lo largo de la historia y de la práctica del derecho consuetudinario[1] de los distintos pueblos y comunidades esparcidas a lo largo de su territorio. Una muestra de ello se aprecia en las permanentes tensiones que existen entre las prácticas jurisdiccionales de la justicia ordinaria y las prácticas jurisdiccionales de la justicia comunal llevado a cabo por las comunidades nativas, indígenas y campesinas. Dicho contexto, nos conduce a plantear un estudio que tiene por objetivo evaluar la manera en que el Poder Judicial y el Ministerio Público implementaron el enfoque de justicia intercultural a partir de un muestreo realizado en la provincia de Bagua, región Amazonas, Perú.

Es sabido que el Poder Judicial en los últimos años está haciendo un esfuerzo institucional por implementar el enfoque de justicia intercultural en sus sedes y ámbitos de competencia. Por su parte, el Ministerio Público ha creado la Oficina de Coordinación y Asistencia en Justicia Intercultural, desde ambos organismos constitucionales se ha conformado lo que se denomina como el sistema de justicia intercultural[2], del cual haremos un análisis más adelante. Si bien se trata de decisiones institucionales acertadas, estas aun no terminan de consolidarse

1 Para este estudio asumimos el derecho consuetudinario como el derecho de los pueblos indígenas a conservar el sistema normativo que les rige de modo ancestral y/o consuetudinaria. La costumbre es el modo en que, de forma reiterativa, se han conducido en la cotidianidad y han resuelto sus problemas. Por ejemplo, como producto de la costumbre, la posesión de la tierra debería bastar para que las comunidades indígenas que carezcan de un título real sobre la propiedad de la tierra, obtengan el reconocimiento oficial de dicha propiedad y el consiguiente registro (Instituto Interamericano de Derechos Humanos (2016): El Derecho a la consulta previa, libre e informada: una mirada crítica desde los pueblos indígenas, San José, IIDH).

2 Por sistema de justicia intercultural entiéndase al conjunto de autoridades, normas, principios y procedimientos que interactúan y establecen un diálogo intercultural con el fin de lograr una administración de justicia que respete los valores subyacentes en cada sociedad, de los derechos a la identidad étnica y cultural de las personas y colectivos y de las responsabilidades que sobre ello establezcan las normas y

• Segundo Tito Chilon Barturen
Discente del Doctorado en Derecho en la Universidad César Vallejo, Fiscal Superior en el Distrito Fiscal de Amazonas. Correo electrónico: schilonb@ucvvirtual.edu.pe. ORCID https://orcid.org/0000-0002-3084-164X.

ni de implementarse de modo efectivo. Ello se debe en gran parte a que los operadores del Derecho: abogados, jueces, defensores públicos y fiscales siguen desconociendo los alcances teóricos y prácticos de la justicia con enfoque intercultural y del pluralismo jurídico[3].

II. JUSTICIA CON ENFOQUE INTERCULTURAL: ALCANCES TEÓRICOS Y PRÁCTICOS.

La administración de justicia con enfoque intercultural está poniendo en debate el actuar y el modo de proceder de los magistrados y operadores del Derecho cuando se encuentran con asuntos con implicancias culturales, antropológicas, históricas y sociológicas. Se trata de un asunto complejo y relevante ya que implica reconocer y valorar los orígenes del país multicultural que somos, la que su construcción histórica, política, social, ideológica, económica se ha configurado a través del tiempo a partir del aporte de diversas comunidades y familias culturales, tanto originarios, como aquellos que se han desplazado desde latitudes ajenas, es decir, por procesos de inmigración permanentes[4].

La interculturalidad como tal es una propuesta hermenéutica con la que se pretende designar la interacción de culturas distintas, con las propias prerrogativas identitarias, bajo los presupuestos del diálogo, la tolerancia y la paridad. La interculturalidad cuando se pone en práctica resulta un valioso instrumento para pensar en el derecho y en los modos cómo se articula y concibe la justicia desde versatilidades culturales de las sociedades actuales[5]. Desde este abordaje teórico a los fenómenos de diálogo e interrelación cultural se rechaza la noción de presencias hegemónicas y se instala en una enunciación de igualdad, complementariedad y aprendizaje, como lo saben bien quienes administran justicia desde un enfoque de los derechos humanos[6].

En la práctica intercultural, el sujeto, individual o social, se relaciona con los demás desde su diferencia a través del diálogo intercultural, para aprender

la propia Constitución (Ministerio Público, Perú: Resolución de Fiscalía de la Nación 375-2022, MP-FN., 2022).

3 El pluralismo jurídico es una situación de coexistencia de dos o más sistemas jurídicos en un mismo espacio social y territorial (Pospisil, L.: *Anthropology and law: a comparative theory*, Evanston, Nueva York, 1971; Moore, S.: "Law and social change: the semi- autonomous social field as an appropriate subject of study", *Law and Society Review*, pp. 58-69, 1986; Griffiths, J.: "What is Legal Pluralism?", *Journal of Legal Pluralism*, núm. 24, pp. 39-48, 1996; Merry, S.: "Legal Pluralism", *Law and Society Review*, 22 (5), pp. 97-107, 1988). El concepto de pluralismo jurídico se relaciona con el de multiculturalismo ya que busca la coexistencia de los sistemas jurídicos y sociales sobre la base del reconocimiento y respeto entre ellos.

4 Rojas Marín, P.: *La perspectiva intercultural en el sistema judicial chileno: juzgados de familia*, Universidad Miguel de Cervantes Escuela de Trabajo Social, Tesis para optar el Grado de Magister en Trabajo Social, Mención en Relaciones Interculturales, Chile, 2017.

5 Ramos Núñez, C.: "Prólogo", en Ledesma Narváez, M.: *Justicia e interculturalidad Análisis y pensamiento plural en América y Europa,* Tribunal Constitucional, Perú, 2018.

6 García Canclini, N.: Culturas híbridas. Estrategias para entrar y salir de la modernidad, Grijalbo, México, 1989.

a relativizar las tradiciones consolidadas como propias en cada cultura y, ante todo, para poner en tensión su conservación y transformación, que posibilite el conocimiento de la cultura propia y de las otras. Así, la práctica intercultural supone para los operadores de justicia una visión epistemológica pues cuestiona el modo en la que se construye y se realiza la interpretación, exégesis y hermenéutica jurídica y la administración de justicia como el único válido para la humanidad[7].

En los últimos años, han sido varios los autores que han aportado en la comprensión de la justicia intercultural, ello ha implicado una diversidad de orientaciones que los especialistas han desarrollado con cierta apertura pues se trata de una categoría en permanente construcción pues mal se haría creer que la interculturalidad ya es un concepto acabado y definido en tu totalidad. Cierta teoría especializada[8], reconoce el carácter conflictivo de los vínculos interculturales que existen, las cuales son herederas de un proceso de sometimiento colonial y, por lo tanto, se desarrollan en escenarios de conflictividad y tensión que necesitan ser comprendidas para no caer en versiones románticas, idealizadas o sesgadas de lo cultural y por ende de la interculturalidad.

Mientras que otros aportes teóricos han advertido que se necesita de acciones jurisdiccionales y de políticas públicas que reconozcan la diferencia y promuevan la justicia social, garantizando tanto el reconocimiento de la diversidad como la redistribución de los recursos, dejando atrás los procesos de discriminación y racismo, tan arraigados en los pueblos latinoamericanos[9]. Además de que dichas políticas públicas necesitan de acciones de fortalecimiento intracultural para con las comunidades[10]. Es decir, en los asuntos de interculturalidad se trata de un asunto de comprensión hacia dentro y hacia afuera, en constante movimiento y de dinámica abierta, como la cultura misma.

La doctrina antropológica y sociológica han precisado que, si bien se reconoce que los planes positivos del multiculturalismo pueden contribuir a mejorar las condiciones de vida de poblaciones históricamente excluidas, plantean la necesidad de hacer modificaciones socio-estructurales que propicien la participación de

7 Pérez Vásquez, S.: "El pluralismo jurídico como medio alternativo de justicia comunitaria", en Ledesma Narváez, M.: *Justicia e interculturalidad Análisis y pensamiento plural en América y Europa,* Tribunal Constitucional, Perú, 2018.

8 Gasché, J.: "La motivación política de la educación intercultural indígena y sus exigencias pedagógicas. ¿Hasta dónde abarca la interculturalidad?", en Bertely, M., Gasché, J. y Podestá, R. (coords.): *Educando en la diversidad. Investigaciones y experiencias educativas interculturales y bilingües*, Abya-Yala, Quito, 2008; Torres, H.: *La acción pública intercultural. Las políticas interculturales en los gobiernos locales: una pauta para su formulación, implementación y evaluación*, Universidad Politécnica Salesiana (UPS)/Cooperación Técnica Alemana (GTZ), Quito, 2010 y Barquín, A.: "El ciclo de las políticas públicas interculturales: paradojas político-antropológicas", *Campos en Ciencias Sociales*, vol. 7, núm. 2, julio 2019, pp. 28-39.

9 Cruz Rodríuez, E.: "¿Qué deben ser las políticas públicas interculturales?", *Ciencia e interculturalidad*, vol. 15, núm. 2, 2014, pp. 78-91.

10 Machaca Benito, G.: "Hacia la interculturalización de las políticas públicas", *Revista ISEES, Inclusión Social y Equidad en la Educación Superior*, núm. 12, 2013, pp. 101-114.

esos sectores para desterrar las injusticias sociales, culturales y económicas tan enquistadas como normalizadas[11]. No se trata solo de incluir a los excluidos, sino de transformar ese sistema excluyente para generar otros modos de convivencia y así desterrar la exclusión o los mecanismos y sistemas legales, sociales, políticos y jurídicos que lo permiten.

Más, la discusión jurídica que plantea la doctrina comparada y la interdisciplinariedad, busca ir más allá del reconocimiento de la diferencia y la tolerancia, a través de la promoción de diálogos interculturales que enlacen a distintos sujetos y no solo a los decisores políticos o jurídicos[12], pues de lo que se trata es de ofrecer los mecanismos necesarios para que ocurran en el marco de procesos de traducción, interpretación y comprensión intercultural[13] que posibiliten disminuir las fricciones epistémicas y hermenéuticas[14], donde no prime, por ejemplo, la cultura escrita sobre la oral[15]. Es más, se ha planteado la realización e implementación de políticas públicas y jurisdiccionales que se forjen desde abajo[16], que recuperen y apoyen las experiencias de políticas interculturales ya existentes fuera del ámbito estatal u oficial, con la aplicación de medios de control comunal[17]. Finalmente, con la interculturalidad queda claro que se necesita además de un enfoque integrado de derechos humanos, igualdad de género y diversidad[18] y que se trata de políticas de corto, mediano y largo plazo, que parte de un proceso que requiere de una o varias (re)construcciones constantes[19]. Ya algunos países han dado pasos significativos en ello, como se precisa a continuación.

11 García Serrano, F.: *La Interculturalidad y las Políticas Públicas. Lineamientos para la construcción de políticas públicas interculturales*, Memorias del seminario realizado en Quito del 24 al 27 de junio de 2009, Quito, Programa Desarrollo y Diversidad Cultural para la Reducción de la Pobreza y la Inclusión Social, Ministerio Coordinador de Patrimonio del Ecuador, 2009; Cruz, E.: "¿Qué deben ser las políticas públicas interculturales?", cit., 2014; Torres, H.: *La acción pública intercultural. Las políticas interculturales en los gobiernos locales: una pauta para su formulación, implementación y evaluación*, cit., 2010.

12 Cruz Rodríguez, E.: "¿Qué deben ser las políticas públicas interculturales?", cit., 2014; Torres Dávila, H.: *La acción pública intercultural. Las políticas interculturales en los gobiernos locales: una pauta para su formulación, implementación y evaluación*, cit., 2010.

13 Santos, S: *Justicia entre saberes: epistemologías del sur contra el epistemicidio*, Morata, España, 2017.

14 Ramos, R.: "Sobre malentendidos interétnicos", *Universitas humanística*, núm. 80, 2015, pp. 39-52.

15 Torres Dávila, H.: *La acción pública intercultural. Las políticas interculturales en los gobiernos locales: una pauta para su formulación, implementación y evaluación*, cit., 2010.

16 Cruz Rodríguez, E.: "¿Qué deben ser las políticas públicas interculturales?", cit., 2014.

17 Torres Dávila, H.: *La acción pública intercultural. Las políticas interculturales en los gobiernos locales: una pauta para su formulación, implementación y evaluación*, cit., 2010.

18 Faúndez, A. y Weinstein, M.: "Ampliando la Mirada: La Integración de los Enfoques de Género, Interculturalidad y Derechos Humanos", Santiago de Chile, Fondo de Población de las Naciones Unidas (UNFPA)/Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD)/Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF)/Entidad de las Naciones Unidas para la Igualdad de Género y el Empoderamiento de las Mujeres (ONU MUJERES), 2012.

19 Cruz Rodríguez, E.: "¿Qué deben ser las políticas públicas interculturales?", cit., 2014.

III. JUSTICIA INTERCULTURAL DESDE LA EXPERIENCIA DEL DERECHO COMPARADO.

Si se observa la práctica jurisdiccional de países como Chile, Guatemala, Colombia, Ecuador y México, que albergan poblaciones nativas, indígenas y campesinas, resulta alentador los avances, no sin desafíos y retos, tanto en lo normativo como en la práctica jurisdiccional lo cual ha permitido ir afianzando decisiones institucionales y políticas públicas jurisdiccionales que aseguran el cumplimiento de los derechos de los pueblos indígenas[20].

En el caso mexicano, si bien los asuntos sobre interculturalidad se han hecho complicados tratándose de un país con una amplia diversidad cultural y que ha sufrido complejos procesos de colonización, las políticas públicas interculturales que ha implementado en los últimos años adquieren relevancia ya que les ha permitido pensar en acciones que no sean homogéneas, sino dialógicas, contextuales y basadas en la justicia social que busca tomar en cuenta las diferencias de acciones específicas para los planes operativos de cada Estado que conforma la federación mexicana[21].

En el Estado de Veracruz, se cuenta con intérpretes de lenguas indígenas para el acceso a la justicia, las cuales, si bien dan cumplimiento a los tratados internacionales sobre pueblos indígenas, los resultados generados en materia de acceso a la justicia, protección de derechos y lucha contra la discriminación hasta la fecha han sido exiguos. Asimismo, no se han implementado plenamente planes de acción en cooperación y participación de las comunidades indígenas que posibiliten el ejercicio de sus derechos[22]. En ciertos casos, aun se percibe un tufillo paternalista cuando se aborda asuntos de los pueblos indígenas o cuando se relacionan con ellos, y esto no solo ocurre en México sino en gran parte de los países latinoamericanos. Aun cuesta a la clase política, académica y jurídica que los pueblos indígenas y los miembros de estos pueblos son sujetos plenos de derechos, con autonomía, con libertades, con reconocimientos específicos; en definitiva, que son sujetos políticos y jurídicos y no solo sujetos culturales.

20 Los avances normativos que han aprobado distintos países se deben a que a nivel internacional se cuenta con una legislación global que así lo promueven. En 1989 la Organización Internacional del Trabajo (OIT) adoptó el Convenio 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales, que garantiza el derecho a la autodeterminación de los pueblos indígenas en diferentes materias, entre ellas, el acceso a la justicia. A ello se suma la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas de 2007 y la Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas de 2016.

21 Hernández, S.: *La interculturalidad en las políticas públicas en México*, Secretaría de Educación Pública, México, 2022.

22 Stallaert, C., Kleinert, C., y Núñez-Borja, C.: "Acceso a la justicia y formación de intérpretes en lenguas indígenas. Una propuesta de cooperación triangular con enfoque decolonial", *Revista de Investigación Educativa*, Veracruz, 2020, pp. 77-91.

De acuerdo a diversos estudios[23] la administración de justicia para pueblos indígenas tiene un origen común entre Perú y México: el colonialismo y la formación de los Estados-nación a partir del siglo XIX con su ideal homogenizador y monolingüe. En ambos países existen zonas caracterizadas por una diversidad lingüística predominante y diversa al mismo tiempo, mientras que en otras priman una sola lengua indígena (región Maya en México; regiones quechuahablante y aymara en Perú), lo cual supone un diseño diferenciado a la hora de abordar la formación de intérpretes. En los dos casos la brecha entre la legislación y la realidad sobre la puesta en práctica sigue siendo profunda. En los procesos judiciales no es sencillo conseguir o contar con intérpretes de lenguas originarias, lo cual limita el ejercicio del derecho de defensa y el debido proceso.

Desde la experiencia de Guatemala se observa que el sistema jurídico Maya no existe códigos escritos, como sí ocurre en el sistema jurídico oficial. Además, no resulta distinguible los ámbitos religioso, jurídico, moral y social, incluso la terminología que se usa en un ámbito puede usarse libremente en otro. La resolución de conflictos en este sistema jurídico indígena Maya es predominantemente conciliador y compensador, además busca como una constante la restauración de la armonía comunitaria. Por ello la sanción que se aplica no siempre tiene el carácter punitivo como la del sistema jurídico oficial. Es por ello que las sanciones como el reparo, la restitución, la detención preventiva y los servicios a la comunidad son las sanciones más frecuentes, aunque son aislados los casos en las que aplican castigos físicos y la expulsión de la comunidad[24].

De otro lado, la experiencia ecuatoriana parte de la discusión epistemológica sobre lo jurídico y lo intercultural a partir de los diversos tipos de administración de justicia en dicho país. Los expertos advierten que aún se requiere propiciar un amplio y permanente debate académico jurídico y reflexiones que impliquen el reconocimiento de otras epistemologías jurídicas por parte del derecho oficial. Ello con el fin de avanzar hacia el entendimiento y diálogo entre la justicia indígena y la común, superando el estado de subordinación de la primera sobre la segunda. Además, los expertos que impulsan este esfuerzo lo hacen con el objetivo de formular una visión más amplia y completa de la labor epistemológica-jurídica, considerando el rol que asume la cultura y lo cultural en la administración de justicia[25]. Es de resaltar que los avances que ha habido en esta materia han sido

23 Stallaert, C. y Kleinert, C.: "México y Bélgica: interpretación para la justicia en países multilingües vista a través del enfoque intercivilizacional y decolonial", *Trans. Revista de traductología*, núm. 21, 2017, pp. 127-142.

24 Domínguez Guerrero, M.: *Falta de conocimiento y aplicación por parte de los administradores de justicia del derecho indígena y del peritaje cultural como medios para la resolución de conflictos*, Universidad de San Carlos de Guatemala, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Guatemala, 2006.

25 Ochoa Moreira, K.: *Hacia un horizonte epistemológico jurídico intercultural: la administración de 'justicias' en el Ecuador*, Facultad de Jurisprudencia, Ciencias Políticas y Sociales, Universidad Central del Ecuador Carrera de Derecho, 2022.

impulsados por los movimientos y organizaciones indígenas ecuatorianas que poseen un carácter político y jurídico notorio en dicho país.

En Colombia, los operadores del Derecho y la sociedad civil han impulsado plantear un enfoque de justicia intercultural como criterio básico de las leyes de coordinación entre el sistema de justicia nacional y la justicia indígena, es así que para concretizar la justicia intercultural no se puede desatender la dependencia de la justicia indígena de su cultura ni desconocer la diversidad étnica y cultural como característica del país. En ese sentido, la Constitución señala que se apruebe normas para precisar los modos de coordinación entre la jurisdicción especial indígena con el sistema judicial nacional; no obstante, se aprecia que no se ha avanzado mucho al respecto, sobre todo, en su implementación[26]. Los avatares políticos y de conflicto armado interno que ha vivido ese país en las últimas décadas ha relegado los asuntos de los pueblos indígenas y afrocolombianos. No obstante, la presencia de una vicepresidenta de la república y a la vez ministra de igualdad y equidad de origen afro resulta una oportunidad de visibilización para los pueblos originarios.

También resulta significativo el aporte de la jurisprudencia colombiana cuando señala que en el concepto de fuero indígena se implican tres aspectos: 1) carácter personal, con el que se pretende señalar que la persona debe ser juzgada según las normas, costumbres y por las autoridades de su propia comunidad, 2) carácter geográfico, que permite que cada comunidad pueda juzgar las acciones que ocurran dentro de su territorio, según sus leyes y costumbres, 3) el elemento relativo a la naturaleza del hecho, según el cual solo en la medida en que el delito o falta no desborda el ámbito cultural indígena podrá ser asumido por la jurisdicción especial[27]. Es decir, el Poder Judicial colombiano ha definido que existen hechos delictivos que no guardan relación alguna con la cultura aborigen y cuya lesividad y trascendencia tornan imperativo que la competencia se asigne a los magistrados comunes.

De otro lado, Chile, país que también alberga poblaciones indígenas, ha implementado la perspectiva de justicia intercultural en los juzgados de familia, ello debido a que son números los casos en las que los miembros de los pueblos indígenas se ven inmersos en procesos judiciales de carácter privado y familiar. Si bien en este país ha existido avances en cuanto a la puesta en práctica de la perspectiva intercultural en la administración de justicia, aun se requiere estudiar en materia de inmigración el aspecto de la justicia penal, ya que existen, desde la labor de los operadores judiciales de tribunales de familia, situaciones que son

26 Ortiz Ricaurte, E.: *La justicia intercultural como criterio fundamental de las normas de coordinación entre el sistema judicial nacional y la jurisdicción especial indígena*, Universidad Externado de Colombia, 2021.

27 Consejo Superior de la Judicatura, Sala Jurisdiccional Disciplinaria de Colombia, Sentencia Radicado 110010102000 200501666 01, 2 de noviembre de 2005.

constitutivas de delitos y que necesitan esa intervención, por tanto los jueces penales, también deben aproximarse a este fenómeno y a la comprensión y práctica de la perspectiva intercultural[28]. Más todavía cuando Chile sigue siendo un país en América Latina que acoge a un número importante de migrantes. Es por ello que está pendiente en proceso de empadronamiento de migrantes en dicho país y que se realizaría en coordinación con el Servicio Nacional de Migrantes[29].

La experiencia sobre justicia intercultural desde el derecho comparado ha sido un aliciente para que el Perú también haga lo suyo, tanto el Poder Judicial como el Ministerio Público han asumido decisiones, cada quien de modo autónomo y según sus competencias, para implementar de modo efectivo la justicia con enfoque intercultural, como a continuación se detalla.

IV. COMISIÓN DE JUSTICIA INTERCULTURAL DEL PODER JUDICIAL: AVANCES Y DESAFÍOS.

En el Perú tanto el Poder Judicial como el Ministerio Público han asumido la decisión política e institucional[30] de implementar la justicia con enfoque intercultural. La justicia con enfoque intercultural para el Poder Judicial es el espacio en el cual los sistemas de justicia del país con diversidad cultural se encuentran y establecen relaciones de coordinación y cooperación en un nivel de igualdad y de respeto. Uno de estos primeros encuentros/desencuentros fue con la justicia campesina cuyo objetivo inicial fue la autodefensa y el autocuidado comunal. Es así que los comuneros, desde los años sesenta se asumen como ronderos, es decir, vigilantes y protectores de su territorio comunal y de todo lo que allí se originaba. Resultado de esto es la figura de la justicia campesina o justicia rondera[31] que desde sus inicios resulta una alternativa a la justicia ordinaria, que para los ronderos era corrupta, lenta, interminable, inaccesible, costosa, ajena y no comprendía la realidad propia de los campesinos y de las comunidades campesinas, y por el contrario, la justicia ronderil era pronta, efectiva, sin costo y de cumplimiento obligatorio para las

28 Rojas Marín, P.: *La perspectiva intercultural en el sistema judicial chileno: juzgados de familia*, Universidad Miguel de Cervantes Escuela de Trabajo Social, cit., 2017.

29 Diario La República: Empadronamiento de migrantes en Chile 2023: ¿qué se sabe hasta ahora?, Lima, 2023.

30 Toda decisión política e institucional tiene que ver con las políticas públicas que se llevan a cabo en determinada entidad, las cuales suponen la interacción de distintos actores que confrontan sus proyectos y aspiraciones para identificar una serie de prioridades comunes, así como planes y estrategias para incidir en ellas, y procesos de seguimiento de su operatividad. Por lo que caracteriza a las políticas públicas y la decisión política e institucional la de ser un conjunto de acciones intencionales y causales, orientadas al desarrollo de un objetivo de interés/beneficio público, cuyos lineamientos de acción, participantes, instrumentos, procedimientos y recursos se reproducen en el tiempo de modo permanente y coherente (Aguilar, F.: Introducción, Política pública, México, Escuela de Administración Pública del D. F., Siglo XXI editores, 2012.

31 En el III Congreso rondero organizado por la Federación Departamental de rondas campesinas de Cajamarca en octubre de 1990, se define la justicia campesina como el entendimiento y práctica consecuente de la democracia directa de masas. Es válida para solucionar problemas internos del movimiento ronderil como también para garantizar la autonomía y la autodefensa frente a los robos y abusos de los ladrones chicos y grandes. Es una necesidad de las masas campesinas frente a un Poder Judicial profundamente corrupto, marginatorio, incapaz y puesto de espaldas a los derechos y aspiraciones de las mayorías populares.

partes involucradas por el alto nivel de respetabilidad que se tienen entre los miembros de la comunidad.

Así las cosas, el Poder Judicial hizo un proceso de comprensión, interpretación y análisis de esta realidad judicial campesina que ya existía desde antaño y que tenía que ser abordado en el ámbito jurisdiccional. Producto de este proceso de autorreflexión han sido la emisión del Acuerdo Plenario N.° 1-2009/CJ-116 sobre rondas campesinas y derecho penal y el Acuerdo Plenario N.° 1-2015/CIJ-116, sobre la aplicación judicial del art. 15 del Código Penal y los procesos interculturales por delitos de violación de niñas y adolescentes. De esta forma y al más alto nivel jurisdiccional, el Poder Judicial empezó a abordar y asumir una justicia con enfoque intercultural, la cual no hubiera sido posible sin la decisión política e institucional de conformar la Oficina Nacional de Justicia de Paz y Justicia Indígena, en el 2011 y la Comisión de Justicia Intercultural del Poder Judicial en el 2018.

A partir de dichos Acuerdos Plenarios de la Corte Suprema, se desarrollan a nivel regional diversos Plenos: Pleno Jurisdiccional Regional Consuetudinario, Pucallpa, 15 y 16 de octubre de 2010; Pleno Jurisdiccional Regional Consuetudinario, Ayacucho, 25 y 26 de noviembre de 2010; I Pleno Jurisdiccional Regional Intercultural, Pucallpa, 2 y 3 de setiembre de 2016; II Pleno Jurisdiccional Regional Intercultural, Cusco, 15 y 16 de setiembre de 2017.

Los pronunciamientos jurisdiccionales fueron acompañados y complementados a su vez por diferentes protocolos: Protocolo de Coordinación entre Sistemas de Justicia; Protocolo de Actuación en Procesos Judiciales que Involucren a Comuneros y Ronderos (2014); Protocolo de Atención y Orientación Legal con Enfoque Intercultural dirigido a funcionarios del Sistema Estatal de Justicia (2015) y Protocolo para la Participación de Traductores e Intérpretes de Lenguas Indígenas u Originarias en Procesos Judiciales (2019). Todo esto evidencia la decisión política e institucional de ir afirmando el camino y la práctica por la justicia intercultural en el país.

Además de la emisión de diversas decisiones administrativas: Resolución Administrativa N.° 340-2010-CE-PJ. Institucionaliza el Congreso Internacional sobre Justicia Intercultural (11 de octubre de 2010) y Resolución Administrativa N.° 499-2012-P-PJ. Hoja de Ruta de la Justicia Intercultural del Poder Judicial (17 de diciembre de 2012). Todo ello ha sido animado y desarrollado a través de los diferentes Congresos internacionales sobre justicia intercultural en diversos lugares del país, las cuales terminaban con declaraciones: Declaración de La Merced 2010; Declaración de Cajamarca 2010; Declaración de Huaraz 2011; Declaración de Piura 2013; Declaración de Puno 2015; Declaración de Iquitos 2016; Declaración de Ayacucho 2017 y Declaración de Lima 2018.

Toda esta decisión política e institucional del Poder Judicial ha permitido un nuevo paradigma en la administración de justicia y en la práctica jurisdiccional. Los avances son notorios (comprensión, debate y puesta en práctica del enfoque intercultural, acercarse a los pueblos indígenas in situ, ser respetuosos de los usos y costumbres de los pueblos, guardar el respeto y tolerancia del caso ante la diversidad cultural, exigir la presencia de intérpretes y peritos antropológicos en los procesos judiciales, entre otros); no obstante, los retos siguen pendientes, sobre todo, en lo referido a consolidar la hoja de ruta de intercambio y debate teórico y práctico, fortalecer las escuelas de justicia de paz e interculturalidad a nivel nacional y consolidar los niveles de diálogo e intercambio entre la justicia comunal y la ordinaria.

V. OFICINA DE COORDINACIÓN Y ASISTENCIA EN JUSTICIA INTERCULTURAL DEL MINISTERIO PÚBLICO: LOGROS Y RETOS.

Desde 2013 el Ministerio Público creó el Centro de Asuntos Interculturales, Comunidades y Rondas Campesinas del Ministerio Público, mediante el cual ha expresado el compromiso de desarrollar sus propias herramientas de gestión con enfoque intercultural[32]. Se trata pues del primer antecedente institucional para asumir la justicia intercultural en el Ministerio Público.

Años más tarde, el Centro de Asuntos Interculturales, Comunidades y Rondas Campesinas, se reconfiguró como la Oficina de Coordinación y Asistencia en Justicia Intercultural del Ministerio Público, como unidad orgánica dependiente del despacho de la Fiscalía de la Nación[33], el cual recogiendo la experiencia del mencionado Centro, busca promover la coexistencia de una justicia intercultural que revitalice la visión de la justicia autóctona, basada en las distintas cosmovisiones y la entidad espiritual de las comunidades indígenas[34], manteniendo sus peculiaridades y reconociéndola en un plano de igualdad jurisdiccional, al momento de interactuar con el sistema judicial ordinario, quien ha dado cuenta de una cultura mayoritaria de justicia occidental o eurocentrista[35]. Estas instancias institucionales forman parte de la política pública de Reforma del Sistema de Justicia 2021-2025 del Ministerio Público.

32 Villarreal Espinoza, E.: *La interculturalidad en la administración de justicia y su implementación en el Ministerio Público (2013 – 2017)*, Tesis para optar el grado de maestro en gerencia pública, Universidad Nacional Hermilio Valdizán, Huánuco, 2018.

33 Dicha Oficina se aprobó mediante Resolución de Fiscalía de la Nación 375-2022, MP-FN.

34 Núñez Rivero, C. y Pérez, C.: "La diversidad cultural como derecho fundamental de los pueblos indígenas", *Revista de Derecho UNED*, núm. 17, 2015, pp. 68-81.

35 García-Sayán, D. y Aranda, M.: "Clase virtual sobre Justicia Intercultural en la Región Andina" Quito, Youtube (video) Pluralismo Jurídico, Jurisdicción Indígena y Derechos Humanos, parte 2 de 4, Comisión Andina de Juristas, 2013.

La Oficina de Coordinación y Asistencia en Justicia Intercultural del Ministerio Público tiene el deber de acercar ambos sistemas de justicia: la ordinaria y la comunal, así como orientar y apoyar la labor fiscal para garantizar los derechos de las comunidades campesinas y nativas, rondas campesinas y comunales u otros pueblos indígenas, de tal modo que haya un entendimiento y una comprensión cada vez más respetuosa y tolerante. Esto no significa que se deba justificar abusos y atropellos de la justicia ordinaria o de la justicia comunal, sino que existan entre ambos canales de comunicación y entendimiento en favor de una administración de justicia célebre, equitativa y cumpliendo los principios procesales y de los derechos humanos.

En ese sentido, creemos rescatable la labor que realiza dicha Oficina, puesto que en una justicia cultural como la indígena el derecho evoluciona consuetudinariamente, de generación en generación; el concepto de prueba es culturalmente aceptado (de forma distinta a como es concebido en la legislación); la vocación de justicia es comunitaria, de modo que los fallos se dictan ante toda la comunidad; y la invocación a la cosmogonía es esencial[36]. Una muestra de ello es el caso de una detención llevada a cabo por los ronderos de Carabaya a un sujeto acusado del delito de feminicidio. En este caso, el Centro de Asuntos Interculturales, Comunidades y Rondas campesinas del Ministerio Público intervino para que el detenido sea entregado a las autoridades competentes y que realicen las diligencias correspondientes, como así se hizo. El caso siguió bajo el monitoreo de dicho Centro, dándose cumplimiento a la Ley 27908, Ley de rondas campesinas, que establece en su art. 9 el deber de coordinación entre la jurisdicción especial y la ordinaria, representada, en este caso, por el Ministerio Público[37].

VI. LA PUESTA EN PRÁCTICA DE LA JUSTICIA INTERCULTURAL: EL CASO DE LA PROVINCIA DE BAGUA[38].

En el caso de la provincia de Bagua -Amazonas, esta se conforma por población nativa, indígena (awajún y wampis), colonos y pobladores asentados en zonas urbanas y comunales. Es decir, se trata de una población culturalmente variopinta, con diversas prácticas sociales, culturales, económicas, artísticas y jurídicas. Esto si bien es una posibilidad y ventaja, en la práctica cotidiana puede resultar también un desafío y generar problemas de entendimiento cultural y de

36 Ortiz Ricaurte, E.: *La justicia intercultural como criterio fundamental de las normas de coordinación entre el sistema judicial nacional y la jurisdicción especial indígena*, cit., 2021.

37 PORTAL WEB DEL GOBIERNO PERUANO: Centro de Asuntos Interculturales del Ministerio Público intervino durante conflicto con rondas campesinas en Carabaya, Nota informativa, 2022.

38 La provincia de Bagua fue escenario de uno de los sucesos más sangrientos, lamentables y que consternó al país y al mundo, nos referimos al caso denominado el Baguazo. Este estudio no abordará el caso Baguazo como tal, pues requiere de otro análisis dada su complejidad judicial, cultural, penal, social y política. Véase más sobre el proceso judicial Curva del Diablo-Baguazo en Bagua: entendiendo al Derecho en un contexto culturalmente complejo, de Zambrano et al (2017).

administración de justicia que requieren ser analizadas, comprendidas y reguladas. En tal sentido, el estudio analizará la fuente documental del estado de la cuestión de la institucionalidad de la justicia intercultural, la normativa aprobada y su puesta en práctica de dicha política pública.

El contexto socio cultural de Bagua, es significativo y referente para evidenciar la realidad jurisdiccional en la Amazonía pues se trata de una zona que posee arraigadas tradiciones y costumbres, las cuales se han ido desarrollando, evolucionando y recreando a lo largo del tiempo[39]. 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, necesita ser comprendida, tanto en su tipo de administrar justicia y como en 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.

En esa línea, cuando señala que el tratamiento que se da en el país a la justicia intercultural es incipiente ya que solo se realiza en algunas provincias como Cajamarca, Moyobamba y Tocache (San Martín) y en la región de Huánuco en las que el nivel de conocimiento de las leyes como la Constitución, normas y los Código Penal y Código Procesal Penal, aun es bajo lo que implica que el respeto a la justicia en asuntos de derechos humanos como acceso a la justicia sin discriminación, trato justo e igualitario y el respeto al pluralismo jurídico aun tengan niveles insuficientes[40]. Ello ocurre a pesar de que el Perú cuenta formalmente con un sistema de justicia intercultural.

Incluso los procesos judiciales con relevancia intercultural han sido de conocimiento por parte del Tribunal Constitucional[41] que en su momento ha manifestado que los actuales procesos de globalización y de desarrollo de las tecnologías de la información han implicado un cambio cualitativamente central de lo sociocultural para la comprensión de las culturas y el multiculturalismo. Dichos procesos han aportado a la homogeneización sociocultural, difundiendo e interrelacionando dimensiones económicas, sociológicas y políticas. Siendo así, lo específico de una cultura, si es que alguna vez existió, es cada vez más compartido.

39 Vargas Daza, E.: "Administración de justicia de las rondas urbanas y campesinas de Perú en la perspectiva de la justicia intercultural", *Revista Boliviana de Derecho*, núm. 34, 2022, pp. 874.

40 Villarreal Espinoza, E.: *La interculturalidad en la administración de justicia y su implementación en el Ministerio Público (2013 – 2017)*, cit., 2018.

41 Desde un análisis de la jurisprudencia comparada, se aprecia que para la Corte Constitucional de Colombia (1994) las comunidades indígenas son verdaderas organizaciones, sujetos de derechos y obligaciones, que, a través de sus dirigentes, ejercen poder sobre sus integrantes, incluso adoptan su propia modalidad de gobierno y ejercen control social. Por tanto, la comunidad indígena, está constitucional y legalmente habilitada para ejercer la acción de tutela en defensa de sus derechos básicos (Sentencia T-254).

En ese escenario se debe asumir los aspectos culturales, en su interrelación con los otros aspectos de lo social[42].

Retomando el análisis de la práctica jurisdiccional de Bagua, los estudios advierten que los campesinos e indígenas consideran que los jueces de la justicia ordinaria no conocen ni comprenden el trasfondo cultural de los delitos cometidos en las comunidades[43]. El Poder Judicial es percibido como una instancia ajena, donde no se toma en cuenta los valores y las costumbres de la comunidad. Aunque paradójicamente hace muchos años atrás se mencionaba que los sistemas de derecho de las comunidades andinas o amazónicas también están influenciados por su entorno cultural[44]. No se trata de sistemas aislados, al contrario, se puede observar una interdiscursividad, un engranaje estructural entre los sistemas legales. Las comunidades incluyen en su derecho leyes de la sociedad occidental. Este fenómeno de interpenetración y mezcla de sistemas legales fue definido como interlegalidad.

Un caso emblemático ocurrido en Bagua fue el denominado Baguazo que permitió poner en debate políticas estatales de matices aun monoculturales, y que tuvo como consecuencia que (re)surja y se empodere un actor político y sujeto de derechos que por siglos fue invisibilizado tanto por el Estado, como por la narrativa histórica y antropológica centralista y occidental: el pueblo indígena[45]. Es por ello que los hechos de Bagua se centran en este contexto político de cambios, representando por sobre todo un hito clave para el movimiento indígena en el país y en América Latina. Lo cultural y lo indígena puso en jaque a todo el sistema político y jurídico del país. Los pueblos indígenas emergieron como protagonistas de un reclamo por su territorio, de una plataforma de lucha ansiada desde antaño y de una demanda por ser reconocidos como sujetos de derechos y sujetos políticos.

La práctica jurisdiccional sobre justicia con enfoque intercultural expuesta de los distintos países, así como de la muestra de lo que se realiza en la provincia de Bagua -Amazonas, evidencia el choque entre la visión de mundo de una mayoría con la visión de mundo de una minoría generada por los límites impuestos por una cosmovisión mayoritaria representada por el enfoque occidental de los derechos

42 Ledesma Narváez, M. y Sánchez Benites, I.: "Cultura, multiculturalismo e interpretación constitucional: ¿qué presupuestos subyacen a la noción de "cultura" empleada por el Tribunal Constitucional peruano en su jurisprudencia más destacada?", en Ledesma, M.: *Justicia e interculturalidad Análisis y pensamiento plural en América y Europa*, Tribunal Constitucional, Perú, 2018.

43 Brandt, H.: "La justicia comunitaria y la lucha por una ley de coordinación de la justicia", *Revista de la Facultad de Derecho*, PUCP, núm. 78, 2017, p. 121-139.

44 Santos, S: "Cuando los excluidos tienen derecho: justicia indígena, plurinacionalidad e interculturalidad", en Santos. B. S. y Exeni Rodríguez, J. L. (eds.): *Justicia indígena, plurinacionalidad e interculturalidad en Bolivia*, Abya-Yala/Fundación Rosa Luxemburgo, Quito, 2012.

45 Zambrano, G. (coordinador), Berganza, I, Cuentas, V. y Hurtado, E.: *Bagua: entendiendo al Derecho en un contexto culturalmente complejo*, cit., 2017.

humanos, la cual ha sido asumida de modo general, por la gran mayoría de los países del mundo[46]. Mientras que la otra cosmovisión, la minoritaria, es la que se encuentra representada por el derecho propio de los pueblos indígenas. En ese sentido, el desafío sigue siendo no dejar excluidos ni desconocer las costumbres y usos de esos pueblos al momento de impartir justicia.

Asimismo, el reconocimiento y el respeto de los derechos de los pueblos indígenas y de los derechos de las comunidades resulta fundamental para la construcción de sociedades democráticas que reconozcan la equidad étnica y multicultural. Sin embargo, a pesar de la naturaleza multicultural y multiétnica de los países latinoamericanos, los Estados siguen siendo centralistas, monoculturales y excluyentes. El caso peruano no es ajeno a ello, por eso, como ya lo señalamos, sigue siendo un desafío a enfrentar, sobre todo, desde la administración de justicia[47].

VII. CONCLUSIONES.

La aprobación de normas internacionales sobre los derechos de los pueblos indígenas y las experiencias desde el derecho comparado de países que cuentan con presencia de comunidades indígenas, nativas y campesinas ha favorecido para que el Perú asuma su propia trayectoria en una justicia con enfoque intercultural. La realización de encuentros y congresos internacionales sobre justicia intercultural ha sido el escenario propicio para alentar este nuevo escenario y nuevas condiciones en el tratamiento jurídico y judicial de lo indígena y de lo cultural. El peligro es que estos encuentros y congresos terminen siendo meros intercambios y declaraciones sin mayores compromisos y cambios reales en la práctica jurisdiccional.

El Poder Judicial ha desarrollado avances significativos en lo administrativo, jurisdiccional y de políticas públicas que le está permitiendo implementar el enfoque de justicia intercultural a nivel nacional, ello ha ocurrido por el impulso de la conformación de la Comisión de Justicia Intercultural, que progresivamente va dotándose de recursos y personal idóneo para llevarla a cabo su labor especializada. No obstante, se requiere de un equipo interdisciplinario que recoja la experiencia de la antropología, sociología, historia y la psicología social.

La labor de la Oficina de Coordinación y Asistencia en Justicia Intercultural del Ministerio Público está en pleno proceso de implementación, lo cual le ha permitido fortalecer su capacidad operativa, dotarse de recursos logísticos y de personal especializado. Cada vez las investigaciones en las que está involucrado un

46 Solano de Jinete, N. y Padilla Ospina, G.: "La colisión cultural entre dos visiones: justicia indígena y derecho estatal", *Misión Jurídica: Revista de Derecho y Ciencias Sociales*, vol. 7, núm. 7, 2014, pp. 66-79.

47 Montaño, S. y Aranda, V.: *Reformas constitucionales y equidad de género: Informe final*, Seminario internacional Santa Cruz de la Sierra 21, 22 y 23 de febrero de 2005, Santiago, Cepal, Unidad Mujer y Desarrollo 2006, 2005.

miembro de una comunidad indígena se respeta su condición cultural, se le asigna un intérprete de su idioma y se solicita la aplicación de peritajes antropológicos que permitan a los operadores de justicia comprender la realidad cultural de los hechos investigados. Aun así, esta Oficina requiere de mayor presupuesto y logística que le permita fortalecer su delicada misión, más todavía cuando requiere trasladarse a comunidades y pueblos alejados e inaccesibles.

Los ronderos y los miembros de las comunidades indígenas en sus inicios asumieron una percepción crítica y distante respecto a la labor del Poder Judicial y del Ministerio Público, la cual progresivamente va dando paso a espacios de diálogo, entendimiento, comprensión y aceptación de la realidad del pluralismo jurídico y de lo cultural, la misma que contribuye a forjar una justicia intercultural que cuenta con normativa, protocolos, decisiones administrativas, instancias instaladas, personal especializado, intérpretes y decisión política e institucional para llevarla a cabo. Esto requiere que el Estado implemente espacios de formación permanente con diseños y metodologías apropiadas para los pueblos indígenas y traducidas y dictadas a sus idiomas originarios.

Los operadores de justicia de la provincia de Bagua, van asimilando progresivamente los avances desarrollados sobre justicia con enfoque intercultural en lo referido a lo normativo, político, teórico y epistemológico. Aun el camino es largo para conseguir la consolidación de ello, más todavía cuando dicha provincia alberga en su jurisdicción poblaciones indígenas, nativas y campesinas. Por eso mismo, los jueces, fiscales, abogados y defensores públicos requieren de mayor capacitación y especialización en justicia con enfoque intercultural, a fin de cumplir con los estándares nacionales e internacionales desarrollados al respecto. Además, porque Bagua es una herida que sigue abierta en el país y sigue siendo un escenario cultural y un contexto histórico-antropológico del cual debemos seguir aprendiendo.

BIBLIOGRAFÍA

Aguilar, F.: Introducción, Política pública, México, Escuela de Administración Pública del D. F., Siglo XXI editores, México, 2012.

Barquín, A.: "El ciclo de las políticas públicas interculturales: paradojas político-antropológicas", *Campos en Ciencias Sociale*s, vol. 7, núm. 2, julio, 2019.

Brandt, H.: "La justicia comunitaria y la lucha por una ley de coordinación de la justicia", *Revista de la Facultad de Derecho*, PUCP, núm. 78, 2017.

Cruz Rodríguez, E.: "¿Qué deben ser las políticas públicas interculturales?", *Ciencia e interculturalidad*, vol. 15, núm. 2, 2014.

Domínguez Guerrero, M.: *Falta de conocimiento y aplicación por parte de los administradores de justicia del derecho indígena y del peritaje cultural como medios para la resolución de conflictos*, Universidad de San Carlos de Guatemala, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Guatemala, 2006.

Faúndez, A. y Weinstein, M.: "Ampliando la Mirada: La Integración de los Enfoques de Género, Interculturalidad y Derechos Humanos", Santiago de Chile, Fondo de Población de las Naciones Unidas (UNFPA)/Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD)/Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF)/Entidad de las Naciones Unidas para la Igualdad de Género y el Empoderamiento de las Mujeres (ONU MUJERES), 2012.

García Serrano, F.: *La Interculturalidad y las Políticas Públicas. Lineamientos para la construcción de políticas públicas interculturale*s, Memorias del seminario realizado en Quito del 24 al 27 de junio de 2009, Quito, Programa Desarrollo y Diversidad Cultural para la Reducción de la Pobreza y la Inclusión Social, Ministerio Coordinador de Patrimonio del Ecuador, 2009.

García Canclini, N.: Culturas híbridas. Estrategias para entrar y salir de la modernidad, Grijalbo, México, 1989.

García-Sayán, D. y Aranda, M.: "Clase virtual sobre Justicia Intercultural en la Región Andina" Quito, Youtube (video) Pluralismo Jurídico, Jurisdicción Indígena y Derechos Humanos, parte 2 de 4, Comisión Andina de Juristas, 2013.

Gasché, J.: "La motivación política de la educación intercultural indígena y sus exigencias pedagógicas. ¿Hasta dónde abarca la interculturalidad?", en Bertely, M., Gasché, J. y Podestá, R. (coords.): *Educando en la diversidad. Investigaciones y experiencias educativas interculturales y bilingü*es, Abya-Yala, Quito, 2008.

GRIFFITHS, J.: "What is Legal Pluralism?", *Journal of Legal Pluralism*, núm. 24, 1996.

HERNÁNDEZ, S.: *La interculturalidad en las políticas públicas en México*, Secretaría de Educación Pública, México, 2022.

INSTITUTO INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS (2016): El Derecho a la consulta previa, libre e informada: una mirada crítica desde los pueblos indígenas, San José, IIDH).

LEDESMA NARVÁEZ, M. y SÁNCHEZ BENITES, I.: "Cultura, multiculturalismo e interpretación constitucional: ¿qué presupuestos subyacen a la noción de "cultura" empleada por el Tribunal Constitucional peruano en su jurisprudencia más destacada?", en LEDESMA, M.: *Justicia e interculturalidad Análisis y pensamiento plural en América y Europa*, Tribunal Constitucional, Perú, 2018.

MACHACA BENITO, G.: "Hacia la interculturalización de las políticas públicas", *Revista ISEES, Inclusión Social y Equidad en la Educación Superior*, núm. 12, 2013.

MERRY, S.: "Legal Pluralism", *Law and Society Review*, 22 (5), 1988.

MONTAÑO, S. y ARANDA, V.: *Reformas constitucionales y equidad de género: Informe final*, Seminario internacional Santa Cruz de la Sierra 21, 22 y 23 de febrero de 2005, Santiago, Cepal, Unidad Mujer y Desarrollo 2006, 2005.

MOORE, S.: "Law and social change: the semi- autonomous social field as an appropriate subject of study", *Law and Society Review*, 1986.

NÚÑEZ RIVERO, C. y PÉREZ, C.: "La diversidad cultural como derecho fundamental de los pueblos indígenas", *Revista de Derecho UNED*, núm. 17, 2015.

OCHOA MOREIRA, K.: *Hacia un horizonte epistemológico jurídico intercultural: la administración de 'justicias' en el Ecuador*, Facultad de Jurisprudencia, Ciencias Políticas y Sociales, Universidad Central del Ecuador Carrera de Derecho, 2022.

ORTIZ RICAURTE, E.: *La justicia intercultural como criterio fundamental de las normas de coordinación entre el sistema judicial nacional y la jurisdicción especial indígena*, Universidad Externado de Colombia, 2021.

PÉREZ VÁSQUEZ, S.: "El pluralismo jurídico como medio alternativo de justicia comunitaria", en LEDESMA, M.: *Justicia e interculturalidad Análisis y pensamiento plural en América y Europa,* Tribunal Constitucional, Perú, 2018.

POSPISIL, L.: *Anthropology and law: a comparative theory*, Evanston, Nueva York, 1971.

Ramos Nuñez, C.: "Prólogo", en Ledesma, M.: *Justicia e interculturalidad Análisis y pensamiento plural en América y Europa,* Tribunal Constitucional, Perú, 2018.

Ramos, R.: "Sobre malentendidos interétnicos", *Universitas humanística*, núm. 80, 2015.

Rojas Marín, P.: *La perspectiva intercultural en el sistema judicial chileno: juzgados de familia*, Universidad Miguel de Cervantes Escuela de Trabajo Social, Tesis para optar el Grado de Magister en Trabajo Social, Mención en Relaciones Interculturales, Chile, 2017.

Santos, S.:

- "Cuando los excluidos tienen derecho: justicia indígena, plurinacionalidad e interculturalidad", en Santos. B. S. y Exeni Rodríguez, J. L. (eds.): *Justicia indígena, plurinacionalidad e interculturalidad en Bolivia*, Abya-Yala/Fundación Rosa Luxemburgo, Quito, 2012.

- Justicia entre saberes: epistemologías del sur contra el epistemicidio, Morata, España, 2017.

Solano de Jinete, N. y Padilla Ospina, G.: "La colisión cultural entre dos visiones: justicia indígena y derecho estatal", *Misión Jurídica: Revista de Derecho y Ciencias Sociales*, vol. 7, núm. 7, 2014.

Stallaert, C. y Kleinert, C.: "México y Bélgica: interpretación para la justicia en países multilingües vista a través del enfoque intercivilizacional y decolonial", *Trans. Revista de traductología*, núm. 21, 2017.

Stallaert, C., Kleinert, C., y Núñez-Borja, C.: "Acceso a la justicia y formación de intérpretes en lenguas indígenas. Una propuesta de cooperación triangular con enfoque decolonial", *Revista de Investigación Educativa*, Veracruz, 2020.

Torres Dávila, H.: *La acción pública intercultural. Las políticas interculturales en los gobiernos locales: una pauta para su formulación, implementación y evaluación*, Universidad Politécnica Salesiana (UPS)/Cooperación Técnica Alemana (GTZ), Quito, 2010.

Vargas Daza, E.: "Administración de justicia de las rondas urbanas y campesinas de Perú en la perspectiva de la justicia intercultural", *Revista Boliviana de Derecho*, núm. 34, 2022.

Villarreal Espinoza, E.: *La interculturalidad en la administración de justicia y su implementación en el Ministerio Público (2013 – 2017)*, Tesis para optar el grado de

maestro en gerencia pública, Universidad Nacional Hermilio Valdizán, Huánuco, 2018.

Zambrano, G. (coordinador), Berganza, I, Cuentas, V. y Hurtado, E.: *Bagua: entendiendo al Derecho en un contexto culturalmente complejo*, Pontificia Universidad Católica del Perú, Instituto de Democracia y Derechos Humanos, 2017.

DOCUMENTOS DE TRABAJO

Consejo Superior de la Judicatura, Sala Jurisdiccional Disciplinaria de Colombia, Sentencia Radicado 110010102000 200501666 01, 2 de noviembre de 2005.

Corte Constitucional de Colombia: Sentencia T-254, 1994.

Diario La República: Empadronamiento de migrantes en Chile 2023: ¿qué se sabe hasta ahora?, Lima, 2023.

Federación Departamental de rondas campesinas de Cajamarca: III Congreso rondero, octubre de 1990.

Ministerio Público, Perú: Resolución de Fiscalía de la Nación 375-2022, MP-FN, 2022.

Organización de Estados Americanos: Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, AG/RES. 2888 (XLVI-O/16), Aprobada en la segunda sesión plenaria, celebrada el 14 de junio de 2016.

Organización de Naciones Unidas: Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, 2007.

Organización Internacional del Trabajo: Convenio 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales, 1989, ratificado por el Estado peruano mediante Resolución Legislativa 26253, vigente desde febrero de 1995.

Perú: Ley 27908, Ley de rondas campesinas, 2003, y su Reglamento aprobado por Decreto Supremo 025-2003-JUS.

Poder Judicial, Perú. Acuerdo Plenario 1-2009/CJ-116 Asunto: Rondas campesinas y derecho penal.

Poder Judicial, Perú: Acuerdo Plenario 1-2015/CIJ-116 Asunto: Sobre la aplicación judicial del artículo 15 del Código Penal y los procesos interculturales por delitos de violación de niñas y adolescentes.

Poder Judicial, Perú: Protocolo de Atención y Orientación Legal con Enfoque Intercultural dirigido a funcionarios del Sistema Estatal de Justicia, 2015.

Poder Judicial, Perú: Protocolo para la Participación de Traductores e Intérpretes de Lenguas Indígenas u Originarias en Procesos Judiciales, 2019.

Poder Judicial, Perú: Declaración de La Merced, I Congreso internacional sobre justicia intercultural, Por una justicia transcultural del milenio, 2010.

Poder Judicial, Perú: Declaración de Cajamarca, II Congreso internacional sobre justicia intercultural, Construyendo un país con justicia social, 2010.

Poder Judicial, Perú: Declaración de Huaraz, III Congreso internacional sobre justicia intercultural, Hacia la consolidación del pluralismo en la justicia, 2011.

Poder Judicial, Perú: Declaración de Piura, Viabilizando una Justicia Intercultural en el Perú, 2013.

Poder Judicial, Perú: Declaración de Puno, VI Congreso internacional sobre justicia intercultural, 2015.

Poder Judicial, Perú: Declaración de Iquitos, VII Congreso internacional sobre justicia intercultural, 2016.

Poder Judicial, Perú: Declaración de Ayacucho, VIII Congreso internacional sobre justicia intercultural, 2017.

Poder Judicial, Perú: Declaración de Lima, IX Congreso internacional sobre justicia intercultural, Por una justicia intercultural en base a nuestras raíces y experiencias,2018.

Poder Judicial, Perú: I Pleno Jurisdiccional Regional Intercultural. Pucallpa, 2 y 3 de setiembre de 2016.

Poder Judicial, Perú: II Pleno Jurisdiccional Regional Intercultural. Cusco, 15 y 16 de setiembre de 2017.

Poder Judicial, Perú: Pleno Jurisdiccional Regional Consuetudinario. Pucallpa, 15 y 16 de octubre de 2010.

Poder Judicial, Perú: Pleno Jurisdiccional Regional Consuetudinario. Ayacucho, 25 y 26 de noviembre de 2010.

Poder Judicial, Perú: Resolución Administrativa 340-2010-CE-PJ. Institucionaliza el Congreso Internacional sobre Justicia Intercultural (11 de octubre de 2010).

Poder Judicial, Perú: Resolución Administrativa 499-2012-P-PJ. Hoja de Ruta de la Justicia Intercultural del Poder Judicial (17 de diciembre de 2012).

Poder Judicial, Perú: Protocolo de actuación en procesos judiciales que involucren a comuneros y ronderos, Consejo Ejecutivo del Poder Judicial, 2014.

Portal web del gobierno peruano: Centro de Asuntos Interculturales del Ministerio Público intervino durante conflicto con rondas campesinas en Carabaya, Nota informativa, 2022.

LA ATRIBUCIÓN DEL USO DE LA VIVIENDA FAMILIAR EN CASOS DE NULIDAD, SEPARACIÓN Y DIVORCIO. ESTUDIO DEL ARTÍCULO 96 DEL CÓDIGO CIVIL

THE ATTRIBUTION OF THE USE OF THE FAMILY HOME IN CASES OF ANNULMENT. SEPARATION AND DIVORCIE.STUDY OF ARTICLE 96 OF THE CIVIL CODE

Rev. Boliv. de Derecho Nº 37, enero 2024, ISSN: 2070-8157, pp. 552-573

María Paz
HERRERA
RODRÍGUEZ

ARTÍCULO RECIBIDO: 18 de noviembre de 2023
ARTÍCULO APROBADO: 4 de diciembre de 2023

RESUMEN: La Ley 8/2021 de 2 de junio, modifica en su artículo 2, apartado 10 el artículo 96 CC, determinando en su número uno, el uso y disfrute de la vivienda que constituyó el domicilio familiar a los hijos menores de edad comunes de ambos cónyuges, excluyendo a los hijos mayores y sin que se determine condición alguna en supuestos de custodia compartida.

PALABRAS CLAVE: Vivienda familiar; uso y disfrute; custodia monoparental y custodia compartida; hijos menores de edad; hijos mayores de edad.

ABSTRACT: *Law 8/2021 of June 2, 2021, modifies in its article 2, paragraph 10 article 96 of the CC, determining in its number 1 the use and enjoyment of the dwelling that constituted the family home to the common minor children of both spouses, excluding the older children and without determining any condition in cases of joint custody.*

KEY WORDS: *Family housing; use and enjoyment; single parent custody and joint custody; minor children; children of legal age.*

SUMARIO.- I. ATRIBUCIÓN DE LA VIVIENDA FAMILIAR.-. II ATRIBUCIÓN DE LA VIVIENDA FAMILIAR EN CUSTODIAS MONOPARENTALES.- III. ATRIBUCION DEL USO DE LA VIVIENDA FAMILIAR EN CUSTODIAS COMPARTIDAS.- IV. CONCLUSIONES.

I. ATRIBUCION DE LA VIVIENDA FAMILIAR.

En los casos en los que se produce la ruptura familiar por nulidad, separación o divorcio, y no existe un acuerdo plasmado o no en convenio regulador donde se lleve a efecto la atribución del uso de la vivienda familiar, será el juez quien en base a lo dispuesto en el art. 96 CC, el que deberá aplicar los criterios de asignación del uso de la vivienda y a los que se dedica los tres primeros apartados del relacionado artículo, y donde se distingue aquellos supuestos en los que los hijos se quedan bajo la custodia de un progenitor, de ambos, o incluso aquellos supuestos en los que no existen hijos[1].

El texto del artículo, pese a la evolucion sufrida por la sociedad y a las numerosas reformas llevadas a cabo en materia de derecho de familia, no había sido reformado desde la redacción original ofrecía por la Ley 30/1981 de 7 de julio, por la que se modificaba la regulación del matrimonio en el Código Civil, y se determina el procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio. Ni siquiera la promulgación de la Ley 15 /2005 de 8 de julio, por la que se regulaba por primera vez la custodia compartida, tuvo su reflejo en la regulación del uso de la vivienda familiar. Ha sido necesario esperar hasta 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, donde en el número 10 del artículo Segundo, se lleva a cabo una importante reforma del texto, sobre todo en lo referente a los criterios para la atribución del uso de la vivienda en situaciones de discapacidad de los hijos, siguiendo lo dispuesto en el art. 12 de la Convención Internacional de los Derechos de las personas con discapacidad, celebrada el 13 de diciembre del 2006 en la ciudad de Nueva York.

Aun cuando el principal motivo de la reforma ha sido el definir los criterios a seguir en la atribución del uso de la vivienda que aseguren la protección de los hijos en supuestos de discapacidad, la realidad es que se han modificado algunos puntos del precepto de carácter más general, aunque y tal y como se intentará

1 Díaz Martínez, A.: " De los efectos comunes a la Nulidad, Separación y Divorcio. Artículo 96", en AA.VV.: *Comentarios al Derecho Civil, Tomo I* (coord. R. Bertoviz Rodríguez) , Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 1000 a 1016.

• María Paz Herrera Rodríguez
Abogada Ilustre Colegio Madrid, Licenciada en Psicología, Máster en Intervención Interdisciplinar de Violencia de Género (VIU), Máster en Criminología, delincuencia y victimología (VIU). Correo electrónico: mariapazherrera@outlook.es

desarrollar en párrafos posteriores, sigue sin darse respuesta a todas las cuestiones que pueden derivarse sobre este transcendental asunto, que tantos problemas familiares causa y que es objeto de tantos procedimientos judiciales. Habría que comenzar poniendo de manifiesto que para la doctrina jurisprudencial de Tribunal Supremo (entre otras la STS 14 enero 2010[2]), confirma que el derecho al uso de la vivienda y que se concede a través de una resolución judicial, no ha de entenderse como un derecho real, sino de carácter familiar cuya titularidad corresponde en todo caso al cónyuge al que se atribuye la custodia o aquel que se estima, no habiendo hijos, ostenta un interés más necesitado de protección; lo que indirectamente viene a significar que desde un punto de vista patrimonial, este derecho solo va a repercutir en la limitación para disponer de todo o parte de la vivienda o bienes adjudicados, y que incluso pueden ser inscrita en el Registro de la Propiedad.

En este sentido el art. 96.3 CC estipula que "para disponer de todo o parte de la vivienda y bienes indicados cuyo uso haya sido atribuido conforme a los párrafos anteriores, se requerirá el consentimiento de ambos cónyuges o, en su defecto autorización judicial. Esta restricción en la facultad dispositiva sobre la vivienda familiar se hará constar en el Registro de la Propiedad. La manifestación errónea o falsa del disponente sobre el uso de la vivienda no perjudicará al adquirente de buena fe".

Y si es definitorio la naturaleza del derecho, lo es igualmente especificar la especial protección que otorga la Ley Civil a la vivienda familiar, entendida esta como aquel inmueble donde habitualmente se ha venido desarrollando la convivencia de la familia, lo que indirectamente va a implicar que el juez no va a asignar en un procedimiento matrimonial segundas viviendas ocupadas temporalmente por el núcleo familiar, aunque si pueden ser objeto de pacto en un convenio regulador.

En el art. 96 CC se hace referencia a la vivienda familiar; partiendo de la diferenciación, si cabe más doctrinal que forense, del concepto del domicilio conyugal que viene a identificarse con la existencia de una relación matrimonial y del domicilio familiar suele considerarse desde la perspectiva de los hijos al margen del vínculo matrimonial. En todo caso, el domicilio familiar objeto de protección por el ordenamiento civil, será el domicilio conyugal que asi mismo se identifica con la llamada vivienda familiar protegida y que se refiere no solo al objeto, sino al conjunto de individuos que constituyen la familia, entendida como célula e institución básica de la sociedad, y que es también es merecedora de una protección especial en el

2 STS 14 enero 2010 (EDJ 2010/37258). Señala el Tribunal que la naturaleza y los efectos del uso de la vivienda concedido mediante sentencia judicial al amparo del art. 96 CC. Añadiendo que, si el título que permitió a uno de los cónyuges el uso de la vivienda perteneciente al tercero tiene naturaleza contractual, el otro cónyuge no se subroga en la relación contractual por el hecho de haberse atribuido el uso de la vivienda por sentencia dictada en un pleito matrimonial.

ordenamiento jurídico. En todo caso podría afirmarse que la interpretación del articulo 96 CC dada las lagunas que el texto incluso mantiene con la reforma, ha dado lugar a una gran diversidad de opiniones doctrinales y jurisprudenciales[3], con contradicciones entre la mismas que conlleva a que no se otorgue a la medida de la atribución del uso de la vivienda familiar la seguridad jurídica que el tema merece[4].

El Tribunal Supremo califica el domicilio familiar como "el bien familiar, no patrimonial, que se pone al servicio del grupo de individuos que en ella se asientan, quien quiera que ser propietario". Y la primacía del hogar familiar que deriva en su especial protección, por el que se viene a imponer a los padres, el deber de prestar asistencia de todo orden a los hijos durante la minoría de edad, y que además ha de entenderse como una concreción del principio del favor filii; entendido además este deber-derecho como figura donde se encuentran los elementos claves, que no son otros que los definidos en el art. 2 de la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor, en consecuencia, con la Observación 14 del Comité de los Derechos del Niño, y viene a modelar los elementos de formación de la naturaleza del menor como ser con dignidad propia y auto responsable; obligando además a los padres y en la vertiente patrimonial, a la conservación e incremento del patrimonio de estos menores, dentro de una actuación diligente, tal y como expresamente queda plasmado en los arts. 164 al 168 CC. En todo caso habrán de evaluarse los elementos concretos necesarios que hacen realidad la primacía del interés supremo del niño y de la niña, cumpliendo además con ello, lo dispuesto en la Convención de los Derechos del Niño aprobada en el año 1989.

El ordenamiento jurídico protege la vivienda familiar tanto en una situación normal de matrimonio como en los supuestos de crisis, y lo hace a través de la protección del derecho que la familia tiene a su uso. De acuerdo con lo dispuesto en el art. 40 CC el domicilio conyugal es aquel en el que los esposos tienen o han tenido su residencia habitual, aunque pueda no coincidir con la residencia habitual de cada uno de los cónyuges, puesto que según el propio art. 87.2 CC se prevé la posibilidad de que, por motivos profesionales o cualquieras otros de naturaleza análoga los cónyuges puedan no vivir juntos. En todo caso es el domicilio familiar fijado por los cónyuges el que determinará cual es la vivienda familiar sujeta a un especial régimen de disposición y es sobre la que se decidirá sobre su uso en los supuestos de crisis matrimonial[5].

3 Disparidad de criterios que se pone de manifiesto en distintas resoluciones, entre otras, STS 30 de septiembre 2011 (la LEY 186204/2011) y STS 29 marzo 2011 (LALEY 9107/2011).

4 Gallardo Rodríguez, A. "Principales novedades del artículo 96 del CC tras la reforma del 2021", *Diario La Ley* (n. 9990), 2022.

5 SAP Salamanca 19 octubre 2022 (EDJ 2022/772417).

En aquellos supuestos en los que cónyuges cesan en la convivencia, es inevitable el que los hijos y en especial los menores de edad su cargo, ya no convivan con ambos progenitores o al menos con ambos progenitores al mismo tiempo. Y es en ese momento de la ruptura, donde se plantea el no pequeño problema de la atribución del domicilio familiar, entendido este como el señalado por el legislador por haberse producido en él la convivencia. Esta elección, y relacionándola con los hijos del matrimonio, ha sido explicada en base a distintas razones y entre ellas la de entender que el mantenimiento del hijo menor en la que ha constituido la vivienda familiar, presupondría una mejor manera enfrentar el cambio que necesariamente habría de experimentar al desmoronarse su entorno familiar, partiendo de la hipótesis de que asi se le permitiría continuar con su rutina diaria, con su día a día[6].

Pero esta atribución del uso de la vivienda familiar, que casi de forma automática se ha venido dando a los hijos menores de edad, y en consecuencia a los progenitores custodios, no ha dejado de ocasionar y en numerosas ocasiones, escenarios de verdadera precariedad al otro cónyuge o progenitor, con independencia de que pudiera ser o no titular del derecho de propiedad sobre la vivienda, otrora familiar. Y este hecho, que muchas veces ha supuesto " dividir miserias", no tiene por qué corresponderse con un claro beneficio para las necesidades habitacionales del menor, y sin embargo si con un grave riesgo de no poder asumirse por parte del progenitor obligado, el pago de la pensión por alimentos a favor de esos mismos hijos. Y ello además porque la atribución del domicilio familiar en los supuestos de hijos menores de edad y al progenitor custodio, no se ha considerado una forma de procurarles alimentos por parte del titular de la patria potestad, y ello a pesar de que conforme a lo dispuesto en los arts. 142 y 154 CC, una parte de los alimentos lo constituye el alojamiento o la habitación.[7] Dicho lo anterior, bien es cierto que parece adquirir cada vez más fuerza y sentido la posibilidad de que en el momento de atribuir al menor el uso de un inmueble distinto al que fuera conyugal en aquellos supuestos en los que se den los condicionamientos de la existencia de otra vivienda que pueda cumplir los requisitos para ser adjudicada como domicilio del menor. De hecho, y no es baladí, el propio art. 94 CC prevé la posibilidad de que pueda ser adjudicada una residencia distinta de la familiar, a través de los acuerdos plasmados en el convenio regulador firmado por las partes y homologado por la autoridad judicial, hecho este que se ha venido a denominar como una "relativización de la transcendencia

6 Chaparro Matamoros, P.: "La relativización del interés del hijo menor de edad a continuar residiendo en la vivienda familiar tras la crisis de sus progenitores", en AA.VV.: *Vivienda y colectivos vulnerables* dir. M. D. Cervilla Garzón e I. Zurita Martín), Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2022, pp. 81-112.

7 Blandino Garrido, M.: "La contribución a las necesidades de alojamiento de los hijos a través de los alimentos", en AA.VV.: *Viviendas y colectivos Vulnerables* (dir. M. D. Cervilla Garzón e I. Zurita Martín), Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2022, pp. 51-80.

de la vida familiar"[8]. La condición en todo caso sine qua non, es que se asegure el interés superior del menor, admitiendo por tanto que las partes puedan acordar una solución diferente a la atribución del uso de la vivienda del progenitor sin que ello pueda considerarse per se contrario al interés del menor.[9]

Y esta protección viene a explicar que a lo largo del tiempo se haya ido configurando todo un entramado normativo por el que se otorga un régimen especial para la vivienda familiar, que viene a distinguirla de otros bienes que pueden comportar el patrimonio familiar y que va a suponer una limitación del contenido del derecho de propiedad, cuando el mismo recae sobre un bien que además de afectar a una necesidad primaria, tiene como fundamento el matrimonio y su entorno.

La Ley 30/1081 de 7 de julio por la que se modifica la regulación del matrimonio en el CC y por la que se reglamenta y determina el procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio, viene a lo largo de su articulado a centrarse en los periodos de crisis del matrimonio, ampliándose a las parejas de hecho, la atribución del uso del domicilio familiar que habrá de ser adjudicado, aunque ya no pueda denominarse domicilio conyugal. La normativa va a otorgar primacía al principio de autonomía de la voluntad, de forma que en un primer momento serán los cónyuges o progenitores, en los supuestos de las parejas de hecho, los que han de decidir sobre el uso de la vivienda familiar en el convenio regulador, que será aprobado por el juez, salvo que pueda ser dañoso para los hijos o gravemente perjudicial para los esposos o miembros de la pareja. Si los cónyuges no llegan a un acuerdo, la autoridad judicial decidirá conforme a los criterios contenidos en el art. 96 CC, y la atribución del uso será limitada, haya sido o no definida en sentencia, aun cuando esta medida podrá ser modificada o extinguida convencional o judicialmente en el caso de producirse una sustancial alteración de las circunstancias que determinaron la atribución en función de lo dispuesto en los arts. 103 y 91 CC.

Con anterioridad a la reforma introducida por la Ley 8/2021 de 2 de junio en el art. 96 CC, existía en la doctrina, sustanciales controversias en la forma de interpretar la textualidad del número primero del art. 96 CC, por cuanto se defendía que podría entenderse como relacionado con el deber de contribuir a las cargas familiares, con independencia de la edad de los hijos.

Otras posiciones doctrinales, sin embargo acogían la explicación de que el apartado 1 solo podía referirse a los hijos sujetos a la patria potestad, dado que el

8 Chaparro Matamoros, P.: "La relativización del interés del hijo menor de edad", cit., p. 4.

9 Martínez Calvo, J.: "La extinción del derecho de uso de la vivienda familiar como consecuencia de la convivencia con un tercero. Reflexiones a la luz de la reciente jurisprudencia el Tribunal Supremo", *Revista de Derecho Civil*, *VI(3)*, 2019, pp.155-178.

art. 154.2 CC determinaba la obligación de los padres a tener a los hijos menores en su compañía; por tanto y consecuentemente, continuaban, la atribución del uso de la vivienda no podía ser entendida como un derecho de alimentos, ya que de la forma habitual de prestarlos es a través de una pensión dineraria, en mor de lo dispuesto en el art. 142 y ss. CC, llegando a la conclusión de que la renuncia a una pensión alimenticia no tendría que implicar renunciar a residir en un domicilio.

Una tercera postura venía a incluir a los menores y a los incapacitados sometidos a la patria potestad prorrogada, incluso no estando contemplada en el número 1 del art. 96 la figura del mayor de edad, por cuanto se entendía que mientras estos no tuvieran independencia económica y dado el largo periodo de aprendizaje necesario para logar la formación, que habría de ser considerados como sujetos del derecho de uso y siempre y cuando tuvieran una normal dedicación a su formación. Todas estas discusiones se han acallado por quedarse sin objeto, con la reforma del artículo llevada a cabo por la Ley de 2 de junio del 2021, 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; disposiciones que, en defecto de acuerdo aprobado por la autoridad judicial, pasan a convertirse en derecho positivo.

Llegados a este punto, y como cuestión preliminar aclaratoria habríamos de centrar que hijos son los protegidos por el art. 96 CC, dadas las matizaciones llevadas a cabo por la reforma legal, y que han aclarado muchas de las dudas relacionadas a la imprecisión del articulado anterior que, aun siendo discutidas por la doctrina, la jurisprudencia pareció asumir una clara posición que ha servido para marcar el camino seguido con posterioridad. Como principio ha de afirmarse que el articulo 96.1 solo protege a los menores de edad, por lo que no resulta aplicable a los hijos que, aun conviviendo en la vivienda familiar junto a sus progenitores, fueran ya mayores de edad en el momento de la crisis, debiéndose cubrir sus necesidades de habitación a cargo de la correspondiente pensión alimenticia en su caso. Se excepcionan los mayores en situación de discapacidad "que hicieran conveniente la continuación en el uso de la vivienda familiar"[10]. La nueva redacción viene así a recoger la doctrina consolidada del TS en cuanto entiende que el principio únicamente ha de proteger el interés de los menores de edad y no asi a los mayores que conviven en el hogar familiar, aun cuando sean dependientes económicamente, o los que alcancen la mayoría de edad, habiéndose concedido el derecho de uso por razón de la custodia.

10 Art. 96.1.CC.: "En defecto de acuerdo de los cónyuges aprobado por la autoridad judicial, el uso de la vivienda familiar y de los objetos ordinarios de ella corresponderá a los hijos comunes menores de edad y al cónyuge cuya compañía queden, hasta que todos alcancen la mayoría de edad….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 equipararán a los hijos menores en similar situación".

Dada la redacción anterior a la reforma del año 2021, se planteaban también ciertas dudas teóricas, en cuanto a la posible atribución del uso de la vivienda familiar, existiendo menores que fueran hijos comunes, a la vez que hijos de uno de los progenitores en exclusiva y que además no fuera titular de la propiedad, en referencia a si estos podían quedar amparados como menores, en el derecho de uso del hogar familiar, más allá de que pudieran seguir habitando los hijos exclusivos de aquel progenitor al que se le hubiere otorgado la custodia de los hijos comunes; con la reforma han quedado zanjadas las posibles discusiones, por cuanto la textualidad del artículo deja claro que son los hijos comunes de la pareja en crisis los que en todo caso quedan bajo el manto de la protección legal, lo que deja, por otra parte abierto para otros estudios si cabe, la situación de las familias reconstituidas[11]

Por último y de alguna forma cierra el círculo de las dudas que parece haber disipado la nueva norma, el uso de la vivienda familiar, se prolongará hasta que todos los hijos sean mayores de edad, lo que supone que, de existir varios hermanos, habrá de esperar a que el más pequeño alcance la mayoría de edad para que se dé por finalizados el derecho al uso de la vivienda familiar. Nuevamente puede ponerse "máculas" a la expresión de alcanzar la mayoría de edad, por cuanto no quedarían previstos supuestos en los que el menor no necesite la utilización de la vivienda por existir otras a su disposición, o por haber sido emancipado. Resulta por otro lado coherente con que expresamente se determine que la protección se limita a los menores de edad.

Una vez centrados estos conceptos, vayamos ahora a examinar con más detenimiento la regulación del uso de la vivienda familiar en los casos en los que existen hijos comunes, haciendo una especial mención a aquellos supuestos en los que puedan existir menores con en situación de discapacidad, según la modificación llevada a efecto por la Ley Orgánica 8/2021 de 2 de junio, distinguiendo como lo hace indirectamente la norma, entre la custodia monoparental y la compartida.

II. ATRIBUCION DEL USO DE LA VIVIENDA FAMILIAR EN CUSTODIAS MONOPARENTALES.

Como se ha dicho, las reglas para la atribución del derecho de uso de la vivienda que ha constituido el domicilio familiar son acometidas en la reforma llevada a cabo por la Ley de 2 de junio del 2021, dando más precisión a los distintos supuestos que han de tenerse en cuenta a la hora de determinar el uso de la vivienda que ha sido conyugal, en caso de desacuerdo de los progenitores; pues llega a distinguir en el supuesto de la existencia de hijos que estos sean menores

11 Chaparro Matamoros, P.: "La atribución del derecho de uso de la vivienda familiar", en AA.VV.: *GPS Familia* (dir. J.R. De Verda Beamonte), Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, pp. 307-343.

o mayores de edad, incluso se contempla la posible concurrencia de una situación de discapacidad en alguno de ellos.

El precepto reformado, presupone la existencia de una custodia monoparental, basándose en la idea de que los menores y por entenderse ser más beneficioso para ellos, han de residir en el domicilio que lo hacían antes de producirse la crisis conyugal; la STS 23 enero 2017, observa que la atribución del uso de la vivienda familiar cuando los hijos son menores de edad en función de su interés, no siendo posible fijar prematuramente en la sentencia que la atribución del citado uso se prolongue más allá de la mayoría de edad, hasta la independencia económica[12].

La textualidad del art. 96. 1 queda definida- "En defecto de acuerdo de los cónyuges aprobado por la autoridad judicial, el uso de la vivienda familiar y de los objetos de uso ordinario de ella corresponderá a los hijos comunes menores de edad y al cónyuge en cuya compañía se queden, hasta que todos aquellos alcancen la mayoría de edad. Si entre los hijos menores hubiera alguno en situación discapacidad que hiciera conveniente la continuación en el uso de la vivienda familiar después de su mayoría de edad, la autoridad judicial determinará el plazo de duración de ese derecho en función de las circunstancias concurrentes. 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 equipararán a los hijos menores que se hallen en similar situación".

La nueva redacción salva la indefinición contemplada con anterioridad en referencia a los criterios para la atribución del uso de la vivienda familiar, por cuanto literalidad del precepto no se refería a los hijos menores ni al cónyuge custodio[13]. No obstante, y así se ha defendido, tampoco otros artículos del CC como el 90.2, 92 y 93.1, nada especifican y no parece ser discutido el que se refieran únicamente a los menores.[14]

Del mismo modo y acogiendo, lo que en definitiva resuelve la reforma, se hacía notar la especial consideración que en el texto legal, se le otorgaba a los alimentos referidos a los hijos menores de edad, respecto a aquellos que ya han adquirido

12 Curiosa cuanto menos STS 23 enero 2017 (EDJ 2017/3510), haciendo referencia al vacío legal en materia de atribución de la vivienda familiar en supuestos de guarda y custodia compartida, al no encontrarse los hijos en compañía de uno solo de los progenitores sino de los dos, que hace deba aplicarse analógicamente el párrafo segundo del art. 96 CC (EDL 1889/1), aun cuando aboga por el interés sin duda más prevalente que es de los menores a una vivienda adecuada a sus necesidades, y que se identifica a la que fue vivienda familiar hasta la ruptura del matrimonio. En todo caso el interés superior del menor solo alcanzaría hasta la mayoría de este.

13 La redacción 96,1 CC antes de la reforma 2 de junio de 2021 : " En defecto de acuerdo con los cónyuges aprobado por el juez, el uso de la vivienda familiar y los objetos de uso ordinario en ella corresponden a los hijos y al cónyuge en cuya compañía queden".

14 Cuena Casas, M.: "El régimen jurídico de la vivienda familiar", en AA.VV.: *Tratado de Derecho de Familia* (coord. M. Yzquierdo Tolsada y M. Cuena Casas), Aranzadi, Cizur Menor (Navarra) 2022, pp. 275-442.

la mayoría de edad, y entre ellas la prevista en el párrafo primero del art. 149 CC, donde se prevé que " El obligado a prestar alimentos podrá a su elección satisfacerlos o pagar la pensión que se fije, o recibiendo y manteniendo en su propia casa al que tiene derecho a ellos"[15]

Por tanto, en el primero de los párrafos del articulo 96 CC, viene a contemplar en primer lugar, no existiendo acuerdo entre los progenitores, la atribución del uso de la vivienda que fue conyugal, habiendo hijos comunes menores o en situación de discapacidad y en atención a que queden en compañía de uno de los progenitores, en cuyo caso deben asignarse a este como cónyuge custodio.

De acuerdo con lo estipulado en este apartado del artículo, y con la doctrina del TS (entre otras. la STS 24 junio 2020[16]), el ordenamiento no permite establecer ninguna limitación en la atribución del uso de la vivienda familiar a los menores mientras estos sigan siéndolo, pues con ello se cumple con el principio de protección del interés superior del menor, en aplicación del art. 2 de la Ley Orgánica de Protección del Menor (LO 8/2015) y basando esta resolución en la defensa de que, entre los alimentos que debe prestar el progenitor a favor del hijo menor o en situación de discapacidad, está el de habitación (art. 142 CC), y por ende el derecho al uso de la vivienda está incluido en el de alimentos que forma parte del contenido de la patria potestad (art. 154.2.1 CC), y ello porque la pensión del articulo 142 CC no comprende solo el concepto de habitación, sino también el de sustento, vestido, asistencia médica y educación, por lo que relacionando el contenido de lo que ha entenderse como alimentos y como concreción del principio favor filii, el número primero del articulo 96 CC atribuye el uso de la vivienda familiar a los hijos menores y de manera reflejada o derivada al cónyuge en cuya compañía se queden.

Y esta atribución del uso de la vivienda a los hijos menores, y continuando con doctrina consolidada del Tribunal Supremo, no puede ser limitada por el Juez, salvo lo dispuesto en el art. 96 CC, por lo que no es posible atribuir en una resolución judicial un uso limitado en el tiempo de la vivienda familiar a favor del hijo menor y del progenitor custodio, porque una interpretación correctora del artículo que permitiera la atribución por tiempo limitado de la vivienda habitual, podría implicar una vulneración de los derechos de los menores y que la Constitución de 1978 incorporó al ordenamiento jurídico español en sus arts. 14 y 39. Esta

15 García Mayo, M.: "El uso de la vivienda familiar a la luz del nuevo artículo 96 del CC", en AA.VV.: *Viviendas y colectivos Vulnerables* (dir. M. D. Cervilla Garzón e I. Zurita Martín), Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2022, pp. 229-296.

16 STS 24 junio 2020 (EDJ 2020/589453). 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 la norma. Por consiguiente, la norma no permite establecer ninguna limitación a la atribución del uso de la vivienda a los menores mientras sigan siéndolo, puesto que 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, que deberá a su vez ser controlado por el juez.

protección y asistencia debida a los hijos menores, por tanto, ha de entenderse como incondicional y derivada directamente del mandato constitucional, cuestión que, aun adelantándonos podemos afirmar que no ocurre igual en los casos de mayores de edad.

Como se ha dicho, hasta la reforma llevada a cabo por la Ley 8/2021, dado que el artículo no utilizaba el término " menor", podría amparar el defenderse la hipótesis de que en el texto se estaba haciendo mención también a los mayores de edad no independientes económicamente, con el argumento de que también son titulares de un derecho de alimentos; las discusiones doctrinales que se suscitaban sobre si la protección dada por el ordenamiento jurídico en referencia al uso de la vivienda familiar, se extendía al mayor de edad, de tal forma que se entendiera que la circunstancia de alcanzar la mayoría de edad, no le privara a él mismo, y al progenitor con el que pudiera convivir, el seguir usando la vivienda otrora conyugal.

No obstante, estos debates de los agentes jurídicos, el Tribunal Supremo ha venido entendiendo que a diferencia de lo que ocurre con los hijos menores, no cabe vincular el derecho de uso de la vivienda familiar con la prestación alimenticia prevista en el art. 93.2 CC, respecto a los hijos mayores que convivan en el domicilio familiar y carezcan de ingresos propios. Porque a diferencia de lo que ocurre con los hijos menores, la prestación de los mayores ha de fijarse por expresa remisión legal, a lo dispuesto en los arts. 142 y siguientes CC, que regulan los alimentos entre parientes y admitiría por tanto su satisfacción de dos formas distintas, bien incluyendo a la hora de cuantificarla la cantidad indispensable para la habitación o bien recibiendo y manteniendo en su propia casa al sujeto de este derecho.

Y siguiendo con la argumentación, el hecho que la prestación alimenticia y de habitación del hijo mayor aparezca desvinculada del derecho a usar de la vivienda familiar mientras se es menor de edad, ha de traducirse en que una vez alcanzada la mayoría de edad, la subsistencia de la necesidad de habitación del hijo no resulte factor determinante para adjudicarle el uso de aquella, siendo la conclusión de que el mayor de edad con derecho a alimentos regulados por el art. 142 y siguientes CC, no podrá alegar el derecho a obtener una parte de esos alimentos mediante la atribución del uso de la vivienda familiar con exclusión del otro progenitor con el que no conviva; y ello siempre y desde la modificación llevada a cabo por la Ley 8/ 2021 de 2 de junio de modo expreso en el párrafo segundo del número 1 del articulo 96 CC, salvando los supuestos en los que el mayor de edad se encuentre en situación de discapacidad que hiciera conveniente la continuación en el uso de la vivienda familiar, equiparándose por tanto a los hijos menores que se hallen en similar situación.

Cuando los hijos son mayores de edad, aunque sean dependientes económicamente, la atribución del derecho de uso se regirá por las normas relativas a los alimentos entre parientes y de acuerdo con lo dispuesto en el art. 146 CC, lo que significa que solo se les asignará durante un plazo determinado y si se demuestra que se hallan en una situación objetiva de necesidad que no les sea imputable, y que justifique que los padres deban prestarles alimentos, entre ellos la habitación, a través del uso de la vivienda familiar junto con el progenitor con el que conviven. No obstante, el plazo, aunque determinado no va a impedir que pueda ser prorrogado, una vez vencido en atención a las circunstancias del caso, del mismo modo que podrá ser extinguido de forma anticipada. A diferencia de lo anterior, en el caso de los menores de edad la atribución del derecho de uso de la vivienda a ellos y al progenitor con el que conviva, es consecuencia necesaria del deber de asistencia que pesa sobre los titulares de la patria potestad, por lo que dicha atribución no podrá realizarse con carácter temporal, sino que el derecho de uso durará en tanto persista su minoría de edad, no sea modificado el régimen de custodia ni las circunstancias que determinaron la atribución del uso.

La STS 17 julio 2023, confirma que la atribución del uso de la vivienda familiar a los hijos menores, es "una manifestación del principio del interés del menor, que no puede ser limitada por el juez, salvo determinada por el art. 96 CC, no permitiéndose establecer ninguna limitación mientras sigan siéndolo porque el interés por el que se protege, no es la propiedad sino los derechos que tiene el menor en una situación de crisis de pareja, salvo los pactos de los progenitores, que deberán a su vez ser controlados por el Juez. Y una interpretación correctora de esta norma permitiendo la atribución por tiempo limitado de la vivienda habitual, implicaría la vulneración de los derechos que la Constitución incorporó al ordenamiento jurídico español en sus arts. 14 y 39 desarrollados posteriormente por la Ley Orgánica de Protección jurídica del menor"[17] y en base a esa corriente y la diferencia entre los hijos mayores y menores se centran en la diferencia de tratamiento legal que reciben unos y otros, ya que mientras la protección debida a los menores ha de entenderse incondicional y se deriva directamente del mandato constitucional, lo que no ocurren en el caso de los mayores, pero además existe una clara imposibilidad de vincular el derecho de uso de la vivienda familiar con la prestación alimenticia a favor de los mayores contemplada en el citado precepto, la cual comprende el derecho de habitación o bien recibiendo y manteniendo en su propia casa al que tiene el derecho. Pese a los argumentos de la referida sentencia, la justificación para no considerar incluidos a los hijos mayores, como beneficiarios de la medida, es aún más fácil, si atendemos al fundamento de la finalidad del

17 STS 17 julio 2023 (EDJ 2023/632351): "Se declara la doctrina que procede aplicar, y que es la iniciada con la sentencia 671/2012 5 de noviembre, y que luego ha sido reiterada por otras muchas entre otras STS 341/2020 2 de junio, 351/2020 24 junio y 861/2021 13 diciembre".

derecho de uso de la vivienda familiar, que no es otra que proteger al más débil en la medida que tiene un marcado carácter asistencial[18].

Todo lo dicho, no implica que los Tribunales en el caso de hijos mayores dependientes económicamente, determinen la atribución del uso al progenitor con el que convivan, por ser el de este, el interés más digno de protección; atribuciones que habrán de ser resueltas en cada caso, lo que va a evitar por lado y en definitiva un automatismo no deseable en las resoluciones judiciales. En este sentido la STS 5 septiembre 2011, confirma que mientras que la protección y asistencia debida a los hijos menores es incondicional y deriva directamente del mandato constitucional, "no ocurre igual en el caso de los mayores, salvo que una Ley así lo establezca"[19].

La reforma que entró en vigor el 3 de septiembre del 2021, si hace especial mención a la minoría de edad de los hijos comunes, por tanto, de existir hijos mayores dependientes y de acuerdo con lo previsto en el párrafo tercero del número 1 del relacionado artículo habrá de entenderse que:

"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 Titulo VI de este libro, relativo a los alimentos entre parientes"

Y en base a ello, podría darse avalada la doctrina anterior, en referencia a que al regularse los alimentos de los hijos mayores de edad, por lo dispuesto en los arts. 142 y siguientes CC, la atribución del uso de la vivienda familiar ha de hacerse al margen de lo dispuesto sobre alimentos que reciba el hijo mayor, y salvo situación de discapacidad al tiempo de la nulidad, separación o divorcio y que hiciera conveniente la continuación en el uso de la vivienda, habría de aplicarse en realidad el número 2 del articulo 96 CC, según el cual: "No habiendo hijos, podrá acordarse de que el uso de tales bienes corresponda al cónyuge no titular por el tiempo que prudencialmente se fije siempre que, atendidas las circunstancias, lo hicieran aconsejable y su interés fuera el más necesitado de protección".

Como ha reiterado la doctrina jurisprudencial menor [20], en los supuestos en los que los hijos fruto de la relación matrimonial son mayores de edad, el criterio

18 Rubio Torrano, E.: "El interés más necesitado de protección entre la atribución del uso de la vivienda familiar", *Aranzadi Civil-Mercantil. Revista Doctrinal* (8), 2011, pp. 11-13.

19 STS 5 septiembre 2011 (EDJ 2011/226238): "que la prestación alimenticia y de habitación a favor del hijo mayor aparezca desvinculada del derecho a usar la vivienda familiar mientras sea menor de edad, se traduce en que una vez alcanzada la mayoría de edad, la subsistencia de la necesidad de habitación del hijo no resulte un factor determinarte para adjudicarle el uso de aquella, puesto que dicha necesidad del mayor habrá de ser satisfecha a la luz de los artículos 142 y siguientes CC, en el entendimiento de que la decisión del hijo mayor sobre con cuál de los padres quiere convivir, no puede considerarse como si el hijo mayor de edad ostentase algún derecho de uso sobre la vivienda familiar, de manera que dicha elección conllevara la exclusión del otro progenitor del derecho a la utilización de la vivienda que le pudiera corresponder".

20 SAP Asturias 10 diciembre 2020 (EDJ 2020/803329).

prioritario para la atribución del uso de la vivienda familiar, será el determinado por el párrafo 3º y no párrafo 1º del art. 96 CC, en base al criterio jurisprudencial de que " la atribución del uso de la vivienda familiar en el caso de existir hijos mayores de edad, ha de hacerse a tenor de lo dispuesto en el art. 96 CC, que permite adjudicarlo por el tiempo que prudencialmente se fije a favor del cónyuge cuando las circunstancias lo hicieren aconsejables, y su interés fuera el más necesidad de protección", criterio reiterado entre otras en las SSTS 30 marzo 2012[21] y 30 de marzo del 2016[22], por lo que debe considerarse correcto que la vivienda se atribuya con carácter temporal normalmente hasta la liquidación de la sociedad de gananciales".

En todo caso, es de resaltar que, en los últimos años, incluso con anterioridad a la reforma del año 2021, va surgiendo una corriente doctrinal que entiende más que conveniente, necesario el flexibilizar la rigurosidad que queda plasmada en el número 1 del art. 96 CC, y por ende admitiendo en no pocas resoluciones que, la quiebra de la conexión entre la guarda y custodia y el uso de la vivienda familiar a la hora de conectar esta medida con la prestación de alimentos.

Y el espíritu de esa corriente intenta conciliar por un lado la protección del interés superior del menor con los intereses patrimoniales de sus progenitores, cuyas situaciones económicas pueden resultar devastadas con la aplicación rigurosa y taxativa del primer número del art. 96 del texto legal. [23]Es relativamente frecuente que el cónyuge- progenitor no custodio se encuentre en la tesitura no solo de salir del que ha sido su domicilio habitual, buscando necesariamente una solución habitacional, sino además abonar las pensiones por alimentos, e incluso y no es poco habitual los pagos hipotecarios de la vivienda que no ocupa. En la práctica y cada vez con mayor asiduidad, nos encontramos con padres que vuelven a su adolescencia, a convivir a su vez con sus padres, lo que además no deja de resultar problemático también, en las situaciones de las visitas y relaciones paternofiliales con los hijos de los que no tiene la custodia. Es por ello que desde esta novedosa perspectiva la atribución del uso de la vivienda familiar, no va a considerarse como medida automática derivada de la concesión a un progenitor de la guarda y custodia de los hijos menores; asumiéndose igualmente no ser contrario a la

21 STS 30 marzo 2012 (EDJ 2012/59909). Se declara que "no existiendo menores debe atribuirse excepcionalmente al cónyuge no titular. La Sala declara que las hijas no tienen la titularidad del derecho de uso respecto de la vivienda. No cabe vincular el derecho de uso de la vivienda con la prestación alimenticia. La convivencia de la madre con las hijas mayores no es un interés digno de protección, y en el caso de que necesiten alimentos, el obligado al pago puede decidir donde proporcionarlos…".

22 STS 30 marzo 2016 (EDJ 2016/30627): " ..Que la prestación alimenticia y de habitación a favor del hijo mayor aparezca desvinculada del derecho de usar la vivienda familiar mientras sea menor de edad, se traduce en que una vez alcanzada la mayoría de edad, a subsistencia de la necesidad de habitación del hijo no resulte factor determinante para adjudicarle el uso de aquella, puesto que dicha necesidad del mayor de edad, habrá de ser satisfecha a la luz de los artículos 142 y siguientes CC…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.".

23 Blandino Garrido, M.A: "La contribución a las necesidades de los hijos", cit. pp. 5.

norma su interpretación en la que se va a limitar temporalmente el derecho de uso. Siendo en todo caso exigible que la necesidad habitacional del hijo menor quede asegurada, considerando de forma expresa que han de ser compatibles los derechos del menor siempre y en todo caso prevalente, con los derechos patrimoniales de sus padres[24]

III. ATRIBUCION DEL USO DE LA VIVIENDA FAMILIAR EN CUSTODIAS COMPARTIDAS.

La Ley 15/2005 de 8 de Julio por la que se modificaba una parte importante del CC y de la LEC en materia de separación y divorcio, se introduce de forma expresa la guarda y custodia compartida, a través de la modificación del art. 92 CC. Esta ley no hizo más que responder a las nuevas necesidades sociales, y a la nueva forma de entender y sentir no solo la maternidad, sino la paternidad y se patentizó en los tribunales por un incremento en la interposición de procedimientos solicitando la custodia compartida, lo que viene a plantear un problema a la casi automática atribución de la vivienda familiar al cónyuge custodio, por cuanto los hijos no quedan en compañía de uno de los progenitores sino de los dos.[25]

Es necesario en primer lugar asumir que el art. 96.1 CC, y pese a la cada vez más habitual guarda y custodia compartida, presupone en su literalidad el establecimiento del régimen de custodia monoparental al determinar que " el uso de la vivienda familiar… corresponderá a los hijos comunes menores de edad y al cónyuge en cuya compañía se queden". En realidad, en el momento en que fue redactado el antiguo art. 96 CC, podría entenderse coherente con la general idea contraria a la guarda y custodia compartida por parte del legislador entendiendo como la mayoría de los Tribunales que era la madre, quien podía ejercer esa función con especial dedicación y casi por su propia naturaleza; concepción que se ponía de manifiesto en la ausencia a cualquier tipo de referencia a la custodia compartida, hasta la Ley del 2005 de 8 de julio, por la se concedió la posibilidad de que pudiera ser otorgada la custodia compartida " cuando así lo solicitasen los padres en la propuesta de convenio regulador o alcanzasen ese acuerdo en el transcurso del procedimiento". E incluso se otorgaba al juez la posibilidad (apartado 8 del art. 92 CC), de acordar la custodia en un procedimiento contencioso, siempre que se entendiera la mejor forma de protección del menor, en base al favor filii, y fuese solicitado por uno de los cónyuges, y con el informe favorable del Ministerio Fiscal[26] y procurando no separar a los hermanos.

24 STS 20 noviembre 2018 (EDJ 2018/638790): " el interés superior del menor no puede desvincularse absolutamente del interés patrimonial de sus progenitores, cuando es posibles conciliarlos".

25 Pardo Pumar, M.J: " La atribución del uso de la vivienda en supuestos de guarda y custodia compartida: análisis de la doctrina jurisprudencial", *Estudios Institucionales,* 2019, vol. VI, núm. 10, pp. 7-20.

26 STC 185/2012, de 17 octubre (RTC 2012/185). Por la que se estima la cuestión de inconstitucional y, en consecuencia, se declara inconstitucional y nulo el inciso " favorable" contenido en el art. 92.8 del CC, según la redacción dada por la Ley 15/2005, de 8 de julio.

A pesar de los estrictos términos previstos en el art. 92 CC, una consolidada corriente doctrinal ha venido extendiendo progresivamente la adopción de este sistema, que en la actualidad ya no se califica de excepcional, sino por el contrario una figura incluso deseable; y por ello generalizada a custodia compartida, la experiencia ha demostrado que la atribución del uso rotatorio o alterno de la vivienda familiar-la llamada casa nido-, es una medida que ha demostrado tener más inconvenientes que ventajas. De tal forma que el TS viene descartando el sistema por cuanto lo entiende como no compatible con la capacidad económica de los progenitores obligados a tener " tres viviendas", unido a la posible conflictividad que añadiría el buen mantenimiento de la vivienda común[27].

Podría pensarse que tras la reforma llevada a cabo del articulo 92 CC por la Ley 15/2005 de 8 de julio debería haber dado lugar a algún tipo de mención en el articulado la ley sustantiva, en relación a los criterios a seguir por el Juzgador para la atribución del uso de la vivienda familiar cuando la custodia de los hijos es la compartida, pero lo cierto es que ni antes ni después de la reforma llevada a efecto a través de la Ley de 2 de junio de 2021, en el art. 96 ni en ningún otro, hay algún tipo de regulación al respecto, lo que vendría a suponer un tanto en " la casilla del debe" de la Ley 8/2021, por cuanto se ha perdido una oportunidad de regular un asunto que tal y como muestran las estadísticas, es de plena actualidad; sin poder olvidar, y así se demuestra cada día en los tribunales que habiendo un número importante de procedimientos de separación y divorcios en los que no se consigue que los cónyuges lleguen a acuerdos que den lugar a instar la vía consensuada, y por el contrario se entregan a largos procedimientos en una lucha por contrapuestos intereses que se prolongan durante años y sirviendo de prueba la práctica forense donde la atribución del uso de la vivienda familiar una de las cuestiones más conflictivas.

Asumida la guarda y custodia compartida, pero desaconsejado el uso rotatorio de la vivienda familiar, en los supuestos en que no puede conseguirse el acuerdo de los progenitores en cuanto a la adscripción de la vivienda a los menores- supuestos a los que se ha categorizado como casa nido-, se ha propuesto que aquel de los progenitores que por razones objetivas, sean económicas, de salud, o simplemente por ser titular o no disponer del uso de otra o tenga más dificultades de poder acceder a otra vivienda, que cuente además con las condiciones necesarias para ejercer la custodia durante los periodos que le correspondan, será a quien se le otorgue el uso de la vivienda familiar, aunque la adjudicación no lo sea de forma indefinida, sino temporal, y por tanto de forma similar a los supuestos establecidos por el art. 96 para aquellos cónyuges de matrimonios sin hijos; es decir habrá de

27 STS 5 abril 2019 (EDJ 2019/564270). Se confirma en relación con la custodia compartida, que el uso de la vivienda familiar a ambos progenitores, cuando no es compatible con su capacidad económica y el buen mantenimiento de la vivienda común pueda ser causa de conflictividad.

aplicarse el número 2 del art.: "no habiendo hijos, podrá acordarse de que el uso de tales bienes corresponda al cónyuge no titular por el tiempo que prudencialmente se fije siempre que, atendidas las circunstancias, lo hicieran aconsejable y su interés fuera el más necesitado de protección"[28].

Dada la inexistencia se regulación, el único criterio aplicable, es que en el caso de custodia compartida, será el juez el que decida pero sin pautas prefijadas por el legislador, aunque la lógica determina que habría de aplicarse en esos supuestos y a falta de acuerdo entre los progenitores, lo dispuesto en número 2 del relacionado artículo, y por tanto será la salvaguardia del interés del progenitor más necesitado de protección el criterio decisivo, salvo que el interés preferente de los hijos aconseje que no salgan de la vivienda familiar y que sean los progenitores los que alternativamente lo hagan.

La STS 6 julio 2020[29] viene a confirmar en referencia a la atribución del derecho de uso de la vivienda familiar en los supuestos de guarda compartida sobre los hijos menores, que la regla aplicable, es el párrafo cuarto del número 1 del articulo 96 CC, que regula el supuesto que, " cuando alguno de los hijos quede en compañía de uno de los cónyuges y los restantes en la del otro, la autoridad judicial resolverá lo procedente". Textualidad del articulo prácticamente idéntica a la existente con anterioridad a la reforma del año 2021, afirmándose entonces 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". En todo caso, antes y ahora esta norma obliga a los Tribunales a llevar a cabo una a labor de ponderación de las circunstancias concurrentes en cada caso, con especial atención a dos factores como son, y en primer lugar la búsqueda del interés más necesitado de protección, que no es otro que aquel que permite compaginar los periodos de estancia de los hijos con sus dos padres. En segundo lugar, el hecho de verificar si la vivienda que constituye el domicilio familiar es privativa de uno de los cónyuges, de ambos o pertenece a un tercero; y en ambos supuestos con la posibilidad de imponer la

28 En este sentido, STS 22 septiembre 2017 en cuanto afirma que " cuando se valora que no existe riesgo de poder en peligro el régimen de custodia compartida, pues el progenitor está en condiciones, por su situación económica, de proporcionar una vivienda adecuada a sus necesidades el criterio de la sala es que no procede hacer la atribución indefinida de uso de la que fue vivienda familiar y deben amortizarse los intereses contrapuestos, el del titular (o cotitular) de la vivienda y el de los hijos a relacionarse con el otro en una vivienda. La STS 3 enero 2022, atendiendo a las circunstancias concurrentes, entiende que no procede la fijación de un plazo exiguo de tres meses para la atribución del uso a la madre, y aprecia que la recurrente de tres meses para la atribución del uso a la madre y aprecia que la recurrente podía mantener el uso de la vivienda familiar hasta la venta o liquidación de la sociedad de gananciales.

29 STS 6 julio 2020 (EDJ 2020/592987): La atribución del uso de la vivienda familiar, en supuestos de custodia compartida de los hijos menores. La Sala determina que para contribuir el uso de la vivienda familiar a uno de los progenitores en caso de custodia compartida sobre los hijos menores ha de realizarse un juicio ponderativo de las circunstancias concurrentes en cada caso, atendiendo en primer lugar al interés más necesitado de protección, siendo éste el que permite compaginar los periodos de estancias de los hijos con sus padres, y en segundo lugar, al carácter privativo, común o de un tercero de la vivienda familiar, pudiendo, además, establecer un límite temporal en atribución del uso.

fijación temporal en la atribución del uso, similar a la que se establece en el párrafo tercero para los matrimonios sin hijos.

Ya la STS 20 febrero 2018[30] establecía, y haciendo referencia a otra sentencia anterior STS 22 septiembre 2017, que "el articulo 96 CC establece los criterios que debe tener en cuenta el juez para atribuir el uso de la vivienda y ajuar familiar en caso de que no exista acuerdo de los progenitores o que el acuerdo no supere el control de lesividad a que se refiere el art. 90.2 CC. Pero el articulo 96 no contempla el caso de que se haya acordado la custodia compartida. En ausencia de una previsión legal, la Sala ha declarado que no procede la aplicación del primer párrafo del art. 96 CC, dado que los hijos no quedan en compañía exclusiva de uno de los progenitores y ha venido entendiendo que debe aplicarse por analogía el párrafo segundo del articulo 96 CC del que resulta que, en defecto de acuerdo de los cónyuges "el juez resolverá lo procedente".

Por tanto, queda confirmada como doctrina jurisprudencial, y que ha sido asumido por la reforma llevada a cabo por la Ley 5/2021 de 2 de junio, que, en casos de custodia compartida, es posible la atribución del uso de la vivienda a aquél de los progenitores que por razones objetivas tenga más dificultad de acceso a una vivienda (por no ser titular o disponer del uso de ninguna otra, menores ingresos), para que de esta forma pueda llevarse a cabo la convivencia durante los periodos en los que le corresponde a los hijos en su compañía.

IV. CONCLUSIONES.

Como corolario de este estudio, podría afirmarse que la interpretación del articulo 96 CC dada las lagunas que el texto incluso mantiene con la reforma, ha dado lugar a continuas y contradictorias interpretaciones tanto doctrinales como jurisprudenciales, lo que conlleva una falta de seguridad jurídica que claramente no merece un tema de tal vital transcendencia para las familias y para su derivación en la norma.

Sería más que conveniente, necesario el efectuar algunas precisiones en el texto para evitar automatismos en los casos en los que se atribuya la vivienda familiar a los hijos menores y al progenitor en cuya compañía se queden, al no prever la posibilidad ni lejanamente de poder atribuir la vivienda familiar al progenitor no custodio en el caso de que su situación haga más difícil el poder acceder a otra vivienda, y teniendo el cónyuge custodio recursos suficientes para proteger el derecho de los hijos menores.

30 STS 20 febrero 2018 (EDJ 2018/9567): En los supuestos de establecimiento de una custodia compartida es posible la atribución del uso de la vivienda a aquél de los progenitores que por razones objetivas tenga más dificultad de acceso a una vivienda para que esta forma puede llevarse a cabo la convivencia durante los periodos en los que corresponda tener a los hijos en su compañía.

Del mismo modo, debería regularse de forma más precisa la referencia a la atribución de la vivienda familiar en los casos de custodia compartida, por cuanto el criterio o mejor la falta de criterio da lugar a un término de atribución ambiguo, al indicar que el juez atenderá a "*lo procedente".* Sería más claro y evitaría dudas, el incluirse como criterio a atender por el Juez, el concepto del interés más necesitado de protección, que es además el que al que se alude de forma abstracta y sustituir así el actual criterio, apuntándose además que, entre los factores a atenderse por el juez para determinar ese interés, aquellos como los recursos económicos del grupo familiar, el número de hijos que quedan con el otro progenitor, la edad de los hijos, la salud de los hijos y en su caso de los cónyuges, y la posible disponibilidad de otras viviendas.

Tampoco existe en el precepto, la regulación de cuales podrían ser los criterios por aplicar en los supuestos de custodia compartida, y ello en referencia a las dos posibles modalidades de llevar a cabo este tipo de custodia, bien que los hijos permanezcan en la vivienda familiar y sean los padres los que se alternen en las mismas o que uno de los cónyuges permanezca en la vivienda y sean los hijos los que se desplacen. La respuesta nuevamente está en la jurisprudencia que entiende que la primera de las modalidades es una "medida gravosa para los cónyuges" y si se prolonga durante un largo periodo se convierte en una fuente segura de conflictos y que es la segunda opción, esto es la que uno de los cónyuges continua en la vivienda, y son los hijos los que se desplazan a los respectivos domicilios, tal vez el mejor sistema porque con esta modalidad se evitan conflictos que repercuten negativamente en los hijos.

En todo caso, resulta innegable que, a la hora de decidir sobre la atribución del uso de la vivienda familiar, el juez o tribunal ha de tener presente siempre el llamado interés supremo del menor, pero ello sin que implique obviar otros derechos, el de los progenitores que harán de ser ponderados, precisamente para evitar posibles incumplimientos e incluso posibles delitos.

BIBLIOGRAFIA

Blandino Garrido, M.: "La contribución a las necesidades de alojamiento de los hijos a través de los alimentos", en AA.VV.: *Viviendas y colectivos Vulnerables* (dir. M. D. Cervilla Garzón e I. Zurita Martín), Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2022.

Chaparro Matamoros, P.: "La relativización del interés del hijo menor de edad a continuar residiendo en la vivienda familiar tras la crisis de sus progenitores", en AA.VV.: *Vivienda y colectivos vulnerables* dir. M. D. Cervilla Garzón e I. Zurita Martín), Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2022.

Chaparro Matamoros, P.: "La atribución del derecho de uso de la vivienda familiar", en AA.VV.: *GPS Familia* (dir. J.R. De Verda Beamonte), Tirant lo Blanch, Valencia, 2023.

Cuena Casas, M.: "El régimen jurídico de la vivienda familiar", en AA.VV.: *Tratado de Derecho de Familia* (coord. M. Yzquierdo Tolsada y M. Cuena Casas), Aranzadi, Cizur Menor (Navarra) 2022.

Díaz Martínez, A.: " De los efectos comunes a la Nulidad, Separación y Divorcio. Artículo 96", en AA.VV.: *Comentarios al Derecho Civil, Tomo I* (coord. R. Bertoviz Rodríguez) , Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.

Gallardo Rodríguez, A. "Principales novedades del artículo 96 del CC tras la reforma del 2021", *Diario La Ley* (n. 9990), 2022.

García Mayo, M.: "El uso de la vivienda familiar a la luz del nuevo artículo 96 del CC", en AA.VV.: *Viviendas y colectivos Vulnerables* (dir. M. D. Cervilla Garzón e I. Zurita Martín), Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2022.

Martínez Calvo, J.: "La extinción del derecho de uso de la vivienda familiar como consecuencia de la convivencia con un tercero. Reflexiones a la luz de la reciente jurisprudencia el Tribunal Supremo", *Revista de Derecho Civil*, *VI(3*), 2019.

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

Rubio Torrano, E.: "El interés más necesitado de protección entre la atribución del uso de la vivienda familiar", *Aranzadi Civil-Mercantil. Revista Doctrinal* (8), 2011.

DERECHO AL PATRIMONIO E INTEGRIDAD PERSONAL BAJO AMENAZA: EFECTIVIDAD DE LAS ESTRATEGIAS DEL SISTEMA DE JUSTICIA

RIGHT TO PROPERTY AND PERSONAL INTEGRITY UNDER THREAT: EFFECTIVENESS OF THE JUSTICE SYSTEM'S STRATEGIES

Rev. Boliv. de Derecho Nº 37, enero 2024, ISSN: 2070-8157, pp. 574-595

Jose Alberto
PEÑA DIAZ

ARTÍCULO RECIBIDO: 12 de noviembre de 2023
ARTÍCULO APROBADO: 4 de diciembre de 2023

RESUMEN: La ciudadanía vive en el permanente acecho de su integridad personal y patrimonial. El crimen organizado avanza de modo indetenible y por ello, se requiere, desde la academia, plantear insumos para un análisis y comprensión más integral y estratégico. El presente estudio aporta en ello, además de contrastar la experiencia comparada de diversos países de América Latina, se precisan los avances y desafíos que permitan optimizar las estrategias del sistema de justicia.

PALABRAS CLAVE: Derecho al patrimonio; integridad personal; sistema de justicia; percepción ciudadana.

ABSTRACT: *Citizens live in a permanent stalking of their personal and patrimonial integrity. Organized crime advances unstoppably and therefore, it is necessary, from the academy, to provide inputs for a more comprehensive and strategic analysis and understanding. This study contributes to this, in addition to contrasting the comparative experience of various Latin American countries, it specifies the progress and challenges that allow optimizing the strategies of the justice system.*

KEY WORDS: *right to property; personal integrity; justice system; citizen perception.*

SUMARIO.- I. INTRODUCCIÓN.- II. ALCANCE JURÍDICO DEL DERECHO AL PATRIMONIO E INTEGRIDAD PERSONAL.- III. DERECHO AL PATRIMONIO E INTEGRIDAD PERSONAL BAJO AMENAZA: HABLAN LAS CIFRAS Y LAS PERCEPCIONES CIUDADANAS.- IV. EFECTIVIDAD DE LAS ESTRATEGIAS DEL SISTEMA DE JUSTICIA EN EL RESGUARDO DEL DERECHO AL PATRIMONIO E INTEGRIDAD PERSONAL.- V. LECCIONES DE LAS ESTRATEGIAS DEL SISTEMA DE JUSTICIA DESDE EL DERECHO COMPARADO.- VI. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES.

I. INTRODUCCIÓN.

La complejidad y la rapidez en los estilos de vida contemporáneo se evidencia también en la comisión de los delitos, del fenómeno de la criminalidad organizada y de la delincuencia común. Hoy en día, la delincuencia es un modus vivendi de muchas organizaciones y personas al margen de la ley[1]. Si ya desde hace décadas atrás estos eran problemas inmanejables para las autoridades competentes, con el uso de las tecnologías, los medios informáticos y la sofisticación de los recursos operativos y logísticos se han hecho mucho más alarmantes. La ciudadanía percibe que ya no puede sentirse segura en las ciudades, en las calles, en los centros comerciales ni en los lugares a donde acude para realizar alguna gestión. Todo espacio resulta amenazante y peligroso para su tranquilidad, integridad y patrimonio. Es así que el presente estudio tiene como objetivo evaluar la efectividad de las estrategias del sistema de justicia a través de sus operadores principales: fiscales, policías y jueces. Desde un análisis de fuente documental (legislación, doctrina y jurisprudencia) se contrastará la data estadística referida al fenómeno de la criminalidad y delincuencia que afecta el derecho al patrimonio e integridad personal. Esto nos permitirá identificar las limitaciones, deficiencias y desafíos de los operadores de justicia para, a partir de allí, plantear propuestas y recomendaciones viables que permitan garantizar a las personas y a la comunidad el ejercicio pleno de sus derechos.

II. ALCANCE JURÍDICO DEL DERECHO AL PATRIMONIO E INTEGRIDAD PERSONAL.

En el plano teórico, la doctrina y la dogmática penal[2] llega al consenso en señalar que el patrimonio es un bien jurídico de naturaleza económica. Siendo así,

1 Mamani, C.: *El delito de hurto y faltas contra el patrimonio en el tratamiento de la delincuencia común en la política criminal peruana,* Universidad Nacional Amazónica de Madre de Dios, Escuela profesional de Derecho y Ciencias Políticas, 2019, p. 49.

2 La doctrina y la dogmática penal es una ciencia que se propone el estudio del derecho penal vigente, al que toma como un dogma. En relación al delito, su labor central consiste en estructurar en un sistema los

• Jose Alberto Peña Diaz
Fiscal Provincial Penal de la Fiscalía Penal Corporativa de Bagua, Amazonas, Perú. ORCID: 0000-0003-0219-6775. Correo electrónico: josephal1979@gmail.com

se califica al patrimonio como una universalidad jurídica que se representa en la integralidad de los bienes muebles e inmuebles, o de las acciones y valores que componen el activo o pasivo, el debe y el haber de toda persona sea natural o jurídica; que no existe persona que no sea titular de un patrimonio, aunque sus elementos sean siempre desiguales para unos y otros. Además, el patrimonio es asumido como un bien flexible, medible, mutable y transferible. Así las cosas, los actos que reducen dañan o transfieren de modo ilícito el patrimonio de una persona generan hechos punibles y la criminalización de delitos patrimoniales[3].

El patrimonio se constituye en un conjunto de derechos subjetivos. La definición jurídica sobre patrimonio puede ser amplia si se considera que, en cuanto rechaza la consideración de la lesión patrimonial como una afectación del patrimonio en su conjunto, hace difícil apreciar una compensación por la entrada al patrimonio de una contraprestación que, aunque diferente de aquella pactada, sea de valor económico equivalente a lo entregado por quien realiza la disposición patrimonial[4]. Por su parte, la doctrina alemana ha planteado el concepto económico de patrimonio. Es decir, el patrimonio como conjunto de posiciones con valor económico. Dicho, en otros términos, el patrimonio representa la suma de los bienes con valor dinerario de una persona[5]. También forman parte del patrimonio aquellas posiciones fácticas económicamente valiosas, pese a que el ordenamiento jurídico no les otorgue reconocimiento bajo la forma de un derecho subjetivo en sentido estricto[6].

Asimismo, cabe precisar que son diversos los criterios de patrimonio. En la doctrina jurídica las variadas concepciones sobre patrimonio se pueden reducir a tres:

1) Concepción jurídica: El patrimonio es el conjunto de derechos patrimoniales de una persona. Solo se considera elemento integrante del patrimonio aquel que esté reconocido como derecho subjetivo por el orden jurídico. En este caso se hace alusión a los derechos subjetivos, es decir a las posesiones jurídicas que reconoce el ordenamiento jurídico, con respecto a su titular, lo que es objeto de

distintos elementos que lo integran según la ley penal vigente, sistema que tiene por objetivo, según von Liszt, otorgar seguridad a la aplicación de la norma evitando el abuso y la arbitrariedad (citado por Ramos, E.: "La teoría del delito desde von Liszt y Beling a hoy", *Revistas Idearium de la Universidad de Mendoza,* nov. 23, Argentina, 2018, p. 19.

3 LP. Pasión por el Derecho. Delitos contra el patrimonio de las personas: hurto, robo y estafa. Perú, 2022, párrafo 5.

4 Schlack Muñoz, A.: "El concepto de patrimonio y su contenido en el delito de estafa". *Revista Chilena de Derecho*, 35(2), 2008, p. 272.

5 Dreher, E., y Tröndle, H.: Código Penal y leyes subsidiarias, Munich, Verlag C. H. Beck, 45ª ed. revisada, 1991, p. 217.

6 Blei, H.: *Derecho Penal II*. Parte Especial, München, C. H. Beck, 12, Auflage, p. 56, 1983.

tutela son todos aquellos bienes, que dimanan del derecho positivo, al margen de su valorización económica[7].

2) Concepción económica: es el conjunto de bienes y posiciones económicamente valorables de una persona, sin importar que se encuentren o no reconocidos jurídicamente como derechos. Esta variante deja de lado la posición de los "derechos subjetivos" amparados por el ordenamiento jurídico, para ingresar a un terreno puramente económico, esto es, la valuación del bien, en orden a la acreditación del menoscabo patrimonial. De esta forma se pretende dotar de una mayor materialidad, en cuanto al injusto típico se refiere, dando lugar a la exigencia de un disvalor del resultado, que debe expresarse de forma dineraria.

3) Concepción mixta jurídico-económica de patrimonio: la cual es dominante en la doctrina, y creemos que es la que mejor se adecúa a la naturaleza de los delitos que comprende el Código Penal, este paradigma jurídico tiene los siguientes aspectos:

a) Objeto material de un delito patrimonial sólo pueden serlo aquellos bienes dotados de valor económico.

b) Para ser sujeto pasivo de un delito patrimonial no basta con que el sujeto tenga una relación meramente fáctica con la cosa, sino que es preciso que esté relacionado con ella en virtud de una relación protegida por la norma.

c) Por perjuicio patrimonial hay que entender toda disminución, económicamente evaluable, del acervo patrimonial, que jurídicamente corresponde a una persona

No se puede obviar que el patrimonio está constituido por los derechos patrimoniales reconocidos por la norma (derechos subjetivos), sin considerar si tienen o no valor económico. La concepción económica considera, por el contrario, que es el conjunto de bienes con valor económico de los que puede disponer una persona, sin importar si son o no protegidos por la norma. Según la concepción jurídico-económica, predominante en doctrina, se trata de los bienes con valor comercial sobre los cuales un sujeto tiene el poder de disponer bajo el amparo de la norma. Asimismo, se sostiene también un criterio funcionalista, conforme al cual el patrimonio es el conjunto de bienes que se adjudican a una persona en razón de derechos transferibles. Es decir, se trata del poder que se tiene para disponer del conjunto de bienes apreciables económicamente. La adopción de una u otra de la concepción sobre el patrimonio condiciona la interpretación de las disposiciones

7 Peña Cabrera Freyre, A.: *Derecho penal. Parte especial*, reimpresión revisada y actualizada, t. II, IDEMSA, Lima, Perú, 2010, p. 210.

relativas a los delitos contra el patrimonio y, por tanto, también de los delitos contra la propiedad[8].

La doctrina alemana añade que los delitos contra el patrimonio son una acción típica, antijurídica, culpable, amenazada con una pena adecuada y que cumple las condiciones de la amenaza penal[9]. Además, todo delito-tipo se compone de elementos, en parte en la faz externa, que caracterizan el tipo de ilicitud, y en parte en la faz interna, que caracterizan la culpabilidad[10]. Los primeros toman en cuenta la acción corporal, las circunstancias de lugar, tiempo y objeto, y la concurrencia de un estado temporalmente posterior a la acción como resultado, y de aquí se deduce que los delito-tipos son de carácter puramente descriptivo. De este modo, el concepto de culpabilidad asume un sentido estricto, comprensivo tan sólo de la relación subjetiva entre el acto y el autor, que sólo puede ser psicológico, considerándose al dolo y a la culpa como modos de la culpabilidad. Complementando lo anterior se puede sostener que el delito conforme a lo que plantea la dogmática penal es una conducta típica (acción u omisión), antijurídica y culpable[11].

En cuanto al tratamiento legal de los delitos contra el patrimonio se debe mencionar que estos se encuentran regulados en la parte V del Código Penal peruano. Se trata de un sistema de delitos más extensos y diversificados del código sustantivo. Ello se evidencia puesto que abarca once capítulos de dicho Código (artículos 185 al 208), sumando un total de nueve modalidades delictivas distintas. Asimismo, se debe señalar que se trata de uno de los bloques delictivos que incluyen en su normativa una excusa absolutoria que exime de pena a quienes cometan determinados ilícitos patrimoniales en agravio de personas con las cuales mantienen un vínculo familiar cercano y que se encuentra regulado en el artículo 208.

Los delitos contra el patrimonio afectan el patrimonio de una persona, se trata de un bien jurídico y un derecho constitucional plenamente reconocido. Cabe precisar que, si bien en su configuración legal están presentes con frecuencia conceptos y categorías propias del derecho civil o comercial, es necesario precisar

8 Hurtado Pozo, J.: "Delitos contra el patrimonio", *Revista Oficial del Poder Judicial*, Año 4-5, núm. 6 y núm. 7, Lima, 2010-2011, p. 89.

9 Von Beling, E.: *Esquema del Derecho Penal*, versión española de la 11° ed., Buenos Aires, 1944, p. 214.

10 La culpabilidad valora la resolución de la voluntad de la acción, pero no es la voluntad misma. Presupone una determinada voluntad y una determinada acción voluntaria, y en ese sentido el dolo también pertenece a la culpabilidad, por lo que la polémica entre la doctrina de la acción causal y la doctrina de la acción finalista no versa, no obstante, sobre la cuestión de si el dolo pertenece también a la culpabilidad (como su posible portador), sino sólo si pertenece exclusivamente a la culpabilidad. La culpabilidad, para el sistema finalista, tiene, como presupuestos, al libre albedrío y a la imputabilidad, y, como elementos, al conocimiento de la antijuridicidad (que se excluye por un error de prohibición) y la exigibilidad de la obediencia al derecho (Welzel, H.: *El nuevo sistema del Derecho Penal*, versión española de 4° ed., Barcelona, 1964, p. 178).

11 Bustos Ramírez, J.: *Manual de Derecho Penal*, 3ª ed. aumentada, corregida y puesta al día, Editorial Ariel S.A, Barcelona, 1984, p. 134.

que todos estos conceptos se adaptan a las necesidades y mecanismos de protección que el derecho penal construye para salvaguardar el patrimonio ajeno en cualquiera de sus modalidades. Una muestra de esta interdependencia funcional se aprecia cuando el derecho penal otorga al concepto de bien mueble, el cual a diferencia de lo que se regula en el Código Civil peruano, debe flexibilizarse para que se comprenda a toda clase de bienes que pueden ser materia de movilidad, desplazamiento, sustracción y apoderamiento como las aeronaves, las naves, hidrocarburos o la energía eléctrica.

Respecto a la pluralidad de modalidades delictivas contra el patrimonio se identifican los siguientes:

1) El objeto sobre el cual recae la acción delictiva: robos, usurpación, fraude en la administración de personas jurídicas.

2) Según la naturaleza el medio empleado para la ejecución del delito: empleo de violencia (extorsión), el abuso de confianza (apropiación ilícita), mediante destreza y sustracción (hurto) y con aplicación de métodos fraudulentos (estafas).

3) Según el efecto que el delito cometido produce: delitos patrimoniales que generan enriquecimiento como la apropiación ilícita y delitos patrimoniales que no producen enriquecimiento como el daño.

Como se aprecia, estamos pues ante una figura jurídica penal altamente compleja, diversa y sofisticada en muchos casos, por eso mismo requiere de una comprensión precisa, especializada y técnica. No obstante, en cualquiera de sus formas, se trata de un delito estrictamente doloso. Además, que cada ilícito penal está siempre relacionado con el reconocimiento de ciertos derechos reales como la propiedad, posesión, el uso o usufructo legítimos de bienes muebles o inmuebles. A ello se suma que se trata de delitos de resultado, por lo que la tentativa es posible y punible. Asimismo, la realización de algunos delitos patrimoniales, como el hurto y los daños, requieren superar un valor económico determinado (una remuneración mínima vital), caso contrario se constituye en una falta contra el patrimonio, tal como lo estipula el artículo 444 del Código Penal.

Tabla 1:

Tipología de los delitos contra el patrimonio en el Código Penal peruano

Tipo de delito	Artículos en la normativa penal
Hurto	185 a 187
Robo	188 y 189
Abigeato	189A al 189C
Apropiación ilícita	190 al 193
Receptación	194 y 195
Estafa y otras defraudaciones	196 y 197
Fraude en la administración de personas jurídicas	198 y 199
Extorsión	200 y 201
Usurpación	202 al 204
Daños y afines	205 al 207
Excusa absolutoria	208

Demás está decir que los delitos contra el patrimonio afectan la propiedad personal. Para el Derecho Penal, la propiedad no se reduce a la propiedad en el sentido de dominio, es decir, que no solo comprende el dominio y demás relaciones jurídicas con las cosas, constitutivas de derechos reales, sino también el poder que se tiene sobre bienes o que se puede llegar a tener en virtud de derechos que reconocen su fuente en relaciones personales (obligaciones). La protección penal se extiende pues, tanto a la tenencia, posesión, dominio y demás derechos reales, cuanto al poder sobre las cosas procedente de otros títulos o de situaciones jurídicas que conceden facultades idóneas para incrementar los bienes de una persona, ya se encuentran dentro del patrimonio del sujeto, ya operen todavía como expectativas ciertas, en tanto pertenezcan a una determinada persona física o jurídica[12].

III. DERECHO AL PATRIMONIO E INTEGRIDAD PERSONAL BAJO AMENAZA: HABLAN LAS CIFRAS Y LAS PERCEPCIONES CIUDADANAS.

En el caso peruano, la realidad problemática se evidencia cuando el 2018 se registró 282,275 denuncias por robo y delitos contra el patrimonio, haciendo un 31,0% del total de denuncias presentadas en ese año y es el segundo delito que más se comete a nivel nacional[13]. Es decir, se trata de uno de los delitos con mayores niveles de incidencia e impacto en la sociedad y que cada año sigue en

12 Creus, C.: *Derecho Penal, Parte Especial*, t. I, 3ª ed. actualizada, Buenos Aires, Argentina, Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, 1993, p. 79.

13 Instituto Nacional de Estadística e Informática.: "Perú: Anuario Estadístico de la Criminalidad y Seguridad Ciudadana, 2012-2018", Lima, 2019, p. 25.

aumento, tan es así que los delitos contra el patrimonio se incrementaron en un 26,0% respecto a la cifra registrada en el 2017. Este escenario pone en alerta y preocupación a la ciudadanía, puesto que el hurto, robo, estafa o usurpación los coloca en una situación de vulnerabilidad.

En cuanto a las cifras y datos precisos sobre la comisión del delito contra el patrimonio, este es el segundo tipo de delito más cometido a nivel nacional. Para mayor precisión, los delitos genéricos ingresados en las fiscalías provinciales penales y mixtas, durante el periodo 2015 – 2018 fueron los siguientes, en el 2015 se registró 188, denuncias por delito contra el patrimonio, representando un 36, 5% del total de los delitos cometidos. Mientras que, en el 2016, por el mismo delito ingresaron 197,059 denuncias, representando el 32,3% del total de los delitos; en el 2017 hubo 223,940 denuncias ingresadas, siendo el 30,3% del total de los delitos y en el 2018 fueron 282,275 denuncias registradas, que representa el 31,0% del total de los delitos[14]. Estas cifras evidencian una tendencia permanente de la comisión del delito contra el patrimonio a nivel nacional, y en ciertos casos, entre un año y otro, las cifras ascienden. Esto trae como efecto que la ciudadanía perciba que se trata de un problema generalizado, inmanejable y que la impunidad campee a todo nivel. Estamos pues ante un hecho ilícito de gran envergadura e impacto social, económico y legal. En cuanto a la recurrencia de los delitos contra el patrimonio en el periodo 2018, el hurto es el de mayor incidencia a nivel nacional (115,295 denuncias); luego le sigue el robo con 66,872 denuncias; usurpación con 19,912 denuncias y estafa con 17,755.

A nivel local, la provincia de Bagua, región Amazonas-Perú, no es ajena a esta situación, el 2018 se registraron 4,133 denuncias por delito contra el patrimonio en la región San Martín, cifra que prácticamente duplicó a las del 2017 en la que se registraron 2,562 denuncias por este delito ingresados en las fiscalías provinciales penales y mixtas[15]. De hecho, se trata de una de las regiones con mayores índices de inseguridad ciudadana. Parece ser que ninguna persona escapa a esa problemática pues todos en algún momento han sido víctimas de robo, hurto o alguna afectación al derecho al patrimonio.

A tanto llega el impacto jurídico del delito contra el patrimonio en la provincia de Bagua, que fue motivo para que el Poder Judicial emitiera una Casación, en la que establece lo referido a la debida valoración de la prueba. En dicha Casación, la Sala Permanente de la Corte Suprema señala que los medios de prueba deben ser

14 Instituto Nacional de Estadística e Informática.: "Perú: Anuario Estadístico de la Criminalidad y Seguridad Ciudadana, 2012-2018", cit., 2019, p. 26.

15 Instituto Nacional de Estadística e Informática: "Perú: Anuario Estadístico de la Criminalidad y Seguridad Ciudadana, 2012-2018", cit., 2019, p. 32.

evaluados conforme lo señala el artículo 393.2 del Código Procesal Penal, además de considerar las reglas sobre participación delictiva señaladas en el Código Penal[16].

Respecto a la percepción ciudadana, se debe precisar que la percepción de impunidad tiene que ver con la inexistencia de responsabilidades penales, civiles o administrativas por violaciones a la ley[17]. Por esta razón la ciudadanía percibe la impunidad en diversas comisiones de delitos, tanto en la esfera pública como privada. Cabe mencionar que la impunidad es multicausal. Por ello, los altos niveles de impunidad tienen sus orígenes no sólo en problemas estructurales como el grave problema de inseguridad y de violaciones a los derechos fundamentales, sino además en la falta de presupuestos asignados a las entidades de la administración de justicia, la ausencia de planes de persecución penal que respondan a los fenómenos criminales, de una política nacional anticorrupción efectiva, entre otros aspectos. Por eso, resulta necesario saber las perspectivas ciudadanas sobre el estado del acceso a la justicia, cuáles consideran que son las causas de la impunidad y algunas posibles soluciones[18].

Aunque debemos señalar que la percepción de impunidad no es un fenómeno nacional, sino que es asumido en diversos países, sobre todo, latinoamericanos que posee sistemas democráticos débiles, corruptos y vulnerables. Un ejemplo de ello es el caso mexicano cuyos ciudadanos perciben como una de las principales causas de la impunidad el hecho de que los representantes del Ministerio Público no investigan los delitos, entre otras razones porque no sabe (3%), por falta de denuncia de los delitos (7%), porque los jueces son corruptos (10%); porque los policías no detienen a los delincuentes (11%), porque los fiscales no investigan los delitos (12%) y por todas estas razones (57%)[19].

El caso mexicano nos parece ilustrativo y sirve como referente para entender las causas de la impunidad también en el Perú, ya que se trata de realidades sociales, jurídicas y políticas similares. Tan es así que un motivo por el cual las víctimas de un hecho delictivo no formulan denuncia, es por la falta de confianza en el sistema de administración de justicia. No lo hace porque da por hecho y percibe que no habrá sanciones firmes y oportunas para quienes cometieron delito y menos, por supuesto, la posibilidad de obtener algún tipo de reparación por el daño sufrido[20]. Asimismo, la percepción de inseguridad es la sensación de las personas de ser posible víctima de algún hecho delictivo o evento que pueda

16 Poder Judicial. Sala Penal permanente de Justicia. Casación núm. 1711-2019, Amazonas.

17 Impunidad cero. "Percepción de impunidad 2022", México, 2022, párrafo 4.

18 Impunidad cero. "Percepción de impunidad 2022", cit., 2022, párrafo 6.

19 Impunidad Cero. "Percepción de impunidad 2022", cit., 2022, párrafo 9.

20 Instituto nacional de estadística e informática. "Perú: Anuario Estadístico de la Criminalidad y Seguridad Ciudadana", cit., 2019, p. 38.

atentar contra su seguridad, su patrimonio, su integridad física o moral, y pueda conllevar a la vulneración de sus derechos[21].

IV. EFECTIVIDAD DE LAS ESTRATEGIAS DEL SISTEMA DE JUSTICIA EN EL RESGUARDO DEL DERECHO AL PATRIMONIO E INTEGRIDAD PERSONAL.

Cuando se hace referencia al sistema de justicia, entiéndase también como administración de justicia, la cual, según la clasificación de Montesquieu, se refiere a las actividades de uno de los tres grandes poderes del Estado; no obstante, al mismo tiempo implica una referencia directa a las acciones administrativas, lo cual por su puesto son diferentes al ejercicio del poder o jurisdicción[22]. En este sentido, el sistema de justicia se ejerce por los magistrados o tribunales, para lograr ejecutar sus decisiones en el ejercicio de su función, especialmente las sentencias, debe existir una organización administrativa relacionado con los tribunales que implique todos los mecanismos administrativos relacionados con los jueces y con los auxiliares de justicia[23].

En esa línea, se asume a la administración de justicia como un bien jurídico y que por tanto requiere ser tutelado por el Estado. Siendo así, este bien jurídico se encuentra constituido por un conjunto de condiciones y deberes que necesita el sistema de justicia para cumplir, en las condiciones contingentes de cumplimiento de la función del derecho, con la prestación que entrega a la comunidad[24]. Las distintas sub-categorías de delitos contra la administración de justicia afectan presupuestos diferentes: así, por ejemplo, directamente el principio de sujeción al derecho en el caso de la prevaricación, o la necesidad de confianza en las declaraciones y otras pruebas presentadas en el proceso, en tanto contexto especialmente protegido respecto de representaciones falsas dada la fragilidad de la posición cognitiva de los magistrados, en el caso de delitos de falso testimonio y otras falsedades en el proceso.

Así las cosas, el sistema de justicia no sólo tendría que configurarse como poder autónomo, sino que además ésta agotaría sus posibilidades de actuación en la aplicación estrictamente mecánica de la norma: sólo ella podría ser considerada coacción originada en la voluntad del propio sujeto coaccionado. Cualquier forma de creación o de discreción de los magistrados sería manifestación de la voluntad

21 Defensoría del pueblo: "Por una atención policial de calidad con respeto de derechos fundamentales. Supervisión nacional a los departamentos de investigación criminal de la policía 2018", Informe defensorial, Lima, 2019, p. 69.

22 Mamani, C.: *El delito de hurto y faltas contra el patrimonio en el tratamiento de la delincuencia común en la política criminal peruana*, cit., 2019, p. 69.

23 Brewer, A.: *Garantías jurisdiccionales para la defensa de los derechos humanos en Iberoamérica*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1992, p. 79.

24 Wilenmann, J.: "La Administración de justicia como un bien jurídico". *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso* (online), núm. 36, 2011, p. 533.

de éste y no, en cambio, de la voluntad general, expresión de la libre determinación ciudadana en la interpretación formalista planteada por Rousseau[25].

Pare el caso peruano, desde el 2004 se asumió un sistema de justicia penal basado en los principios acusatorio, contradictorio y respetuoso de los derechos fundamentales. La característica del principio acusatorio es la separación de funciones de los sujetos procesales para garantizar el equilibrio procesal. Mientras que la del principio contradictorio es un juicio basado en la contradicción de las partes adversas (acusación y defensa), frente a un tribunal imparcial[26].

En relación a la labor de prevención e investigación criminal[27] del Ministerio Público; cabe recordar que en marzo de 1981, mediante el Decreto Legislativo núm. 52 se dictó la Ley Orgánica del Ministerio Público, que en su art. 11 establece que el Ministerio Público es el titular de la acción penal pública, la que ejercita de oficio, a pedido de la parte afectada o por acción popular, si se trata de delito de comisión inmediata o de aquellos contra las cuales la norma la concede de modo expreso.

Desde el análisis constitucional, es necesario señalar que la Carta Magna en su art. 159 inciso 4, dispone que corresponde al Ministerio Público conducir desde su inicio la investigación del delito. Con tal fin la Policía Nacional está obligada a cumplir los mandatos del Ministerio Público en el ámbito de su función.

En el plano legal, el artículo 1° de la LOMP estipula que este es un organismo autónomo estatal que tiene como funciones principales la defensa de la legalidad, los derechos ciudadanos y los intereses públicos, la representación de la sociedad en juicio, para los efectos de defender a la familia, a los niños, discapacitados y el interés colectivo, así como para velar por la moral pública; la persecución del delito y la reparación civil. También velará por la prevención del delito dentro de las limitaciones que resulten de la presente ley y por la independencia de los órganos judiciales y la recta administración de justicia y las demás que le señalan la Constitución Política y el ordenamiento jurídico del país. De no cumplir de modo adecuado con sus funciones, el fiscal puede ser pasible de queja, tal como lo señala el artículo 13 de la LOMP.

25 Beccaria, C.: *Tratado de los delitos y de las penas*, España, Universidad Carlos III de Madrid, 2015, p. 96.

26 Neyra, J.: *Manual del Nuevo Proceso Penal & de Litigación Oral*, 1ª ed., Lima, IDEMSA, 2010, p. 89.

27 El éxito de la investigación criminal depende en gran parte de la labor mancomunada que realice la policía y la fiscalía, para lo cual deben coordinar sus actuaciones a partir de estrategias y técnicas metodológicas en la investigación criminal: una visión político criminal del proceso penal conlleva una visión estratégica de la persecución penal. Para ello se requiere modernizar el sistema de investigación de los delitos, para que la recolección de la data sea más pronta y oportuna (Binder, A. *Tensiones político-criminales en el proceso penal*, Instituto de Ciencia Procesal Penal, Buenos Aires, 2015, p. 67).

Cabe precisar que la labor de prevención, investigación y sanción del Ministerio Público forma parte de la política criminal. Esta es el modo cómo reacciona el Estado frente al crimen, por ello ante hechos delictivos que amenazan su cohesión o su desarrollo armónico, la política criminal pone en control de modo organizado su rol, no es solo describir la respuesta al crimen de la sociedad, sino también determinar líneas de acción a seguir para una mayor efectividad contra los hechos delictivos[28]. Además, se debe entender que la política criminal es parte de la política general, la planificación y la implementación correcta y coherente de la lucha contra el crimen, depende del apoyo y la promoción de la investigación que asuma los sistemas de respuesta social y determine las pautas y las estrategias más efectivas[29].

De hecho, el Ministerio Público cuenta con un Manual para el desarrollo del Plan de Investigación, instrumento que le está permitiendo afianzar y corregir sus labores cotidianas en la lucha contra la inseguridad ciudadana. En dicho Manual se señala que planificar permite determinar a dónde queremos llegar y prever las acciones y recursos que se necesitan para ello, desechando las acciones inadecuadas, inconducentes y las prescindibles, para centrarse en lo que será útil para los fines del proceso penal. Elaborar un Plan de Investigación, conlleva orientar y organizar la metodología de investigación adecuada al caso, para formular las hipótesis y desplegar el esfuerzo para contrastarlas[30].

Por su lado, la labor de prevención e investigación de la Policía Nacional, cobra mayor preocupación ya que uno de los problemas que afecta al país en estos últimos años es la inseguridad ciudadana. Para afrontarla, a partir de octubre del 2017 se modificó la estructura orgánica de la Policía Nacional del Perú, a fin de mejorar la operatividad policial en la lucha contra la delincuencia común y organizada[31]. Es por ello que a través del Decreto Supremo núm. 026 – 2017-IN, Reglamento del Decreto Legislativo núm. 1267, Ley de la Policía Nacional del Perú se dota a la Policía funciones y labores más proactivas a favor de la prevención e investigación del delito. En ese marco legal, la policía cuando tiene conocimiento de la comisión de un delito debe comunicarlo al Ministerio Público de forma inmediata, sin perjuicio de realizar las diligencias de urgencia e imprescindibles tales como:

a) Recabar denuncias y levantar actas de las mismas,

28 Herasme, A.: *Manual de Criminología general*. T.I y II, Editora Tavares Santo Domingo, República Dominicana, 2004, p. 271.

29 Hernández, J.: Cuestiones básicas sobre la prueba en el proceso penal, Manuales de formación Continua núm. 51, Madrid, 2001, p. 28.

30 Ministerio público: *Manual para el desarrollo del Plan de Investigación*, Lima, 2015, p. 11.

31 Defensoría del pueblo: "Por una atención policial de calidad con respeto de derechos fundamentales", cit., 2019, p. 142.

b) Vigilar y proteger el lugar de los hechos, practicar el registro de las víctimas, realizar las diligencias de identificación física de los autores y partícipes del delito, recibir la declaración de los testigos, levantar planos y demás operaciones técnicas y científicas. También puede reunir cuanta información adicional de urgencia permita la criminalística para ponerla al servicio del Ministerio Público.

c) Tomar medidas precautelares, capturar a los presuntos autores o partícipes en caso de flagrancia, inmovilizar documentos privados y libros contables, incautar bienes, recoger objetos o instrumentos del delito.

d) Allanar locales de uso público o abiertos al público[32].

Debe recordarse que las actuaciones de la policía, como funcionarios encargados de hacer cumplir la norma, deben observar los cuatro principios fundamentales que rigen las acciones estatales en la investigación del delito: legalidad, necesidad, proporcionalidad y responsabilidad[33]. Para el caso peruano, la Constitución Política otorga funciones a la Policía Nacional del Perú, entre las cuales se encuentran prevenir, investigar y combatir la delincuencia, facultades que deben ser ejercidas teniendo en cuenta el respeto a derechos fundamentales[34].

Finalmente, cabe indicar que la Policía está a cargo del control de la delincuencia común, la cual es cometida por personas como máximo dos, cuya finalidad es cometer delitos que pueden ir desde delitos menores hasta delitos graves y calificados, pero sin exceder su escala y alcance; es decir, no existen como una banda organizada, ni pretenden operar a gran escala y de modo permanente[35].

Toda estrategia del sistema de justicia en el resguardo del derecho al patrimonio e integridad personal forma parte de una política pública, en este caso, el Estado ha aprobado la Política Nacional frente a los delitos patrimoniales aprobado el 2014, el cual tiene como propósito controlar y reducir la criminalidad patrimonial, a través de la reducción de factores de riesgo asociados a su comisión, las oportunidades que los posibiliten, así como el acceso a los medios que los faciliten. Dicha política criminal se despliega en tres ejes estratégicos, los mismos que contienen diez lineamientos generales y 35 lineamientos específicos para su desarrollo e implementación. Tanto los ejes estratégicos, así como los lineamientos se diseñan sobre la base de la problemática específica de la criminalidad patrimonial, constituyéndose así en una política criminal especifica de naturaleza multisectorial.

32 Defensoría del pueblo: "Por una atención policial de calidad con respeto de derechos fundamentales", cit., 2019, p. 178.

33 Comité internacional de la cruz roja: Reglas y normas internacionales aplicables a la función policial, 2015, p. 24.

34 Tribunal constitucional peruano. Exp. núm. 03285-2009-PHC/TC.

35 Calsimiglia, A.: *El derecho como integridad*, Universidad Pompeu Fabra, Barcelona, 1990, p. 86.

V. LECCIONES DE LAS ESTRATEGIAS DEL SISTEMA DE JUSTICIA DESDE EL DERECHO COMPARADO.

Resulta esclarecedor en esta parte plantear un encuentro dialógico entre las lecciones de las estrategias del sistema de justicia nacional con las del derecho comparado. Desde el ámbito nacional, los resultados de los estudios sobre la criminalidad y los derechos patrimoniales, parecen coincidentes, pero al mismo tiempo contradictorios. Veamos. Las penas para los delitos contra el patrimonio resultan benignas, motivo por lo que los delitos siguen en aumento y la política criminal ha fracasado ya que el Plan Nacional de Seguridad Ciudadana implementada por el Consejo Nacional de Política Criminal a través del Decreto Supremo 012-2013-IN, no ha cumplido con sus objetivos propuestos, por lo que se hace necesario replantear la política criminal de modo mucho más estratégico[36]. De otro lado, el aumento de la pena no aportó con la prevención del delito de robo agravado, ya que se ha demostrado que el endurecimiento de las penas no ha reducido los índices delictivos, las penas no se han constituido en sanciones de amedrentamiento, por lo que el incremento de la pena no ha sido una política eficiente para la prevención de delitos de robo agravado[37]. Como se aprecia, si, por un lado, las penas parecen benignas; por otro lado, estas resultan sumamente punitivas y por ello mismo contraproducente. En esa línea diversos autores coinciden en señalar que elevar las penas no ha sido suficiente para combatir este delito, es así que podría disuadir, pero no acabar con él. Siendo así, el autor recomienda de implementar estrategias más integrales y efectivas[38]. Finalmente, se alega que, para reducir los índices de inseguridad ciudadana, por una baja incidencia de actos que atenten contra los bienes patrimoniales se necesita que se realice un trabajo coordinado y articulado entre todos los integrantes del Consejo Distrital de Seguridad Ciudadana[39], lo cual se vería valorado por la ciudadanía, accionar que, es posible lograr, pero eso requiere que el propio Estado, en particular el municipio, asuma el liderazgo que la norma le faculta.

Desde el derecho comparado, la experiencia colombiana, da cuenta que toda política criminal debe tener un enfoque integral en el cual, las penas no sean la única salida. La privación de la libertad debe ser una medida excepcional, de última ratio. El derecho penal y procesal penal deben lograr consensos y generar

36 Mamani, C.: *El delito de hurto y faltas contra el patrimonio en el tratamiento de la delincuencia común en la política criminal peruana*, cit., 2019, p. 65.

37 Rodríguez, A.: *El incremento de la sanción penal y la prevención del delito de robo agravado en el Distrito Judicial de Lima Norte, 2018*, Tesis para optar el grado académico de Maestro en Derecho Penal y Procesal Penal, Lima, 2019, p. 42.

38 Anaya, A.: *Los medios probatorios, sus efectos en el delito de robo agravado en el distrito judicial de Lima 2016*. Tesis para optar el grado académico de Maestro en derecho penal y procesal penal, Escuela de Posgrado de la Universidad César Vallejo, Lima, 2018, p. 18.

39 Vizueta, T.: *Reducción de los índices de inseguridad ciudadana por baja incidencia de delitos contra el patrimonio en el distrito de Chorrillos, durante el periodo 2011-2016*, Trabajo de Investigación para obtener el grado de Magíster en Gobierno y Políticas Públicas, Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú, 2018, p. 47.

medios de terminación anticipada del hecho, de modo que estén en la capacidad de reivindicar el principio de culpabilidad, lesividad y de exclusiva protección de bienes jurídicos, como principios constitucionales de política criminal que deben integrarse con razones pragmáticas, para hacer del sistema punitivo un medio eficiente de restauración y retribución, que aporte a superar el problema de hacinamiento penitenciario[40].

De otro lado, el delito de extorsión, que es la vez uno de tantos delitos contra el patrimonio, como tipo penal es una figura que se lleva a cabo con la consecución de distintos momentos en el *iter criminis*: un primer momento donde el sujeto activo violenta la autonomía personal de la víctima mediante amenazas en búsqueda de un beneficio de tipo económico ilícito, no generado por ningún negocio de tipo jurídico. Luego, la víctima doblega su voluntad como consecuencia de la amenaza, y un tercer momento donde esta accede impulsada por el temor que le genera exponer la integridad personal o de sus allegados a circunstancias de peligro, a hacer, tolerar u omitir aquello que solicita el autor del ilícito, hecho que debe ser susceptible de valoración patrimonial[41].

En el caso venezolano, su legislación prevé una normativa relacionada con la lucha en contra la delincuencia organizada más acorde y contextualizada al marco legal internacional por cuanto le atribuye la categoría de lesa humanidad, resultando un delito imprescriptible, reseñando una tipificación idónea, precisa, concisa con unas penas proporcionales a la gravedad de éste acto delictivo y criminal con la concurrencias de hechos agravantes propias de la perpetración de los tipos penales de delincuencia organizada, contexto que no se aprecia en la legislación ecuatoriana, el cual presenta una tipificación híbrida y unas sanciones no proporcionales a la magnitud del daño causado, lo que trastoca el debido proceso, la tutela judicial efectiva y por ende la seguridad jurídica afectando los valores constitucionales[42].

Desde la experiencia española, se advierte que se sanciona como autor de un delito de receptación a quien participa cuando ya se ha consumado un primer delito de receptación por medio de la compra de los bienes a los autores de un precedente delito contra el patrimonio, ayudando a los responsables de dicho delito de receptación a aprovecharse de los efectos del mismo, ya que la receptación también es un delito contra el patrimonio que puede actuar como delito precedente, dando lugar a lo que se podría calificar de receptación en

40 Martínez, G., y Mena, E.: "Política criminal contra el hurto en Colombia 2016-2020". *Revista Justicia*, Colombia, 2021, p. 83.

41 Rincón, O.: *Análisis del tipo penal de extorsión. Artículo 244 del código penal colombiano*, Tesis para optar por el título de magíster en derecho penal, Universidad EAFIT, Escuela de Derecho, Medellín, 2019, p. 56.

42 Arrias, J., Arandia, J., Gaspar, E., y Bajaña, J.: "Análisis comparativo sobre la tipificación y sanción del delito de asociación ilícita para delinquir entre la legislación ecuatoriana y venezolana", *Revista Universidad y Sociedad*, 13(5), 2021, p. 617.

cadena[43]. Para el caso mexicano, la doble labor que asume la función de seguridad pública, consiste en aquella acción donde se deben garantizar las condiciones para el ejercicio de los derechos fundamentales, así como la protección a las personas y sus bienes dentro del territorio nacional[44]. Ello supone que las políticas públicas, las cuales se concretizan en el Programa Nacional de Seguridad Pública, deben orientarse no solo al combate de la violencia a través del uso de la fuerza, sino que deben realizarse mediante el desarrollo con los derechos humanos, como reconoce el sistema jurídico mexicano, para que dicho combate sea acorde al mandato constitucional.

Como es de apreciarse, tanto la experiencia peruana como la latinoamericana dan cuenta de que los Estados están implementando, cada quien, desde sus propios escenarios y desafíos, políticas criminales para combatir y sancionar los delitos contra el patrimonio que es uno de los más elevados y complejos en la región. Se trata de delitos en la que están implicados grupos de delincuencia organizada a todo nivel y que se están valiendo de los accesos que brindan las tecnologías de la información y comunicación. Ante ese escenario no todos los países entienden de la misma manera el alcance y las consecuencias económicas y culturales de la pérdida de patrimonio tanto económico, como cultural y nacional[45].

Las organizaciones criminales están cada vez más interconectadas entre sí y las brechas geográficas o las distancias físicas ya no son un escollo para la comisión de estos delitos. Se trata de organizaciones criminales que se están aprovechando la inestabilidad política, los conflictos armados, la decadencia del sistema de justicia, el fracaso de las políticas criminales, la crisis institucional que suele caracterizar a países de América Latina, unos más que otros; contexto que resulta favorable para las organizaciones criminales y los grupos organizados que ya no solo ponen en jaque a la población y a la ciudadanía, sino a los propios Estados. Es por ello que desde el sistema universal de derechos humanos se promovió la suscripción de la Convención contra la Delincuencia Organizada Transnacional a fin de que los Estados actuaran de modo más articulado, estratégico y planteándose metas comunes y colaborativas, entre ellos[46].

43 Pardo, R.: "El delito de receptación. Análisis, requisitos, competencia, diferencia con otros tipos penales y jurisprudencia aplicable", *Revista Noticias Jurídicas,* Murcia, España, 2021, p. 99.

44 Tello, M., Souza, E., Mosqueda, L., Moreno, M., Ramírez, H., Jurado, H., y Guillén, R.: "La seguridad pública en México: un esquema para determinar el cumplimiento teleológico del Estado en el 2019", México, *Revista Sincronía*, núm. 76, 2019, p. 757.

45 Interpol: "Informe sobre los delitos que afectan a los bienes culturales. Situación en los países miembros de Interpol", 2021, p. 76.

46 Organización de las naciones unidas: Convención contra la Delincuencia Organizada Transnacional, COP/2020/L.10, 2020.

VI. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES.

El derecho al patrimonio e integridad personal han sido ampliamente desarrollados por la jurisprudencia y la doctrina, la que a su vez ha permitido contar con una normativa y una política criminal, además de diversas políticas públicas que exigen del Estado mayores decisiones políticas e institucionales para contrarrestar sus nefastos efectos. Se trata de delitos que afectan bienes jurídicos relacionados a la vida, tranquilidad y bienestar en todas sus modalidades: económica, social, jurídica y emocional.

Ante lo que pareciera indetenible ola delincuencial, el derecho al patrimonio e integridad personal están en permanente amenaza. De ellos dan cuenta las cifras y las percepciones ciudadanas. Las personas no se sienten seguras en ningún escenario sea este familiar, social o laboral. Todo espacio puede ser propicio para que sus derechos sean vulnerados, lo que trae además una percepción de impunidad y que el sistema de justicia no funciona. Cambiar dicha percepción es todo un desafío para la gobernabilidad y el Estado Constitucional de Derecho.

La efectividad de las estrategias del sistema de justicia en el resguardo del derecho al patrimonio e integridad personal están seriamente cuestionadas en el Perú y en América Latina, ningún país está ajeno a este flagelo que atraviesa todo ámbito social, económico y cultural. Por ello mismo, se requieren de estrategias más proactivas y focalizadas. Los avances en la lucha contra la criminalidad resultan exiguos ante organizaciones criminales cada vez más sofisticadas y articuladas entre sí. El Estado no puede seguir rezagado en ello.

Las lecciones de las estrategias del sistema de justicia desde el derecho comparado resultan significativas y aleccionadoras porque se trata de un fenómeno extendido y común a los países de América Latina. La inestabilidad política, económica y social es aprovechada por las organizaciones criminales y el Estado Constitucional de Derecho y la gobernabilidad son puestas a prueba de modo permanente. Ese escenario si bien resulta desafiante, requiere de la audacia y visión de los lideres políticos, técnicos y operadores de justicia decididos a enfrentarla con nuevos paradigmas y estrategias.

Los Estados, en particular los de América Latina, deben redoblar esfuerzos por articular de modo conjunto la implementación de la Convención contra la Delincuencia Organizada Transnacional de las Naciones Unidas. Dada la envergadura y cada vez más creciente y sofisticada ola delictiva, los Estados requieren de respuestas más estratégicas, propositivas y preventivas. Todavía se invierte muy poco en prevención del delito y no se le otorga esta tarea el interés que requiere.

BIBLIOGRAFÍA

ANAYA, A.: *Los medios probatorios, sus efectos en el delito de robo agravado en el distrito judicial de Lima 2016,* Tesis para optar el grado académico de Maestro en derecho penal y procesal penal, Escuela de Posgrado de la Universidad César Vallejo, Lima, 2018.

ARRIAS, J., ARANDIA, J., GASPAR, E, y BAJAÑA, J.: "Análisis comparativo sobre la tipificación y sanción del delito de asociación ilícita para delinquir entre la legislación ecuatoriana y venezolana", *Revista Universidad y Sociedad*, 13(5), 2021, pp. 615-620.

BECCARIA, C.: *Tratado de los delitos y de las penas*, España, Universidad Carlos III de Madrid, 2015.

BINDER, A.: *Tensiones político-criminales en el proceso penal*, Instituto de Ciencia Procesal Penal, Buenos Aires, 2015.

BLEI, H.: *Derecho Penal II*. Parte Especial, München, C. H. Beck, 12, Auflage, 1983.

BREWER, A.*: Garantías jurisdiccionales para la defensa de los derechos humanos en Iberoamérica*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1992.

BUSTOS RAMÍREZ, J.: *Manual de Derecho Penal,* 3ª ed. aumentada, corregida y puesta al día, Editorial Ariel S.A, Barcelona, 1984.

CALSIMIGLIA, A.: *El derecho como integridad*, Universidad Pompeu Fabra, Barcelona, 1990.

CREUS, C.: *Derecho, Penal Parte Especial*, t. I, 3ª ed. actualizada, Buenos Aires, Argentina, Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, 1993.

DREHER, E., y TRÖNDLE, H.: Código Penal y leyes subsidiarias, Munich, Verlag C. H. Beck, 45ª ed. revisada, 1991.

HERASME, A.: *Manual de Criminología general*, t. I y II, Editora Tavares Santo Domingo, República Dominicana, 2004.

HERNÁNDEZ, J.: *Cuestiones básicas sobre la prueba en el proceso penal*, *Manuales de formación Continua* núm. 51, Madrid, 2001.

HURTADO POZO, J.: "Delitos contra el patrimonio", *Revista Oficial del Poder Judicial*, AÑO 4-5, N.º 6 y núm. 7, Lima, 2010-2011.

Mamani, C.: *El delito de hurto y faltas contra el patrimonio en el tratamiento de la delincuencia común en la política criminal peruana*, Tesis, Universidad Nacional Amazónica de Madre de Dios, Escuela profesional de Derecho y ciencias políticas, 2019.

Martínez, G., y Mena, E.: "Política criminal contra el hurto en Colombia 2016-2020", *Revista Justicia*, Colombia, 2021, DOI: 10.17081/just.26.39.4312.

Neyra, J.: *Manual del Nuevo Proceso Penal & de Litigación Oral*, 1ª ed., Lima, IDEMSA, 2010.

Pardo, R.: "El delito de receptación. Análisis, requisitos, competencia, diferencia con otros tipos penales y jurisprudencia aplicable", *Revista Noticias Jurídicas*, Murcia, España, 2021, pp. 98-116.

Peña Cabrera Freyre, A.: *Derecho penal. Parte especial*, reimpresión revisada y actualizada, t. II, Lima, Perú, IDEMSA, 2010.

Ramos, E.: "La teoría del delito desde von Liszt y Beling a hoy", *Revistas Idearium de la Universidad de Mendoza*, nov. 23, Argentina, 2018, pp. 15-34.

Rincón, O.: *Análisis del tipo penal de extorsión. Artículo 244 del código penal colombiano,* Tesis para optar por el título de magíster en derecho penal, Universidad EAFIT, Escuela de Derecho, Medellín, 2019.

Rodríguez, A.: *El incremento de la sanción penal y la prevención del delito de robo agravado en el Distrito Judicial de Lima Norte, 2018*, Tesis para optar el grado académico de Maestro en Derecho Penal y Procesal Penal, Lima, 2019.

Schlack Muñoz, A.: "El concepto de patrimonio y su contenido en el delito de estafa", *Revista Chilena de Derecho*, 35(2), 2008, pp. 261-292.

Tello, M., Souza, E., Mosqueda, L., Moreno, M., Ramírez, H., Jurado, H., y Guillén, R.: "La seguridad pública en México: un esquema para determinar el cumplimiento teleológico del Estado en el 2019", México, *Revista Sincronía*, núm. 76, 2019, pp. 755-781.

Vizueta, T.: *Reducción de los índices de inseguridad ciudadana por baja incidencia de delitos contra el patrimonio en el distrito de Chorrillos, durante el periodo 2011-2016,* Trabajo de Investigación para obtener el grado de Magíster en Gobierno y Políticas Públicas, Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú, 2018.

Von Beling, E.: *Esquema del Derecho Penal*, versión española de la 11° ed., Buenos Aires, 1944.

WELZEL, H.: *El nuevo sistema del Derecho Penal*, versión española de 4º ed., Barcelona, 1964.

WILENMANN, J.: "La Administración de justicia como un bien jurídico", *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso* (online), núm.36, 2011, pp. 531-573, http://dx.doi.org/10.4067/S0718-68512011000100015.

DOCUMENTOS DE TRABAJO

COMITÉ INTERNACIONAL DE LA CRUZ ROJA: Reglas y normas internacionales aplicables a la función policial, 2015.

Decreto Supremo núm. 012-2013-IN, Consejo Nacional de Política Criminal.

Decreto Supremo núm. 026 – 2017-IN, Reglamento del Decreto Legislativo núm. 1267, Ley de la Policía Nacional del Perú.

DEFENSORÍA DEL PUEBLO: "Por una atención policial de calidad con respeto de derechos fundamentales. Supervisión nacional a los departamentos de investigación criminal de la policía 2018", Informe defensorial, Lima, 2019.

IMPUNIDAD CERO: "Percepción de impunidad 2022", México, 2022, Recuperado de https://www.impunidadcero.org/uploads/app/articulo/170/contenido/1661453368W61.pdf

INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICA e INFORMÁTICA: "Perú: Anuario Estadístico de la Criminalidad y Seguridad Ciudadana, 2012-2018", Lima, 2019.

INTERPOL: "Informe sobre los delitos que afectan a los bienes culturales. Situación en los países miembros de Interpol", 2021.

LP. Pasión por el Derecho: Delitos contra el patrimonio de las personas: hurto, robo y estafa, Lima, 2022. https://lpderecho.pe/delitos-patrimonio-personas/

MINISTERIO PÚBLICO: *Manual para el desarrollo del Plan de Investigación*, Lima, 2015.

ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS: Convención contra la Delincuencia Organizada Transnacional, COP/2020/L.10, 2020.

PODER JUDICIAL, SALA PENAL PERMANENTE DE JUSTICIA: Casación núm. 1711-2019, Amazonas.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PERUANO: Exp. núm. 03285-2009-PHC/TC.

ESTRUCTURA JURÍDICA Y JURISPRUDENCIAL DEL ARBITRAJE COMERCIAL EN MÉXICO

LEGAL AND JURISPRUDENTIAL STRUCTURE OF COMMERCIAL ARBITRATION IN MEXICO

Rev. Boliv. de Derecho Nº 37, enero 2024, ISSN: 2070-8157, pp. 596-611

Paloma
BALLINA
y Erick
CORNELIO

ARTÍCULO RECIBIDO: 12 de octubre de 2023
ARTÍCULO APROBADO: 4 de diciembre de 2023

RESUMEN: El presente artículo tiene como objetivo estudiar la figura del arbitraje comercial nacional e internacional. El método implementado para esta investigación fue analítico-sintético por el cual se logró interpretar la regulación normativa y los principales elementos que intervienen (juez, árbitro, cláusula compromisoria y el laudo); así también se incluyó una construcción jurisprudencial de los principales criterios emitidos por la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Finalmente, se concluye con un análisis sobre los casos en los que México es partícipe en procesos de arbitraje comercial.

PALABRAS CLAVE: Arbitraje; comercio; legislación; sentencia; controversia.

ABSTRACT: *This article aims to study the figure of national and international commercial arbitration. The method implemented for this investigation was analytical-synthetic by which it was possible to interpret the normative regulation and the main elements that intervene (judge, arbitrator, arbitration clause and the award); thus, a jurisprudential construction of the main criteria issued by the Supreme Court of Justice of the Nation was also included. Finally, it concludes with an analysis of the cases in which Mexico is a participant in commercial arbitration processes.*

KEY WORDS: Arbitration; commerce; legislation; judgment; controversy.

SUMARIO.- I. INTRODUCCIÓN.- II. REGULACIÓN JURÍDICA DEL ARBITRAJE.- 1. Normativa internacional.- 2. Normativa nacional.- 3. Cláusulas compromisorias.- 4. Figura del juez.- 5. Laudo.- III. CONSTRUCCIÓN JURISPRUDENCIAL DEL ARBITRAJE.- 1. Concepción jurídica.- 2. Voluntad y competencia.- 3. Laudo arbitral.- IV. ARBITRAJE INTERNACIONAL VS. MÉXICO.- 1. Casos donde México es parte.- 2. Arbitrajes internacionales en puerta para México.- V. CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN.

La Asamblea General de las Naciones Unidas mediante la resolución 2205 (XXI), de 17 de diciembre de 1966 estableció la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI), como órgano aplicable al derecho mercantil internacional, que se ocupa de la reforma de la legislación mercantil a nivel mundial. Esta normativa prevé los preceptos jurídicos para entender y regular el arbitraje comercial internacional.

El arbitraje comercial "es un mecanismo de solución de controversias que se implementa para dirimir los conflictos entre privados tanto a nivel nacional como internacional, derivado de sus alcances, confidencialidad, agilidad y flexibilidad"[1]. Estas características permiten que las controversias privadas se puedan resolver de mejor forma en menor tiempo en un ambiente de economía y celeridad.

El análisis se divide en dos partes: en la primera se estudia la estructura jurídica del arbitraje en el marco internacional, así como en el marco jurídico mexicano, se analizan las figuras de las cláusulas compromisorias, el juez y el laudo. En la segunda parte se realiza una construcción jurisprudencial del arbitraje comercial a través de las tesis de la Suprema Corte de Justicia de la Nación; por último, como complemento al estudio, se presenta el papel del Estado mexicano ante los arbitrajes internacionales como una crítica a su participación y desempeño.

II. REGULACIÓN JURÍDICA DEL ARBITRAJE.

1. Normativa internacional.

En la legislación internacional, el arbitraje comercial se comenzó a regular a través de la Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias

1 Organización de Estados Americanos: *Convenciones Interamericanas sobre Arbitraje Comercial Internacional*, p. 2. http://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/arbitraje_comercial_publicaciones_convenciones_interamericanas_version_2014.pdf

• Paloma Ballina Moreno
Estudiante de la Maestría en Métodos de Solución de Conflictos y Derechos Humanos SNP-CONACYT en la Universidad Juárez Autónoma de Tabasco, México. Correo electrónico: palomaBM96@hotmail.com

• Erick Cornelio Patricio
Estudiante de la Maestría en Métodos de Solución de Conflictos y Derechos Humanos SNP-CONACYT en la Universidad Juárez Autónoma de Tabasco, México. Correo electrónico: cornelioerick@gmail.com

Arbitrales Extranjeras, también llamada Convención de Nueva York de 1958. Naciones Unidas afirma que es uno de los instrumentos jurídicos más importantes que regula el derecho mercantil internacional y es también el principal pionero en el sistema de arbitraje.

La Convención de Nueva York tuvo como fin que hacer que los Estados parte cumplan con las sentencias arbitrales, es decir, que pudieran ejecutarse dentro de sus jurisdicciones, además de ello, hacer que los tribunales de las partes den pleno efecto a los acuerdos. La Convención tiene ámbito de aplicación sobre las sentencias dictadas en el territorio de un Estado distinto al que pida el reconocimiento y ejecución. Es importante precisar que mediante Decreto de fecha 22 de junio de 1971, México ratificó dicho instrumento;[2] dando con ello paso a la obligatoriedad de su cumplimiento.

La Convención establece cinco razones por las que se puede negar el reconocimiento y ejecución de las sanciones:

1°) Incapacidad de las partes (si la ley no es aplicable).

2°) Si la parte contra la que se invoca la sentencia no ha sido notificada conforme a derecho.

3°) Sentencia no prevista en el compromiso (invalidez del acuerdo de arbitraje)

4°) Que el procedimiento arbitral no se ha ajustado a la ley del país donde se efectuó el arbitraje.

5°) Sentencia que aún no es obligatoria para las partes haya sido anulada o suspendida por algún tribunal que haya dictado esa sentencia[3].

En el año 2006 se emitió una recomendación relativa a la interpretación del párrafo 2) del artículo II y del párrafo 1) del artículo VII de la Convención de Nueva York, en la que se incluyó el comercio electrónico[4].

Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI. El texto original del reglamento fue publicado en 1975, pero tuvo modificaciones en 2010 y 2013. Se establece la parte procedimental más a fondo del arbitraje internacional, de igual manera, se incluye el arbitraje multilateral y la participación de terceros en el procedimiento (aplicación,

2 Diario oficial de la federación, *DECRETO por el que se promulga la Convención sobre el Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras*, celebradas en la sede de la Organización de las Naciones Unidas, en Nueva York, del 20 de marzo al 10 de junio de 1958.

3 Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras, Nueva York, artículo V.

4 Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional: *Recomendación,* https://uncitral.un.org/es/texts/arbitration/explanatorytexts/recommendations/foreign_arbitral_awards

cómputo de los plazos, notificación, número y nombramiento de los árbitros, laudo, entre otros.). En 2021 se agrega un Reglamento de Arbitraje Acelerado de la CNUDMI.

Ley modelo de la CNUDMI sobre arbitraje comercial internacional. Esta ley fue publicada el 21 de junio de 1985, fue expedida con el propósito para que los Estados adecuaran sus marcos normativos internos. En ella se establece lo relativo a las etapas del proceso arbitral que van desde el acuerdo de arbitraje hasta el reconocimiento y la ejecución del laudo arbitral. La ley se encuentra dividida en 8 capítulos.

Se reconoce valor del arbitraje como método de solución de las controversias que surgen en el contexto de las relaciones comerciales internacionales. El artículo 1 inciso 3), especifica las reglas para el reconocimiento de un arbitraje internacional: si las partes de un acuerdo tienen al momento de su celebración, establecimientos en diferentes Estados; cuando las partes consideran que están ante la presencia de más de un Estado, entre otras. Entre otras cuestiones define al arbitraje como "cualquier arbitraje con independencia de que sea o no una institución arbitral permanente la que haya de ejercitarlo"[5]. Al acuerdo de arbitraje como:

…el acuerdo por el que las partes deciden someter a arbitraje todas las controversias o ciertas controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica, contractual o no contractual. El acuerdo de arbitraje podrá adoptar la forma de una cláusula compromisoria incluida en un contrato o la forma de un acuerdo independiente[6].

También en el artículo 11 señala que las partes podrán nombrar de manera libre los árbitros, no siendo obstáculo su nacionalidad. Así como en el artículo 20 sobre la libertad del lugar donde se efectuará el arbitraje.

América Latina. La Organización de Estados Americanos sostiene que el arbitraje comercial internacional y el reconocimiento de las ejecuciones de sentencias son productos de la Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional también conocida como la Convención de Panamá de 1975, suscrita durante la primera Conferencia especializada interamericana sobre Derecho Internacional; y la Convención Interamericana sobre Eficacia Extraterritorial de las Sentencias y Laudos Arbitrales, también llamada Convención de Montevideo de 1979, suscrita durante la segunda Conferencia especializada interamericana sobre Derecho Internacional.

5 Ley modelo de la CNUDMI sobre arbitraje comercial internacional, artículo 2.

6 Ley modelo de la CNUDMI sobre arbitraje comercial internacional, artículo 7.

2. Normativa nacional.

En la normativa mexicana, el arbitraje comercial se encuentra regulada en el título cuarto denominado "Arbitraje comercial" — artículos 1415 al 1480— del Código de Comercio. La aplicación es de orden nacional cuando el lugar del arbitraje se encuentre en territorio nacional[7]. Lo demás relativo a la normativa se regula sobre plazos, composición del tribunal arbitral, competencia, pronunciamiento del laudo y terminación de las actuaciones, nulidad del laudo, reconocimiento y ejecución de los laudos, entre otros.

3. Cláusulas compromisorias.

La cláusula compromisoria es también conocida como el acuerdo arbitral, toda vez que se llega a un arbitraje por un acuerdo establecido entre las partes. En el artículo 1423 del Código de Comercio menciona que se entiende por acuerdo de arbitraje, al acuerdo de las partes de someterse a arbitraje ya sea todas o ciertas controversias que se hayan suscitado o que puedan presentarse. Este acuerdo puede tomarse como cláusula compromisoria incluida en un contrato o la forma de un acuerdo independiente[8].

Las cláusulas deberán realizarse por escrito y estar firmadas por las partes intercambiando a través del uso de las tecnologías de la información y de la comunicación.

El arbitraje es un mecanismo heterocompositivo de solución de conflictos trilateral donde el tercero (árbitro) puede vincular a las partes mediante su decisión. Las cláusulas compromisorias o acuerdo de voluntades son un elemento fundamental de este mecanismo, pues a través de ellas se expresa el deseo de someter su controversia a la decisión de un tercero. El arbitraje puede ser contractual o extracontractual y se distinguen diversos tipos según su administración, su forma de acceso, su modalidad y su ámbito territorial[9].

4. Figura del juez.

Mantilla Serrano menciona que el árbitro (dicta un laudo) es una figura contractual que es elegida a elección de los intervinientes, mientras que las del juez (dicta una sentencia) es impuesta por el Estado[10]. El juez interviene de diferentes maneras durante el arbitraje, por ejemplo lo establecido del artículo 1424 al 1427.

7 Código de Comercio, DOF 28-03-208, artículo 1515.

8 Código de Comercio, cit., artículo 1416.

9 Cornelio Landero, E.: "Los mecanismos alternativos de solución de controversias como derecho humano", *Barataria, Revista Castellano-Manchega de Ciencias Sociales,* núm. 17, pp. 90-97.

10 Mantilla Serrano, F.: "Las relaciones entre los árbitros y los jueces", en AA. VV.: *Arbitraje comercial internacional* (coord. por L. Pereznieto Castro), Doctrina Jurídica Contemporánea, México, 2000, p. 170.

El juez al que se someta un litigio sobre un asunto que sea objeto de un acuerdo de arbitraje, remitirá a las partes al arbitraje en el momento en que lo solicite cualquiera de ellas, a menos que se compruebe que dicho acuerdo es nulo, ineficaz o de ejecución inapelable (artículo 1424). A petición de una de las partes el juez decidirá el o los árbitros en un proceso cuando los intervinientes no logren ponerse de acuerdo (artículo 1427, fracción tercera, inciso a).

Aun cuando exista un acuerdo de arbitraje las partes podrán, con anterioridad a las actuaciones arbitrales o durante su transcurso, solicitar al juez la adopción de medidas cautelares provisionales (artículo 1425). Cuando un árbitro se vea impedido de hecho o por otros motivos no las ejerza dentro de un plazo razonable, cesará en su cargo si renuncia o si las partes acuerdan su remoción. Si existe desacuerdo, cualquiera de las partes podrá solicitar al juez dé por terminado el encargo, decisión que será inapelable (artículo 1430). Incluso, el juez puede anular laudos cuando contravenga derechos (artículo 1457).

5. Laudo.

Es la resolución que emite el árbitro sobre el asunto objeto de la controversia. No se encuentra definido en el Código de Comercio.

El artículo 1448 del Código de Comercio, señala que el laudo debe ser dictado por escrito y firmado por el o los árbitros. Después de dictar el laudo, el tribunal arbitral lo notificará a las partes. Los laudos arbitrales solo podrán ser anulados por el juez competente cuando:

I. La parte que intente la acción pruebe que:

a) Una de las partes en el acuerdo de arbitraje estaba afectada por alguna incapacidad, o que dicho acuerdo no es válido en virtud de la ley a que las partes lo han sometido, o si nada se hubiese indicado a ese respecto en virtud de la legislación mexicana;

b) No fue debidamente notificada de la designación de un árbitro o de las actuaciones arbitrales, o no hubiere podido, por cualquier otra razón, hacer valer sus derechos;

c) El laudo se refiere a una controversia no prevista en el acuerdo de arbitraje o contiene decisiones que exceden los términos del acuerdo de arbitraje. No obstante, si las disposiciones del laudo que se refieren a las cuestiones sometidas al arbitraje pueden separarse de las que no lo están, sólo se podrán anular estas últimas; o

d) La composición del tribunal o el procedimiento arbitrales no se ajustaron en el acuerdo celebrado entre las partes, salvo que dicho acuerdo estuviera en conflicto con una disposición del presente título de la que las partes no pudieran apartarse o, a falta de dicho acuerdo, que no se ajustaron al presente título; o

II.- El juez compruebe que según la legislación mexicana, el objeto de la controversia no es susceptible de arbitraje, o que el laudo es contrario al orden público (artículo 1457).

Reconocimiento y ejecución de los laudos. El artículo 1461 del Código de Comercio menciona que un laudo arbitral, cualquiera que sea el país en que haya sido dictado, será reconocido como vinculante y, después de la presentación de una petición por escrito al juez, será ejecutado. La parte que invoque pida su ejecución.

III. CONSTRUCCIÓN JURISPRUDENCIAL DEL ARBITRAJE.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación (en adelante SCJN) se ha pronunciado al respecto de la concepción jurídica del arbitraje, así como su clasificación y competencia en materia nacional e internacional. Si bien es cierto, la jurisprudencia nacional al respecto del arbitraje se ha limitado a tesis aisladas, estas sirven de base para el estudio y análisis del alcance del arbitraje en diversas materias como la comercial.

1. Concepción jurídica.

La SCJN establece que el arbitraje voluntario o contractual se determina por la libre voluntad con que se fija al árbitro o árbitros, a las reglas procesales para la solución del conflicto y en ocasiones el derecho sustantivo aplicable al caso; a diferencia del forzoso, donde el árbitro, el proceso y el derecho sustantivo son regulados de antemano por las normas estatales.

El arbitraje voluntario se instala bajo el compromiso arbitral o mayormente conocida como cláusula compromisoria, este se perfecciona en el momento de la concertación, es decir, en la renuncia al conocimiento de una controversia por la autoridad judicial con el alcance que ninguna de las partes podrá citar a un juez ya que mediante esta cláusula sustituyen el proceso jurisdiccional para arreglarse conforme a la decisión de un árbitro quien no será funcionario ni tendrá jurisdicción propia o delegada, sino que sus facultades son derivadas de la voluntad de las partes.

El resultado del arbitraje será un laudo al ser un acto de carácter privado que no exime someterse de manera voluntaria a la decisión de un juez. Dicho

procedimiento podrá ser revisado por una autoridad jurisdiccional a fin de corroborar la imparcialidad del árbitro. El arbitraje puede ser voluntario, ad hoc, privado y/o institucional. Este último se define como aquel arbitraje donde las partes se someten, mediante libre compromiso, ante una institución especializada nacional o internacional, pública o privada, que organiza y asiste el procedimiento arbitral[11].

Por otro lado, dentro de los principios generales del arbitraje está la prevalencia de la voluntad de las partes sobre la norma y el de intervención judicial excepcional, que consisten en concebirlo como una regulación supletoria a falta de pacto en contrario, pues en materia de procedimientos arbitrales nacionales o internacionales, públicos o privados, el acuerdo entre las partes prevalecerá sobre la regulación establecida en la ley[12].

Sin embargo, como lo referimos en párrafos precedentes, cuando por acuerdo o por disposición legal, sea necesaria la intervención de la autoridad jurisdiccional, su intervención se regirá por las reglas establecidas en la ley y, la normatividad relativa también será aplicable cuando las partes acuerden que dicha norma sea utilizada por un tribunal arbitral.

2. Voluntad y competencia.

El arbitraje a ser un mecanismo de solución de conflictos de carácter nacional e internacional mediante el Derecho Convencional nace del pacto expreso entre dos o más partes para resolver las controversias que surjan entre ellas y se basa en la autonomía de la voluntad de cada persona con sustento en la libertad contractual de las partes con el objeto específico de otorgar facultades a un tercero ajeno al sistema jurisdiccional para resolver su controversia[13].

Este finca su naturaleza en la voluntad de las partes. La Corte hace mención del artículo II.1 de la Convención sobre el Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras, que reconoce el carácter originario desde la sede contractual al disponer que cada uno de los Estados contratantes reconocerá el acuerdo por escrito conforme al cual las partes se obliguen a someter a arbitraje todas las diferencias o ciertas diferencias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto a una determinada relación jurídica, contractual o no contractual, concerniente a un asunto que pueda ser resuelto por arbitraje.

11 Tesis 1a. CLXVI/2009, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXX, septiembre de 2009, p. 435.

12 Tesis 1a. CLXX/2009, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXX, septiembre de 2009, p. 427.

13 Tesis I.3o.C.400 C (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, Libro 73, diciembre de 2019, t. II, p. 1021.

Por otro lado, el artículo 1 de la Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional prescribe que es válido el acuerdo de las partes en virtud del cual se obligan a someter a decisión arbitral las diferencias que pudiesen surgir o que hayan surgido entre ellas con relación a un negocio de carácter mercantil.

Conforme a la interpretación de estos instrumentos, se reconoce la validez y eficacia del acuerdo de las partes para someter a arbitraje alguna controversia con motivo de una relación jurídica contractual o no contractual. Con esto, se otorga plena eficacia vinculatoria a la voluntad de las partes con un límite formal y material donde el árbitro no puede llevar a cabo actos de privación o ejecución material sobre las personas o las cosas y la ejecución, ya queda estos quedan reservadas al juez estatal.

Por ende, el tribunal arbitral realiza una actividad materialmente jurisdiccional por disposición o por otorgamiento de la voluntad de las personas involucradas con ayuda del juez estatal para ejecutar medidas que aseguren el procedimiento arbitral[14]. Y en caso de nulidad del laudo, será competente el juez del lugar donde éste se llevó a cabo[15].

El arbitraje comercial, al legislarse dentro del Código de Comercio se buscó que el derecho arbitral estuviera diseñado bajo el principio de no intervención privilegiando la voluntad de los particulares, son disposiciones creadas exclusivamente para regular la forma de la heterocomposición, por lo tanto, se constituyen como una legislación especializada y no permiten la interpretación integral de leyes y normas de aplicación supletoria[16].

3. Laudo arbitral.

En materia de laudo arbitral, las resoluciones terminales sobre nulidad o ejecución pueden considerarse como sentencias definitivas o resoluciones que ponen fin a un juicio[17].

El arbitraje es una institución convencional como ya se mencionó, y la forma de resolver esta controversia es mediante un laudo, que tendrá fuerza vinculatoria para ambas partes, asimilable a la autoridad de un juez estatal. El laudo se limita a resolver lo que al árbitro se le encomiende por las partes, cosa distinta en el

14 Tesis I.3o.C.935 C, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXXIII, mayo de 2011, p. 1019.

15 Tesis 1a. CLXXIII/2011, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXXIV, septiembre de 2011, p. 1033.

16 Tesis I.7o.C.150 C, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXXII, diciembre de 2010, p. 1734.

17 Tesis PC.I.C. J/23 C (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, Libro 26, enero de 2016, t. III, p. 2214.

sistema tradicional de justicia. El laudo que se dicta es materialmente un acto jurisdiccional, que resulta vinculatorio para las partes contendientes, puesto que se sometieron a la decisión de un tercero en ejercicio de la autonomía de su voluntad, que ha sido libre in causa, lo que le confiere fuerza de obligar[18].

En la tesis "Arbitraje comercial. Regulación del dictado del laudo a cargo del tribunal arbitral (interpretación de los artículos 1445, 1448 y 1450 del Código de Comercio)" se refiere a que el tribunal arbitral deberá decidir con base en las estipulaciones del convenio y tener en cuenta los usos mercantiles aplicables.

En el caso que no exista pacto expreso en contrario, el laudo deberá dictarse por escrito, motivado y firmado por los árbitros, constará la fecha y el lugar del arbitraje y el fallo se notificará a cada una de las partes mediante entrega de una copia firmada por los árbitros. Según el Código de Comercio, este laudo podrá ser corregido por los siguientes motivos:

a) puede subsanarse cualquier error de cálculo, de copia, tipográfico o de naturaleza similar, aspectos que incluso el tribunal arbitral podrá enmendar por propia iniciativa, también dentro de los treinta días siguientes a la fecha del laudo; y,

b) si lo acuerdan las partes, podrá solicitarse que se haga una interpretación sobre un punto o una parte concreta del laudo; y si el tribunal arbitral lo estima justificado, después de esa estimativa efectuará la corrección o dará la interpretación dentro de los treinta días siguientes a la recepción de la solicitud; de manera que la interpretación y los pronunciamientos aclaratorios formarán parte del laudo definitivo[19].

La Suprema Corte de Justicia de la Nación, a pesar de que cuenta con una limitada cantidad de tesis aisladas en la materia de arbitraje, propone entender este concepto de manera convencional e internacional, lo que permite abrir el espectro de regulaciones como lo es la Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras, y la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional, por decir algunos ejemplos. Y con esto reforzar los procedimientos arbitrales a la luz del derecho internacional en consonancia con el derecho interno.

IV. ARBITRAJE INTERNACIONAL VS. MÉXICO.

El arbitraje internacional es uno de los temas de mayor controversia para el Estado mexicano, pues en los últimos años se ha vinculado al país a pagar

18 Tesis I.3o.C.934 C, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXXIII, mayo de 2011, p. 1018.

19 Tesis 1a. CLXXII/2009, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXX, septiembre de 2009, p. 431.

cantidades millonarias por los procesos arbitrales perdidos en materia de energía e infraestructura. A continuación, se exponen algunos de los casos donde México ha participado como parte en procesos de arbitraje internacional.

1. Casos donde México es parte.

Para iniciar este estudio, en el año 2021, México subió al quinto escaño como el país con mayor número de disputas en materia de inversión privada mediante arbitrajes internacionales (número 5 de 150 países), donde la mayoría atienden temas de energía e infraestructura. La Cámara de Comercio Internacional señala que el 70% de los casos de arbitraje son sobre temas de energía, sobre todo por las modificaciones legislativas que México ha emprendido en la política federal. Este incremento de casos ocasiona un declive en el número de inversiones, que son fundamentales en los nuevos procesos de recuperación post-pandemia[20]. Por poner algunos ejemplos enumeramos los siguientes:

Eutelsat S.A. (Francia) vs. México. Eutelsat adquirió en 2014 el 100% del capital accionario de la empresa SATMEX y con ello se convirtió en titular de las concesiones que fueron otorgadas a SATMEX para ocupar posiciones orbitales geoestacionarias de México. Eutelsat reclamaba presuntos actos arbitrarios de la SCT, dado que ésta se había negado a reducir la Capacidad Satelital Reservada al Estado (CSRE) contenida expresamente en sus títulos de concesión relativa a la capacidad satelital gratuita a favor del Estado mexicano.

Eutelsat alegó que México afectó sus expectativas legítimas de inversión, no le otorgó un trato justo y equitativo; y la trató de manera discriminatoria en comparación con el trato otorgado a otras empresas en el sector.

El Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI) determinó que México no incumplió sus obligaciones emanadas en el APPRI México-Francia y rechazó la reclamación en contra de México. El laudo condena a los inversionistas a pagar a México por gastos derivados de la defensa en el arbitraje encabezado por la Secretaría de Economía[21].

International Thunderbird Gaming Corporation (Thunderbird) vs. México. Entre el 2000 y 2001 abrió tres establecimientos de máquinas tragamonedas en el estado de Tamaulipas. La SEGOB los clausuró por tratarse de juegos prohibidos de azar

20 González, L.: "México, quinto país con más litigios en energía", ICC, El Economista, México, 16 de junio de 2022, https://www.eleconomista.com.mx/empresas/Aumentan-litigios-de-empresas-energeticas-contra-Mexico-el-pais-ya-es-quinto-en-arbitrajes-internacionales-20220616-0084.html

21 Secretaría de Economía: *México prevalece en caso inversionista-Estado promovido por la empresa francesa Eutelsat, S.A. al amparo del APPRI México-Francia,* México, Prensa, 16 de septiembre de 2021, https://www.gob.mx/se/prensa/mexico-prevalece-en-caso-inversionista-estado-promovido-por-la-empresa-francesa-eutelsat-s-a-al-amparo-del-appri-mexico-francia

con apuesta. Thunderbird alegó que se trataban de juegos de habilidad y destreza; y presentó una reclamación de arbitraje en la cual alegó violaciones a los artículos 1102 (trato nacional), 1105 (nivel mínimo de trato) y 1110 (expropiación) del capítulo XI del TLCAN. Thunderbird reclamó el pago de daños por aproximadamente 175 millones de dólares.

El Tribunal arbitral constituido conforme de las disposiciones del Capítulo XI del Tratado de Libre Comercio de América del Norte sentenció que no había nada que pudiere objetarse en la conducta de la SEGOB, la cual determinó la ilegalidad de las actividades de Thunderbird por tratarse de juegos prohibidos y ordenó la clausura de sus establecimientos en México. La SEGOB ha procurado hacer cumplir la legislación mexicana en materia de juegos de apuestas promoviendo la clausura de numerosos establecimientos de ese "género", condenó a la empresa al pago de los gastos y costas del procedimiento[22].

Corporación Mexicana De Mantenimiento Integral S. De R.L. De C.V. vs. Pemex Exploración y producción. Las partes celebraron un acuerdo por el cual se comprometieron a someter a arbitraje cualquier controversia derivada de la relación contractual, debido a que PEP originalmente actuó como una entidad privada y en tal carácter acordaron suscribir una cláusula compromisoria.

Sin embargo, la cláusula quedó sin efecto por una causa posterior, que fue generada por la propia COMMISA, ya que la demandante decidió incumplir dicho acuerdo al someter esta misma controversia, tanto constitucional como de legalidad, a la jurisdicción de los tribunales federales. Así, la propia COMMISA renunció a su derecho de someter la controversia a arbitraje. En otras palabras, la demandante, por su propia voluntad, provocó la posterior incompetencia del Tribunal Arbitral y, por tanto, la ineficacia del procedimiento arbitral. El hecho de que COMMISA, al iniciar un juicio de amparo, considerara a PEP como una Autoridad "facultada" provocó la falta de competencia del Tribunal.

La International Chamber of Commerce condenó a PEP a pagar a COMMISA las cantidades de doscientos ochenta y seis millones ciento un mil cuatrocientos treinta y siete 17/100 Dólares Americanos (USD 286.101.437,17)[23].

Lion Mexico Consolidated vs. México. El caso surge como consecuencia de la demanda arbitral interpuesta por Lion México Consolidated, LLP (Lion) en contra de ciertos actos de juzgados y tribunales mexicanos, que conocieron de un fraude

22 Italaw: *Case International Thunderbird Gaming Corporation v. The United Mexican States, UNCITRAL*, 2015, https://www.italaw.com/cases/571

23 Jusmundi: *Corporacion Mexicana De Mantenimiento Integral S. De R.L. De C.V. v. Pemex Exploracion y Produccion,* ICC Case No. 13613/CCO/JRF, https://jusmundi.com/en/document/decision/en-corporacion-mexicana-de-mantenimiento-integral-s-de-r-l-de-c-v-v-pemex-exploracion-y-produccion-final-award-wednesday-16th-december-2009

orquestado en su contra por inversionistas mexicanos. Lion argumentó que el Estado mexicano había incurrido en violaciones al artículo 1105 del TLCAN —estándar mínimo de trato— como consecuencia de una serie de decisiones judiciales cuestionables.

El CIADI ordenó al Estado mexicano pagar más de $47 millones de dólares. Las decisiones de los tribunales mexicanos que negaron reiteradamente a Lion el derecho a presentar pruebas relevantes y sustanciales para la defensa de su caso equivalen a una conducta procesal indebida y escandalosa, que no cumple con el estándar básico de administración de justicia y debido proceso internacionalmente aceptado, y que conmociona o sorprende el sentido de la corrección judicial[24].

Los altibajos del Estado mexicano en la defensa ante los arbitrajes internacionales se pueden observar de manera clara en los casos precedentes, las inconsistencias judiciales, así como los cambios en la administración pública federal y sus reformas legislativas y de políticas públicas ocasionan que el número de arbitrajes incremente, y con esto, los fallos en contra de México con los pagos millonarios que estos conllevan.

2. Arbitrajes internacionales en puerta para México.

El Estado mexicano, al encontrarse en el top 5 de los países con mayor número de arbitrajes iniciados en materia de energía e infraestructura, ocasiona que dicha lista sea extendida y con fuertes procedimientos pendientes. A continuación, mencionamos algunos de estos arbitrajes que se encuentran en puerta para México:

1°) Talos Energy se encuentra en etapa de notificación de disputa rumbo a un posible arbitraje internacional contra el gobierno mexicano, como operadora del bloque adjudicado en la Ronda petrolera 1.1 donde se llevó a cabo el primer hallazgo de hidrocarburos por parte de un privado después de 80 años: el campo Zama.

2°) La CFE reclama un pago de 190.2 millones de dólares a Iberdrola dentro de un proceso de arbitraje internacional que inició la española en marzo del año pasado, por la central de ciclo combinado Topolobampo III.

3°) Monterra Energy presentó una Notificación de la Intención de someter una reclamación a arbitraje al gobierno de México por acciones ilegales y

24 Jardón, L.: *Lion vs. México: una condena internacional a las malas prácticas del poder judicial mexicano,* México, Nexos, 3 de noviembre de 2021, https://eljuegodelacorte.nexos.com.mx/lion-vs-mexico-una-condena-internacional-a-practicas-enraizadas-de-los-poderes-judiciales-mexicanos/#_ftn5

discriminatorias que impiden las operaciones de su terminal de importación de combustibles en el puerto de Tuxpan en Veracruz[25].

Sin embargo, uno de los temas de mayor relevancia en las últimas semanas es el triunfo de la licitación de Curtis Mallet-Prevost Colt & Mosle, una firma de abogados con sede en Nueva York para asesorar a México ante 13 disputas de inversión, entre ellas, contra Finely Resources en materia de petróleo y gas, y, otro contra una subsidiaria de Consolidated Water sobre una planta de tratamiento de agua[26].

Aunado a esto, crecen las tensiones entre México, Estados Unidos y Canadá por la solicitud del panel de arbitraje derivado de las presuntas políticas energéticas discriminatorias del gobierno mexicano hacia las empresas estadounidense, lo que violan el pacto comercial norteamericano en virtud del capítulo 31 del T-MEC. Anteriormente, México había sido demandado ante arbitraje CIADI por sus faltas al TLCAN[27].

V. CONCLUSIONES.

El arbitraje es un mecanismo de solución de conflictos basado en la voluntad de las partes para someter su conflicto bajo la decisión de un tercero denominado árbitro, normalmente implementado en el derecho comercial. Asimismo, en México, la única legislación especializada en la materia de arbitraje comercial se encuentra en el Código de Comercio, y ante la falta de regulación nacional de los mecanismos de solución de controversias puede limitar la libertad para aplicar estas alternativas de forma concreta.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación se ha pronunciado al respecto de elementos básicos y constitutivos del arbitraje, sin embargo, no se ha ampliado este análisis para el caso de las controversias a nivel internacional, lo que sería pertinente al contar con un gran número de casos internacionales para el Estado mexicano.

En ese sentido, México tiene un oscuro historial al respecto de la contienda en materia de arbitraje, puesto que, por cuestiones políticas y de administración pública, la mayoría de estos procedimientos terminan en laudos condenatorios por cantidades millonarias que conduce a una afectación tanto jurídica como económica para el Estado mexicano.

25 González, L.: "México, quinto país", cit.

26 Andrade Alemán, F. E., *Curist Mallet-Prevot Colt & Mosle asesorará a la SE en 13 disputas de inversión con EU,* México, Agencia Reforma, 12 de octubre de 2022, *https://suracapulco.mx/impreso/5/curtis-mallet-prevost-colt-mosle-asesorara-a-la-se-en-13-disputas-de-inversion-con-eu/*

27 Islas Colín, A. y Domínguez Vázquez, J.A.: "México ante el arbitraje de inversión CIADI, la justicia alternativa en materia de inversiones", *Revista Lex Mercatoria,* vol. 13, 2019, p. 63.

BIBLIOGRAFÍA

Andrade Alemán, F. E.: *Curist Mallet-Prevot Colt & Mosle asesorará a la SE en 13 disputas de inversión con EU,* México, Agencia Reforma, 12 de octubre de 2022, https://suracapulco.mx/impreso/5/curtis-mallet-prevost-colt-mosle-asesorara-a-la-se-en-13-disputas-de-inversion-con-eu/

Cornelio Landero, E.: "Los mecanismos alternativos de solución de controversias como derecho humano", *Barataria, Revista Castellano-Manchega de Ciencias Sociales,* núm. 17.

González, L.: "México, quinto país con más litigios en energía": *ICC,* El Economista, México, 16 de junio de 2022, https://www.eleconomista.com.mx/empresas/Aumentan-litigios-de-empresas-energeticas-contra-Mexico-el-pais-ya-es-quinto-en-arbitrajes-internacionales-20220616-0084.html

Islas Colín, A. y Domínguez Vázquez, J.A.: "México ante el arbitraje de inversión CIADI, la justicia alternativa en materia de inversiones", *Revista Lex Mercatoria,* vol. 13, 2019.

Jardón, L.: *Lion vs. México: una condena internacional a las malas prácticas del poder judicial mexicano,* México, Nexos, 3 de noviembre de 2021, https://eljuegodelacorte.nexos.com.mx/lion-vs-mexico-una-condena-internacional-a-practicas-enraizadas-de-los-poderes-judiciales-mexicanos/#_ftn5

Mantilla Serrano, F.: "Las relaciones entre los árbitros y los jueces", en AA. VV.: *Arbitraje comercial internacional* (coord. por L. Pereznieto Castro), Doctrina Jurídica Contemporánea, México, 2000, p. 170.

CONSIDERACIONES SOBRE LA CESIÓN DE CRÉDITOS EN EL CÓDIGO CIVIL DE BOLIVIA (ARTS. 384-394)

CONSIDERATIONS ON THE ASSIGNMENT OF RECEIVABLES IN THE CIVIL CODE OF BOLIVIA (ARTS. 384-394)

Rev. Boliv. de Derecho Nº 37, enero 2024, ISSN: 2070-8157, pp. 612-669

Almudena
CARRIÓN
VIDAL

ARTÍCULO RECIBIDO: 12 de julio de 2023
ARTÍCULO APROBADO: 4 de diciembre de 2023

RESUMEN: El presente trabajo contiene un estudio de conjunto sobre la figura de la cesión de créditos en el Código Civil Boliviano.

Tras unas consideraciones generales acerca de los derechos de crédito como derechos subjetivos de carácter patrimonial o económico, así como de la cesión de créditos en el marco de los cambios de acreedor en las relaciones obligatorias, el estudio se centra en el análisis pormenorizado de la cesión de créditos en el marco del Código Civil Bolivia, a través de un comentario de carácter exegético de los arts. 384 a 394 del citado CC.

PALABRAS CLAVE: Derechos subjetivos de carácter patrimonial; derechos de crédito; cambios en el lado activo de las relaciones obligatorias; cesión del créditos y estructura de la cesión.

ABSTRACT: *This work contains an overall study on the figure of the assignment of credits in the Bolivian Civil Code.*

After some general considerations about credit rights as subjective rights of a patrimonial or economic nature, as well as the assignment of credits within the framework of changes of creditor in obligatory relationships, the study focuses on the detailed analysis of the assignment. of credits within the framework of the Bolivian Civil Code, through an exegetical commentary on arts. 384 to 394 of the aforementioned CC.

KEY WORDS: *Subjective rights of a patrimonial nature; credit rights; changes in the active side of obligatory relationships; assignment of credits and structure of the assignment.*

SUMARIO.- I. EL CRÉDITO COMO DERECHO SUBJETIVO DE CARÁCTER PATRIMONIAL O ECONÓMICO. - 1. La naturaleza del derecho de crédito. - 2. Derechos de crédito y autonomía privada. - 3. Los cambios de acreedor en la relación obligatoria. - II. CONSIDERACIÓN GENERAL ACERCA DE LA CESIÓN DE CRÉDITOS. - III. CESIÓN DE CRÉDITOS. CONCEPTO. - IV. EFECTOS DE LA CESIÓN. - 1. Relación cedente – cesionario. 2.- Relación cedente—deudor cedido. - 3. Relación cesionario—deudor cedido. -V. FORMA DE LA CESIÓN. -VI. OBJETO DE LA CESIÓN. PRELIMINAR. -VII. ACUERDO Y TRASLACIÓN EN EL NEGOCIO DE CESIÓ. -1. Preliminar. - 2. Cesión por acto *inter vivos*.3.- Cesión "aún sin el consentimiento del deudor". -4. Cesión "a título oneroso o gratuito". - VIII. EL CRÉDITO CEDIDO. - 1. Presupuestos de carácter objetivo. - 2. "Siempre que la transferencia no contradiga lo preceptuado por la ley". - 3. "O lo convenido con el deudor". - IX. CAPACIDAD. -1. Consideración general. - 2. Capacidad jurídica; capacidad de obrar; capacidad de disposición. -3. Cual hubiere debido ser la formulación del legislador boliviano. - 4. Poder de disposición *versus* prohibiciones de disponer. -5. Pactos de *non cedendo* y prohibiciones de disponer en materia de cesión de créditos. - 6. Capacidad del cedente del crédito. - 7. Capacidad del cesionario. - X. PROHIBICIONES. - 1. Formulación del precepto. - 2. Carácter de la norma: Prohibiciones, no incapacidades. - A) Heterogeneidad. -B) Fundamento. -C) Cesionarios- D) Encargados de administrar justicia. -3. Art. 386.I.2. -4. Art. 386.I.3. -5. Art. 386.I.4.- 6. Régimen de ineficacia: Art. 386. II. -XI. DOCUMENTOS PROBATORIOS DEL CRÉDITO. -1. Cuestión preliminar. 2.- La rúbrica del artículo es determinante para su interpretación. -3. El precepto no viene referido a la forma del negocio de cesión. - 4. La cesión de créditos exige siempre un cauce negocial determinado. - 5. La errónea creencia acerca de la necesidad de dos actos jurídicos yuxtapuestos como requisito imprescindible en orden a la eficacia de la cesión entre las partes. -6. Referencia al sistema de transmisión propio del CC Bolivia. -7. La posición del CC español. -8. La posición del CC Bolivia. -9. El documento. Su naturaleza. -10. El CC Bolivia prescinde, al igual que el CC español, de los términos equívocos del art. 1689 del *Code Napoleon*. - 11. La cesión de sólo una parte del crédito. - XII. ACCESORIOS DEL CRÉDITO. ART. 388.- 1. El alcance objetivo de la cesión. -2. Intereses devengados. - 3. Garantías. - 4. Privilegios. - 5. Carácter meramente dispositivo de la norma. - 6. Los frutos vencidos. - 7. Párrafo II del art. 388. -8. Párrafo III del art. 388. -XIII. EFICACIA DE LA CESIÓN RESPECTO AL DEUDOR CEDIDO. - 1. Planteamiento general. -2. La norma tiene que ver simplemente con el conocimiento por el deudor cedido del negocio de cesión. Consecuencias de un hipotético desconocimiento. -3. Conocimiento de la cesión por el deudor: ya por aceptarla, ya porque se le hubiere notificado al hacerla. - 4. Consecuencias. -5. Eficacia a que se refiere el art. 389.- 6. La norma contempla y regula un simple problema de conocimiento de la cesión por el deudor cedido. -7. Doble vía de conocimiento del negocio de cesión por el deudor cedido. -XIV: EFICACIA DE LA CESIÓN RESPECTO A TERCEROS. -1. Conflicto entre diversos cesionarios sucesivos del mismo cedente. -2. Ámbito de aplicación de la norma. -3. Requisitos de la notificación. - 4. Requisitos de la aceptación. -5. Remedios a favor del cesionario insatisfecho. - XV. LIBERACIÓN DEL DEUDOR CEDIDO. -1. Preliminar. - 2. Alcance de la regla. -3. El art. 391 CC Bolivia despliega sus efectos en el marco de la protección a la apariencia jurídica. - 4. ¿En qué consiste la protección de la apariencia? -5. La protección de la apariencia jurídica presupone el cumplimiento de un canon de diligencia por parte de quien pretenda beneficiarse de ella. -XVI. RESPONSABILIDAD DE LA CESIÓN A TÍTULO ONEROSO. ART. 392.-1. La sustancial diferencia entre cesión a título oneroso o a título gratuito. -2. "Garantizar que el crédito transmitido le pertenece al tiempo de hacerse la cesión". -3. Existencia y legitimidad del crédito. -4. Existencia y legitimidad del crédito como presupuestos de la cesión. -5. Inexistencia o no pertenencia al cedente del crédito cedido. -XVII. RESPONSABILIDAD EN LA CESIÓN A TÍTULO GRATUITO. ART. 393. -XVIII INSOLVENCIA DEL DEUDOR. - 1. Planteamiento introductorio. -2. Solvencia del deudor cedido en el momento de la cesión. - 3.

• Almudena Carrión Vidal
Profesora-Tutora UNED de Derecho Civil. Doctora en Derecho por la Universidad de Valencia. Correo electrónico: almudenacarrionvidal@hotmail.com

Regla general. -4. ¿Cuándo responderá el cedente? -5. Naturaleza de la obligación de garantía del crédito. - 6. Duración de la obligación de garantía. 7-. "Insolvencia pública y anterior a la cesión". -8. Apartado II art. 394.

I. EL CRÉDITO COMO DERECHO SUBJETIVO DE CARÁCTER PATRIMONIAL O ECONÓMICO.

"El acreedor, aún sin el consentimiento del deudor, puede transferir su crédito, a título oneroso o gratuito, siempre que la transferencia no contradiga lo preceptuado por la leyo lo convenido con el deudor" (art. 384).

Con este art. 384 inicia el CC de Bolivia la regulación de la figura de la cesión de créditos. Importa ya dejar constancia de que el texto del precepto es repetición casi literal del art. 1260 del CC italiano vigente.

1. La naturaleza del derecho de crédito.

Se impone partir de una premisa básica, que viene referida a la naturaleza misma del derecho de crédito.

En el marco del llamado Derecho civil patrimonial o Derecho de bienes se integran las relaciones jurídico-reales y las relaciones obligatorias. Los derechos de crédito corresponden a las segundas. En tanto que los derechos reales son derechos absolutos, oponibles por ello frente a todos; los derechos de crédito (llamados también, con escaso acierto "derechos personales") son derechos relativos, en cuanto sólo son oponibles o esgrimibles frente al deudor.

No obstante, esta sustancial diferencia, comparten sin embargo una característica esencial. Los derechos de crédito (al igual que los derechos reales) tienen naturaleza patrimonial o económica, representan valores económicos, y por ello son susceptibles de formar parte de un patrimonio. En este sentido, el art. 659 CC español, aunque refiriéndose a la noción de la herencia, señala que esta comprende "todos los bienes, derechos y obligaciones de una persona que no se extingan por su muerte". Hay, pues, una referencia expresa a los derechos, derechos que contemplados desde el lado activo de la relación obligatoria son los derechos de crédito, transmisibles (como se verá) inter vivos o mortis causa.

No nos interesa aquí la noción de Herencia, pero si la noción de patrimonio. En definitiva, la herencia no es sino el patrimonio del difunto deferido mortis causa. Por tanto, cuando ese patrimonio se contempla por el Derecho en vida de su titular, se denomina "patrimonio". Tras la muerte de aquél, se transforma en "herencia". En esa masa patrimonial se integran los derechos de crédito o derechos personales, susceptibles de cesión.

2. Derechos de crédito y autonomía privada.

Si como se acaba de decir, los derechos de crédito son derechos patrimoniales, derechos que representan valores económicos, y esta premisa la ponemos en conexión con el principio de autonomía privada; principio éste que despliega su eficacia con máxima intensidad en el campo del llamado Derecho de obligaciones (art. 1255 CC español), fácilmente se comprende que el sujeto titular de un derecho de crédito, el titular del crédito, o, si se prefiere, el sujeto que ocupa el lado activo de la relación obligatoria, frente al sujeto que ocupa el lado pasivo de aquella, es decir , el deudor, podrá (si así lo estima conveniente para la consecución de sus legítimos intereses) transferir o transmitir su crédito a otra persona. En definitiva, el acreedor o titular del crédito, puede disponer del mismo. Y si decide hacerlo, no está haciendo más que un ejercicio o un acto de autonomía privada.

3. Los cambios de acreedor en la relación obligatoria.

La figura de la cesión de créditos debe así ser encuadrada en un marco temático más amplio, como lo es el referido a los cambios de acreedor en la relación obligatoria. La cesión es, implica efectivamente, un cambio de acreedor en la relación obligatoria; pero no todo cambio de acreedor en la relación obligatoria es necesariamente una cesión del crédito.

El ámbito o la temática de los cambios de acreedor en la relación obligatoria es más amplio que el propio de la cesión del crédito. Un cambio de acreedor en la relación obligatoria puede deberse a:

A) La cesión del crédito.

B) La transmisión del crédito operada por virtud del endoso al que el derecho aparece incorporado.

C) Cambio de acreedor en la relación como consecuencia de la subrogación en el crédito.

D) Sub-ingreso de un nuevo acreedor en el lugar del antiguo, para la defensa de un interés en la recuperación de un reembolso patrimonial que le ha sido hecho al acreedor anterior por parte del sujeto que luego se subroga en la posición del acreedor satisfecho.

E) Transmisión del crédito por vía hereditaria y a a los herederos del acreedor, ya como atribución a un legatario (legado de un crédito).

F) Cabe finalmente que la transmisión se realice por virtud de una disposición judicial cuando el derecho del acreedor ha sido embargado por sus propios acreedores y vendido en pública subasta (cesión o adjudicación judicial del crédito).

II. CONSIDERACIÓN GENERAL ACERCA DE LA CESIÓN DE CRÉDITOS.

Centrados ya en la figura concreta que aquí interesa: la cesión de créditos importa señalar que la circulación de los créditos es objeto de consideración por el legislador de lamisma manera que la circulación de cualesquiera otros bienes.

Es taxativo al respecto el art. 593 CC Bolivia respecto a lo que puede ser objeto de venta:

"Pueden venderse todas las cosas o derechos la enajenación de los cuales no esté prohibida por la ley".

La inclusión en esa fórmula tan sumamente general de la venta de créditos no presenta lamás mínima duda.

Se entiende por ello que cuando el acreedor transmite a otra persona su derecho, transmite la entera posición jurídica que tenía en la relación, con la plenitud de los efectos que tal relación le asigna, y se entiende además que para el deudor es indiferentequien sea la persona del acreedor, puesto que ello no altera sustancialmente su propia situación jurídica. Ello no obstante, esta afirmación precisa matizaciones (a las que se hará referencia después), y que vienen impuestas por el inciso del propio art. 384 CC Bolivia, *"o lo convenido con el deudor"*, y que podrá dar cabida al pacto entre acreedor y deudor, y por el que quizá la persona del acreedor no resultare indiferente para el deudor, de modo o manera que la cesión hecha vulnerando ese pacto con el deudor podría venir afectada por algún tipo de ineficacia, cuestión está en la que ahora no procede entrar. Y, de otra parte, quizá también cabe pensar que ese inciso legislativo no tenga que ver con la persona de un hipotético nuevo titular del crédito sino con circunstancias de otra naturaleza.

III. CESIÓN DE CRÉDITOS. CONCEPTO.

La cesión de crédito es un negocio jurídico, es decir, un acto jurídico negocial cuyos efectos se producen e*x voluntat*e (es decir, en cuanto queridos por las partes) y no por disposición de la ley.

Importa señalar que por "cesión del crédito" se entiende tanto el negocio mismo productor del efecto traslativo del crédito como el efecto traslativo en sí.

Este negocio jurídico al que se acaba de hacer referencia se celebra por el acreedor o titular del crédito con otra persona, a la que transmite la titularidad de su derecho. El negocio es, pues, un cauce para realizar el interés de las partes en la circulación o en la comercialización del crédito.

Se está por tanto ante un contrato entre la parte que cede y la parte que adquiere el crédito. A este contrato, productivo inmediatamente del efecto traslativo, permanece extraño el deudor cedido (aunque con las salvedades a que se hace referencia posteriormente).

¿Se está ante un contrato aleatorio? Cabría pensar que la prestación del cedente es aquí menos segura que, por ejemplo, en la compraventa de una cosa corporal, sobre todo cuando se trata de compraventa de un crédito, al entrar en juego la solvencia del deudorcedido y de ésta no se hace responsable, en principio, el vendedor. Pero de otro lado, la probabilidad de que el deudor pague cuando el crédito existe y es legítimo, resulta bastante elevada. Ello no autoriza a clasificar el contrato como aleatorio, salvo que el crédito se vendiere como dudoso.

Los sujetos de ese negocio jurídico contractual son, de una parte, el acreedor cedente y, de otra parte, el cesionario. Por virtud de ese negocio jurídico, aquél transmite a éste la titularidad del derecho de crédito cedido, y como consecuencia se lleva a cabo adquisición del mismo por parte del cesionario.

Se afirma por algún sector doctrinal que la diferencia entre este contrato y el de compraventa cuando se transmite una corporal, radica en que en este caso (el de cesión) existe una relación triangular.

Esta afirmación cabe admitirla siempre que no signifique que se trata de un contrato con tres partes. Efectivamente, cuando la cesión del crédito se lleva a cabo a través de una compraventa el círculo de personas afectadas es más amplio que en la compraventa ordinaria.

Y es que, en las cesiones de crédito, además de cedente y cesionario, se requiere la existencia de otra persona (el deudor cedido) de la cual no puede prescindirse, aunque no concurra al contrato, ya que es un elemento necesario de la relación jurídica que se transmite, y sin ella no podría existir crédito o ejercitarse la acción. Esta última (la acción) no tendría utilidad, ni podría cederse a falta de persona a quien pudiera demandarse, como señala con toda lógica un autorizado sector de la doctrina científica.

Se trata la cesión del crédito de un negocio de enajenación, encaminado a lograr la adquisición del crédito por el cesionario. Una transmisión del crédito que se realiza por acto *inter vivos* y que cumple una importante función económica: la de circulación de loscréditos dentro del comercio jurídico.

El deudor cedido no es, en rigor, parte del negocio de cesión, ni tiene por qué manifestaren él su consentimiento, aunque con la matización aludida anteriormente

y a la que habrá que referirse posteriormente: "siempre que la transferencia no contradiga lo convenido con el deudor" (art. 384 CC Bolivia, inciso final).

IV. EFECTOS.

Un análisis de los efectos que produce la cesión es susceptible de enfoque a través de las tres posibles relaciones a que la cesión da lugar:

1. Relación cedente-cesionario.

La relación entre cedente y cesionario es la que surge directamente como consecuencia del negocio de cesión, y determina el traspaso del derecho de crédito del cedente al cesionario. Debe entenderse para el Derecho boliviano, como para el español, que la transmisión se produce como consecuencia del negocio consensual de cesión; es, pues, efecto del negocio de cesión.

Esa transmisión lleva como consecuencia la transmisión de todos los accesorios del crédito, quedando obligado el cedente (también por exigencias de la buena fe) a llevar a cabo todos los actos necesarios para proporcionar al cesionario los medios para lograr la plena efectividad del crédito (un lugar importantísimo jugará aquí la entrega de documentación, o de títulos, o cualesquiera otros medios probatorios).

Además, el CC Bolivia impone al cedente, como el CC español, la obligación referida a la existencia y legitimidad del crédito, la llamada *veritas nominis* o la solvencia del deudor cedido, la llamada *bonitas nominis.*

Ninguna duda cabe en cuanto a que la expresión del CC Bolivia ("el crédito transmitido le pertenece" al cedente), abarca y comprende esa existencia y legitimidad a que se ha hecho referencia.

Valga aquí este planteamiento general, sin perjuicio de las precisiones y puntualizacionesque se harán en su momento.

2. Relación cedente deudor cedido.

La relación entre cedente y deudor es distinta antes o después de la notificación de la cesión. Antes de habérsele notificado la cesión al deudor cedido, si el deudor cedido pagare al cedente, el pago está bien hecho, lo que conlleva lógicamente la liberación del deudor.

Efectuada la notificación, la relación entre cedente y cedido desaparece, y viene sustituida por la relación entre el cesionario y el cedido. Éste es ya únicamente deudor del cesionario.

Como luego se dirá, aunque se anticipe aquí, lo que realmente importa no es la notificación en sí al deudor sino el conocimiento que éste tuviere de la cesión realizada. El conocimiento efectivo puede, pues, suplir la falta de notificación y, en consecuencia, el deudor que, conociendo la cesión, alegara la falta de notificación actuaría injustamente y de mala fe.

3. Relación cesionario-deudor cedido.

Tratándose de la relación entre cesionario y deudor cedido, se trata de la misma relación obligatoria inicial siquiera ahora con un cambio en el lado activo de aquella. Hay ahora un nuevo acreedor en esa relación: el cesionario.

Este es ahora el nuevo titular del derecho de crédito, con todas las facultades inherentes al mismo, y todos sus accesorios, privilegios y acciones que le competan.

La cesión de créditos puede obedecer a causas muy diversas y cumplir funciones que son diversas también, que no responden siempre y necesariamente al intercambio de un crédito por un precio en dinero o signo que lo represente. Por todo ello, conviene (en el CC Bolivia, en el CC español) configurar la cesión como una figura autónoma frente a cualquier tipo de actos de naturaleza diferente, y, en consecuencia, englobar dentro de esa figura todos los actos traslativos de los créditos que se realicen por negocio inter vivos, y que respondan al interés de la circulación de los créditos, cualquiera sea la causa de que vayan precedidos.

Cualquier título, oneroso o gratuito, es idóneo para justificar la transferencia del crédito. La cesión de un crédito es, pues, en otros términos, un negocio con causa variable, expresión ésta con la que se quiere asimismo destacar la indiferencia que, para el deudor cedido, asume el elemento causal de la cesión.

La pluralidad de posibles causas de la cesión ha permitido sostener que no es un tipo particular de negocio jurídico, sino que se limita a ser un acuerdo genérico dirigido a producir la transmisión *inter vivos* del derecho de crédito, de manera que puede quedar contenida en determinados contratos típicos o atípicos.

Sin embargo, esta fragmentación de la cesión de créditos no resulta conveniente desde ningún punto de vista. En la doctrina española predomina el parecer según el cual la única manera posible de configurar la cesión de créditos como un tipo contractual unitario, en el seno de un ordenamiento causalista como lo es el español, es acudir a la categoría de los negocios o contratos que un autorizado sector de la doctrina científica española denominaba "con causas plurales, variables o fungibles".

La causa del contrato al que estamos haciendo referencia es la función de transferencia del derecho de crédito, aunque, como ésta es insuficiente por sí

sola, tiene que ser integrada por un elemento variable que es la concreta función o finalidad a la que responda en cada caso la transmisión del crédito.

Es decir, la transferencia en sí carecería de sentido si careciera de apoyo o fundamento en esa concreta función o finalidad, función o finalidad que da sentido a esa transferencia.

Un título idóneo es, desde luego, indispensable para que el efecto de la transferencia del crédito se verifique, el negocio de cesión debe tener causa suficiente; siquiera la naturaleza causal de la cesión no implica que deba indicarse aquella, y probarse; la validez de la causa se presume en tanto no se pruebe lo contrario. La cesión es por tanto nula si tuviere causa ilícita.

V. FORMA DE LA CESIÓN.

La cesión requiere la forma propia del negocio mediante el cual se realice. De conformidad con el principio general de libertad de forma, puede afirmarse que la cesión de crédito no está vinculada a forma alguna particular, cabiendo incluso su conclusión en forma verbal, sin perjuicio desde luego de los problemas de prueba que la cesión de un crédito hecha verbalmente pueda llevar consigo, y sin perjuicio de otra parte que, si el negocio traslativo requiera una forma determinada, haya ésta de ser observada para que la cesión se produzca.

VI. OBJETO DE LA CESIÓN. PRELIMINAR.

Toda situación jurídica relevante que constituya título respecto de una persona determinada, y referida a una prestación puede constituir objeto de cesión.

El objeto de la cesión es, pues, el derecho de crédito que resulta cedido. Crédito que ha de ser efectivamente existente y fundado en un título válido.; transmisible.

Además, la cesión alcanza a derechos de crédito y a lo que en la terminología jurídica se denominan "accesorios del crédito".

VII. ACUERDO Y TRASLACIÓN EN EL NEGOCIO DE CESIÓN.

1. Preliminar.

Al igual que en el Derecho español en el cual, tratándose de cesión de un crédito, acuerdo y traslación están estrechamente unidos, sin que quepa entonces pensar que la cesión alude al momento traslativo y que aquella requiera un acuerdo precedente con el que se encuentre causalmente enlazada, tratándose del CC Bolivia esta conclusión parecería imponerse con mayor fuerza, dado que

el sistema de la transmisión de la propiedad de cosas o derechos lo es por el solo consentimiento (art. 584 CC Bolivia, para la compraventa).

Sin embargo, el art. 387 CC Bolivia (al que se hará referencia posteriormente) contiene una regla que parece se aparte, solo aparentemente, de lo que se acaba de decir.

"Para que tenga efecto la cesión de crédito, el cedente debe entregar al cesionario el documento probatorio de aquél. Si se ha cedido sólo una parte del crédito está obligado adar al cesionario una copia auténtica del título".

El precepto hace, pues, referencia a la eficacia misma de la cesión, subordinando ésta a laentrega por el cedente al cesionario del documento probatorio del crédito, documento al que de alguna manera parece considerar el legislador boliviano incorporado el crédito mismo.

El negocio de cesión parece así descomponerse en dos actos jurídicos yuxtapuestos: a) de un lado, el acuerdo mismo de cesión; la concurrencia de voluntades de cedente y cesionario; y b) de otro, la entrega del documento probatorio del crédito.

Con todo, la conclusión anterior sería por completo errónea a la vista de la rúbrica mismadel art. 387 CC Bolivia ("Documentos probatorios del crédito"), y de la cual no cabe sino inferir que ese art. 387 se refiere a un plano bien distinto del de la perfección misma del negocio de cesión: el plano probatorio de la cesión del crédito, y por ello carente de incidencia alguna en los requisitos que hayan de darse en orden a la existencia de la cesión entre las partes.

La conclusión entonces para el CC Bolivia, al igual que para el CC español, es la misma: acuerdo y traslación se encuentran en el negocio de cesión indisolublemente unidos.

2. Cesión por acto *inter vivos*.

La cesión del crédito es una transmisión del crédito que se realiza por acto *inter vivos*. El crédito puede transmitirse, asimismo, como se ha dicho, por acto *mortis causa*, pero no es a esa transmisión a la que procede referirse aquí, procediendo remitir su estudio al marco del Derecho de sucesiones por causa de muerte. Además, cuando esa transmisióndel crédito se lleva a cabo por acto *mortis causa*, el crédito se recibe (por el heredero o por el legatario) inserto en un complejo más amplio, el propio de la herencia o patrimoniodel difunto deferido *mortis causa*.

3. Cesión "aun sin el consentimiento del deudor".

Así dice literalmente el texto del art. 384 CC Bolivia. La razón o fundamento de tal inciso es sencilla. Al no ser el deudor cedido parte en el negocio de cesión no tiene por qué manifestar en él su consentimiento.

Y la razón misma de que el deudor cedido no haya de manifestar su consentimiento a la cesión, además de que haya que encontrarla en la circunstancia de no ser parte aquél en el negocio de cesión, ha de verse también en la circunstancia (apuntada ya con anterioridad) de que, para el deudor, es indiferente quien sea la persona del acreedor, por cuanto ello no altera sustancialmente su posición jurídica. No contradice lo dicho lo dispuesto en el art. 389 CC Bolivia, y que es objeto de comentario posterior.

4. Cesión "a título oneroso o gratuito".

La transferencia del crédito pueda hacerla su titular "a título oneroso o gratuito". En el lenguaje jurídico el inciso en cursiva no parece precise de demasiadas aclaraciones. En el caso de que la cesión se realice a título oneroso, habrá contraprestación por parte del cesionario, y no la habrá cuando esa cesión se lleve a cabo a título gratuito.

En cualquier caso, la cuestión enlaza de algún modo con las causas de la cesión del crédito; causas que pueden ser muy diferentes. Cabe, en primer lugar, una cesión realizada por causa de venta, cuando el cesionario es un comprador del crédito, y paga por él un precio en dinero o signo que lo represente, cualquiera que sea el importe de tal precio y coincida o no con el valor nominal del crédito. Puede, como se acaba de decir, coincidir con el valor nominal del crédito, o lo que es más frecuente, ser inferior a aquél, de manera que el comprador busca lucrarse con la diferencia entre el precio que paga y la cantidad que obtendrá del deudor.

Puede también transmitirse el crédito cuando se permuta con otro bien de naturaleza distinta o porque se aporta a una sociedad, a fin de que tal crédito se integre en el patrimonio social.

Puede realizarse la cesión *donandi causa* cuando el cedente quiere hacer al cesionario una atribución patrimonial gratuita; el cedente busca hacer una liberalidad en favor del cesionario. En tal caso, se está ante una donación cuyo objeto es precisamente el crédito cedido, que es un bien patrimonial.

En todos estos casos, tendrán que aplicarse en la medida de lo posible las reglas relativas a cada uno de los negocios que ofrezcan su causa específica a la cesión.

Puede hacerse asimismo la cesión *fiduciae causa*. La cesión fiduciaria del crédito tendrá lugar en todos aquellos casos en que la finalidad buscada por las partes no requiera para su consumación tal medio jurídico. Un ejemplo puede ser el de la cesión del crédito con la finalidad de que sea gestionado su cobro por el cesionario. La cesión en comisión de cobro atribuye al llamado cesionario, únicamente, un poder de autorización, que legitima a éste para realizar las actividades precisas para llegar a percibir el crédito cedido. El importe de éste, deducida la comisión que el gestor del cobro puede percibir, pertenece al cedente y al cedente continúa perteneciendo la plena titularidad del crédito.

De lo anterior, parece deba deducirse que, a salvo la existencia de un pacto de irrevocabilidad, con la eficacia propia de este tipo de pactos, la cesión con finalidad de cobro puede ser siempre revocada por el cedente.

Cabría asimismo una cesión solutoria del crédito, o cesión *solvendi causa*, cuando el cedente trate de articular a través de la cesión un medio de pagar una deuda que él mantiene con el cesionario.

Es decir, el cedente, que es deudor del cesionario, pero acreedor de un tercero, trata de articular, a través de la cesión, un cauce para solventar su propia deuda.

¿Cuáles son los efectos de una cesión del crédito con función solutoria? Cabe articular esos efectos de dos modos diferentes: *cessio pro soluto* y *cessio pro solvendo*.

La diferencia entre ambas es que en la primera el cesionario se da por pagado de la deuda que con él mantiene el cedente por el simple hecho de recibir en pago el crédito cedido; en la segunda la deuda que se pretende extinguir con la cesión sólo quedará extinguida cuando el crédito cedido haya sido efectivamente cobrado, o realizado, por el cesionario.

En puridad, la cesión *pro soluto* es una dación en pago, en la que el objeto de la entrega es un crédito. La extinción de la deuda pagada se opera con independencia de la posterior efectividad del crédito cedido. El cedente asume la garantía de la llamada *veritas nominis*, de manera que la inexistencia o la falta de legitimidad del crédito cedido en pago determinarán una responsabilidad del cedente, que no sólo seguirá siendo deudor por la cifra inicial, sino que además habrá de resarcir al cesionario de los gastos que éste haya realizado para el cobro del crédito, e indemnizarle de los daños y perjuicios si hubiere actuado de mala fe, por conocer la inexistencia o la falta de legitimidad del crédito al tiempo de la cesión.

No hay, a menos que se haya pactado, garantía de la *bonitas nominis*, o solvencia del deudor del crédito cedido.

En la cesión *pro solvendo*, la deuda que se pretende extinguir sólo quedará extinguida, como se ha dicho anteriormente, cuando el crédito cedido haya sido efectivamente cobrado por el cesionario.

Cuestión distinta, y discutida en la doctrina científica española, es la de si en el caso de que la suma obtenida con la realización del crédito excede de la cuantía de la obligación originaria del cedente, el cesionario deberá restituir el exceso. Tal solución sin embargo no parece acertada, según el parecer de autorizada doctrina, puesto que el hecho de quela cesión tenga finalidad de cobro no excluye que exista una cesión verdadera y propia, loque conlleva en consecuencia que el cesionario se convierta en titular del crédito. Todo ello sin perjuicio desde luego, al amparo del principio de autonomía privada, de que el pacto de restitución del exceso haya sido expresamente establecido, o se deduzca de la naturaleza del contrato.

En la cesión *pro solvendo,* es opinión autorizada en la doctrina científica española la que entiende que el cesionario asume un deber de diligencia en la realización del crédito cedido, y que deberá observar antes de considerar alzada la suspensión de su acción primitiva y de considerar que el crédito cedido no ha llegado a buen fin.

Soporta, pues, el cesionario la carga de pretender la efectividad del crédito e intentar de manera suficiente el cobro de aquél.

En la duda acerca de si configurar la cesión como *pro soluto o pro solvendo*, parece más razonable inclinarse por la segunda de las opciones, en cuanto comporta menos sacrificios. Nada puede inducir a cargar sobre el cesionario más riesgos de los que expresamente haya aceptado.

Cabe asimismo una cesión de créditos con función de financiación. Y es que la cesión puede venir motivada por necesidades de financiación del cedente o de conversión de sus valores patrimoniales, plasmados en créditos, en dinero efectivo, lo que da lugar a la figura del contrato de descuento. A primera vista, el descuento se asimila a la cesión por causa de venta, en la medida en que el adquirente de los créditos satisface al cedente una cantidad en efectivo, concretada en la reducción del nominal de acuerdo con un determinado tipo de interés.

Y, asimismo, son posibles las cesiones de crédito con finalidad de garantía, pretendiendo con ellas garantizar al cesionario un crédito que éste tenga contra el cedente o incluso frente a un tercero. Este tipo de cesiones plantea problemas de calado: ¿se está ante unaprenda de créditos, o más bien hay que entender existe una cesión plena del crédito, de manera que la finalidad de garantía sólo opera en las relaciones internas entre las partes y se constituye por ello un negocio de carácter fiduciario?

VIII. EL CRÉDITO CEDIDO.

1. Presupuestos de carácter objetivo.

En la figura que nos ocupa, la cesión de créditos, el objeto de la cesión es naturalmente el derecho de crédito que resulta cedido. Para que el negocio de cesión sea eficaz han de concurrir una serie de presupuestos de carácter objetivo:

A) Ha de tratarse de un crédito efectivamente existente y fundado en un título válido. El crédito es inexistente cuando nunca ha existido, o bien cuando haya dejado de existir con anterioridad a la cesión (por ejemplo, ha prescrito, está ya pagado, o cuando concurran otras causas de extinción). La validez del crédito tiene que ver con el título sobre el cual el título cedido se funda, y presupone que el negocio constitutivo de la obligación de donde el crédito cedido dimana es válido y eficaz.

B) Desde un ángulo estrictamente dogmático, la carencia de existencia y de validez del crédito cedido debería dar lugar a la nulidad del negocio de cesión, con la consiguiente restitución al cesionario por el cedente de aquello que hubiere obtenido en virtud de la cesión y de la responsabilidad precontractual por la nulidad de la cesión, si a ello hubiere lugar. Sin embargo, autorizada doctrina española sostiene que el CC español, y lo dicho parece igualmente predicable del CC Bolivia, resuelve el problema de la responsabilidad del cedente por la cesión de un crédito carente de existencia o inválido a través de la figura de la llamada garantía de la *veritas nominis*.

C) El CC español admite la posibilidad de que se enajene un crédito, cediéndolo como dudoso (art. 1529), y también admite la cesión de un crédito litigioso (art. 1535).

D) Ha de tratarse de un crédito que sea transmisible.

La cesión alcanza o comprende el derecho de crédito y lo que en la terminología jurídica suelen denominarse "accesorios del crédito". En este sentido, el art. 1528 CC español resulta sumamente expresivo: "La venta o cesión de un crédito comprende la de todos los derechos accesorios, como la fianza, hipoteca, prenda o privilegio". Es decir, las garantías personales (fianza) o reales (hipoteca, prenda) que constituyan sus accesorios. Y es que, si fuere posible la transmisión del crédito sin esos accesorios, es claro que no se estaría transmitiendo *el mismo crédito* sino otro diferente, carente de ya de esas garantías reales o personales. Con todo, las partes en uso de su autonomía podrán decidir otra cosa.

En la doctrina española se mantiene un parecer afirmativo respecto a la cesión de créditos sometidos a condición suspensiva o a término inicial, los que proceden de obligaciones puramente naturales y los créditos prescritos, con tal de que el cesionario conozca estas circunstancias.

Favorable es asimismo el criterio doctrinal español a la cesión de créditos que se encuentren en una relación de carácter sinalagmático pendiente de cumplimiento, siquiera lógicamente, en tal caso, la cesión deberá venir referida únicamente a la posición activa del cedente, quedando a su cargo la obligación; en otro caso parece se estaría ante una figura distinta: la cesión del contrato.

En general, se admite asimismo la cesión de una parte del crédito. Cesión parcial que admite también el art. 387 CC Bolivia, siempre que la prestación objeto del mismo sea divisible y no esté excluida la cesión. Tratándose de créditos garantizados con hipoteca, esta posibilidad está admitida en el Derecho español por el art. 149 de la Ley Hipotecaria.

El efecto entonces de una cesión parcial del crédito es la división del crédito originario, determinando así la existencia de una pluralidad de créditos, y cuyas relaciones recíprocas se regirán por los principios de autonomía e igualdad.

En virtud de la cesión se transmiten el derecho a obtener la prestación principal, asícomo el derecho a obtener las prestaciones accesorias (por ejemplo, intereses devengados). Se transmiten asimismo las garantías con las que el crédito se encuentra asegurado, ya reales, ya personales. Y, asimismo, el cedente deberá facilitar al cesionario,y entregarle, los títulos y documentos que resulten necesarios para la efectividad del crédito.

Con todo, hay que tener en cuenta, como se acaba de decir, y ello tanto para el CC Boliviacomo para el CC español, que se trata la anterior de una regla dispositiva, y por tanto excluible por voluntad en contrario de las partes. Estas, cedente y cesionario, podrán libremente atribuir a la cesión un alcance objetivo mayor o menor.

2. "Siempre que la transferencia no contradiga lo preceptuado por la ley".

Por ley imperativa, se entiende. Con esta referencia el CC Bolivia viene a decir simplemente que para que la cesión sea eficaz el crédito cedido ha de ser un crédito transmisible.

En el CC español, y la misma regla hay que mantener para el CC Bolivia, la regla general es la de la cedibilidad de los créditos (art. 1112). "Todos los derechos adquiridos en virtud de una obligación son transmisibles con sujeción

a las leyes si no se hubiere pactado lo contrario", afirma textualmente el citado precepto.

Es decir, tal y como para el Derecho español, precisó la STS de 8 octubre 1968, para que los derechos adquiridos en virtud de una obligación sean transmisibles con arreglo a lo dispuesto en el art. 1112 CC, es menester no sólo que pertenezcan privativamente a su titular, sino también que la modificación subjetiva que esta figura jurídica supone no esté prohibida por algún precepto legal, o por una estipulación expresamente pactada por los contratantes, o se oponga a la propia naturaleza del derecho discutido, cual sucede, por ejemplo, en los derechos derivados de la patria potestad, filiación, derecho al nombre y, en general, con los de índole meramente personal.

Argumentación ésta que resulta perfectamente aplicable al Derecho boliviano, por su misma naturaleza.

La formulación del CC español es clara desde luego, pese a que su tenor literal no lo sea tanto: ¿derechos adquiridos en virtud de una obligación? Resulta extraño que de una obligación puedan adquirirse derechos, pero es claro por evidente que el legislador español cuando habla de "obligación" en el art. 1112 lo está haciendo a la relación obligatoria, relación de la cual obviamente pueden nacer derechos para el sujeto o sujetos que ocupan el lado activo de aquella (el acreedor o acreedores).

La intransmisibilidad del crédito, o la imposibilidad de transferirlo, puede responder a diversas causas. Así, de una expresa disposición legal que prohíba la transmisión, por ejemplo, el derecho de crédito a percibir una pensión de alimentos derivada de una obligación legal; pero también de una expresa disposición negocial que prohíba al acreedor la cesión.

3. "O lo convenido con el deudor".

El CC Bolivia se refiere aquí, como se acaba de apuntar en precedencia, a la existencia en su caso de una expresa disposición negocial que prohíba al acreedor la cesión del crédito.

Que se ha de tratar de una disposición expresa contenida en el mismo negocio de cesión parece evidente. Y ello en aras de la seguridad y de la libertad del comercio jurídico. Si esa disposición no se ha incluido expresamente, el titular del crédito podrá cederlo sin problema alguno. Y es que no cabe en modo alguno presumir o supone la existencia de una cláusula prohibitiva de la cesión si esta no ha sido objeto de pacto expreso.

La cuestión interpretativa que aquí plantea el art. 384 CC Bolivia no es ya la referida a la validez o invalidez de una tal disposición, no cabría dudar de su validez tratándose como se trata de materia sujeta a la autonomía privada; el problema tiene que ver con el de determinar la eficacia de tal cláusula supuesta su inclusión en el negocio de cesión del crédito.

La respuesta más coherente para ambos Derechos (Boliviano y Español) parece sea la de entender que la prohibición de ceder produce sus efectos únicamente en la relación interna entre los estipulantes de la cláusula, y que en consecuencia, el pacto de incedibilidad no podrá ser opuesto a terceros más que en el caso se pruebe que conocíanese pacto al tiempo de la cesión.

Entra, pues, en juego la buena o mala fe del cesionario. Si lo es de buena fe, ignorante de la existencia de esa prohibición contractual de ceder, la cesión será válida y eficaz. Si por el contrario, se probare conocía al tiempo de la cesión la existencia de la prohibición, debe alcanzarle la ineficacia de la cesión, ineficacia que el deudor cedido podrá poner en juego frente a él.

Con todo, ese inciso final del artículo que se comenta obliga quizá a preguntarse acerca de la posible validez de un *pactum de non cedendo* cuyo régimen de efectos fuera más allá de lo dicho, asimilándose ya al régimen de efectos propios de las llamadas prohibiciones de disponer, con lo que el acto de cesión realizado en contravención de esepacto vendría afectado de nulidad, al carecer el cedente de *poder de disposición*. Se hará referencia al problema en el comentario al artículo 385.

¿Hasta dónde puede llegar el régimen de efectos de ese inciso "o lo convenido con el deudor?

¿Puede ese convenio llegar a privar al cedente del poder de disposición, haciendo nulo el acto en contravención de aquél?

IX. CAPACIDAD.

"El cedente debe tener capacidad de disposición" (art. 385 CC Bolivia).

1. Consideración general.

Se ocupa el presente artículo de la capacidad en lo que a la cesión de créditos se refiere. Llama la atención que el legislador se refiera únicamente a la capacidad del cedente, sin alusión alguna por tanto a la capacidad del cesionario, que debería desde luego haber sido objeto de consideración por parte de aquél.

2. Capacidad jurídica; capacidad de obrar; capacidad de disposición.

La referencia del legislador boliviano, la simple referencia a la capacidad de disposición convierte en necesarias algunas consideraciones previas.

Y es que la capacidad de disposición presupone desde luego, como es obvio, la existenciade capacidad jurídica (presupuesto de todas las demás) y de la capacidad de obrar. En el marco de esta *última,* en el de la capacidad de obrar, se encuadra (en su caso) la existencia de la llamada por el legislador boliviano capacidad de disposición.

A la capacidad jurídica se refiere el art. 3 CC Bolivia. "Toda persona tiene capacidad jurídica. Y el nacimiento señala el comienzo de la personalidad" (art. 1.I CC Bolivia); simple aptitud para ser titular de derechos y de obligaciones, muy distinta por ello de la capacidad de obrar que, presuponiendo lógicamente aquella, se refiere a la aptitud del sujeto para gestionar esos derechos y obligaciones de las que es titular; en definitiva, a laposibilidad de realizar eficazmente actos jurídicos.

A la capacidad de obrar se refiere el art. 4 II CC Bolivia, conectándola a la mayoría de edad (mayoría de edad que se adquiere a los dieciocho años cumplidos). "El mayor de edad tiene capacidad para realizar por sí mismo todos los actos de la vida civil, salvo las excepciones establecidas por la ley".

En cuanto a la capacidad de disposición, y en lo que aquí interesa, referida a la figura de la cesión del crédito, el tratamiento del legislador boliviano peca de impreciso, ambiguo eincluso cabría decir de inexacto. Y es que no basta en pura lógica jurídica con tener *capacidad de disposición*, no bastará ésta como digo, en orden a la cesión del crédito, si esa capacidad de disposición no conlleva, además, el poder de disposición.

Dicho de otro modo: el sujeto titular de un crédito que tuviere capacidad de disposición, pero carezca sin embargo de poder de disposición, no podrá realizar esa pretendida cesión. Es claro que el legislador boliviano alude únicamente a la capacidad de disposición, pero omite la necesidad de que, además de aquélla, el sujeto que pretenda transmitir el crédito cuente, además, con poder de disposición.

3. Cuál hubiere debido ser la formulación del legislador boliviano.

A nuestro juicio, desde una perspectiva estrictamente técnica, la fórmula que el legislador boliviano debiera haber utilizado sería la siguiente:

"El cedente del crédito deberá tener capacidad para disponer y poder de disposición sobre el crédito".

Las ventajas que presenta la formulación que se acaba de transcribir, desde una perspectiva estrictamente técnica, como se ha dicho, son las siguientes:

A) La capacidad de disposición puede entenderse incluida desde luego en la referencia a la capacidad de obrar. Y ello por cuanto si faltare esta última, resultaría absurdo hablar de capacidad de disposición.

B) La mención específica del poder de disposición sobre el crédito viene a poner de relieve la insuficiencia de la sola capacidad para disponer en orden a la cesión del crédito si el sujeto no tiene además poder de disposición.

4. Poder de disposición versus prohibiciones de disponer.

La capacidad de disposición o capacidad para disponer puede estar de algún modo restringida, e incluso amputada, por la existencia de una prohibición para disponer. Estaúltima no excluye en abstracto desde luego la capacidad de disposición, pero la restringe, amputa o cercena en un caso concreto: el sujeto entonces tendrá capacidad de disposición, pero no tendrá poder de disposición en tanto esa prohibición esté desplegando sus efectos.

Un sujeto mayor de edad no incapacitado (figura esta, la de la incapacitación, desaparecida del Derecho español tras la entrada en vigor de la ley 8/2021), pero existente en el Derecho boliviano, tiene capacidad para disponer, pero carecerá sin embargo de poder de disposición cuando esté sujeto a una prohibición de disponer.

Los créditos siguen en punto a su transmisión el régimen jurídico de los bienes muebles, salvo que se trate de créditos garantizados con hipoteca, supuesto este en el que deberán ser considerados como inmuebles. Pero, en cualquier caso, aunque el juego de las llamadas prohibiciones de disponer se proyecte más frecuentemente sobre bienes inmuebles, o sobre bienes que, aun siendo muebles, deban ser considerados como inmuebles, como en el supuesto al que se acaba de hacer referencia (créditos garantizados con hipoteca), es posible se proyecte también sobre bienes muebles, siempre que cuenten con un adecuado sistema de publicidad de su existencia que garantice los derechos de terceros.

5. Pactos de *non cedendo* y prohibiciones de disponer en materia de cesión de créditos.

El extremo laconismo del legislador boliviano a propósito de la capacidad del cedente delcrédito, las referencias hechas anteriormente al poder de disposición, y la necesidad de su diferenciación respecto de la capacidad de disposición, pese a que sin capacidad de disposición no tendría sentido hablar de poder de disposición,

obligan a tratar la cuestión de la identificación o no entre los llamados pactos de *non cedendo*, de un lado, y las llamadas prohibiciones de disponer, de otro.

La figura de las llamadas prohibiciones de disponer encuentra su campo propio y específico en el campo de los derechos reales, pero la cuestión que aquí ha de tratarse es la de si cabe, o no, hablar asimismo de tal figura en el marco del Derecho de obligaciones y, más en concreto, y en lo que aquí interesa, en materia de cesión de créditos.

Un pacto de *non cedendo* ¿podría asimilarte a una prohibición de disponer del crédito? Hay acuerdo en que la existencia de una prohibición convencional de ceder el crédito produce sus efectos en la relación interna entre los estipulantes de una tal cláusula, y que ese pacto de incedibilidad del crédito no podrá ser opuesto a terceros si no se prueba que aquellos conocían la existencia de ese pacto al tiempo de la cesión. Lo anterior no plantea dudas. El problema sin embargo es otro: ¿cabría un pacto de *non cedendo* que funcionara en la práctica como una prohibición de disponer? Lógicamente, de admitirse esta posibilidad, defendida ya con anterioridad, el régimen de efectos sería por completo diferente.

Lo que importa realmente tratándose de figuras jurídicas no es tanto su simple denominación sino el régimen de sus efectos. Y en este sentido, no parece quepa duda de que, aun cuando en un plano estrictamente formal, no se quiera aplicar en materia de cesión de créditos la figura de la prohibición de disponer, la realidad es que cabría llegar a resultados muy semejantes.

Que existen diferencias radicales entre el régimen jurídico general de la prohibición de disponer y los llamados pactos de *non cedendo* es algo difícilmente cuestionable, pero si se concluye que es admisible un *pactun de non cedendo* cuya eficacia no se limite a generar a cargo del cedente que lo viole una obligación de indemnizar al deudor cedido los perjuicios que le haya reportado la transmisión del crédito al cesionario, sino la de hacer imposible, salvo autorización del deudor, la transmisión del crédito del cedente al cesionario, la semejanza (al menos en el régimen de efectos) con una prohibición de disponer resulta clara.

Y supuesta esta posibilidad, que parece enteramente defendible, ese "hacer imposible" la transmisión del crédito, salvo autorización del deudor cedido, parece deba llevar necesariamente a concluir que el acto de cesión del crédito por su titular realizado en contravención de esa imposibilidad deberá estar afectado de nulidad radical o absoluta. Y ello por cuanto el cedente en tal caso no habría hecho lo que no debe, sino que habría hecho *lo que no puede* hacer, al carecer de poder de disposición. La nulidad de lo actuado se impone, pues, como consecuencia.

Como se ha dicho, al margen de la dimensión teórica de las figuras, el régimen de efectos resultaría muy similar, por no decir idéntico, al que es propio de las llamadas prohibiciones de disponer.

De otra parte, y aun admitiendo esta posibilidad, que aquí defendemos, se precisarán límites derivados de la buena fe que permitan considerar, en su caso, abusiva la negativa del deudor a autorizar una cesión concreta, cuando no exista interés alguno digno de protección en tal prohibición.

6. Capacidad del cedente del crédito.

Como se ha dicho con anterioridad, y pese a la imprecisa e inexacta formulación del legislador CC Bolivia, entendemos que el cedente del crédito deberá tener la necesaria capacidad de obrar y poder de disposición sobre el crédito.

Los créditos siguen, en punto a su transmisión, como se dijo anteriormente, el régimen jurídico de los bienes muebles, con la excepción de que se trate de créditos garantizados con hipoteca, que deberán ser considerados como inmuebles.

Cuando el crédito pertenezca a un grupo de personas, deberá tenerse en cuenta si existe entre ellas mancomunidad o solidaridad, y deberán seguirse entonces las reglas propias de cada una de estas figuras.

7. Capacidad del cesionario.

El cesionario deberá tener la capacidad de obrar necesaria para realizar eficazmente el negocio jurídico de cesión de conformidad con la causa del mismo. En consecuencia, si se trata de una cesión de créditos por venta habrá que estar a las reglas de la compraventa; reglas que deberán ser otras cuando se trate de una transmisión gratuita (remisión, pues, a los arts. 590 a 592 CC Bolivia, para la compraventa, y 660 a 666 CC Bolivia, tratándose de donación.

X. PROHIBICIONES.

1. Formulación del precepto.

El art. 386 del CC de Bolivia establece:

I. "No pueden ser cesionarios directa ni indirectamente:

1. Los magistrados, jueces, fiscales, secretarios, actuarios, auxiliares, oficiales de diligencias, abogados, notarios y apoderados en causas judiciales, respecto a los créditos sobre los que ha surgido controversia ante la autoridad judicial en cuya jurisdicción ejercen sus funciones. Se exceptúa la cesión de acciones hereditarias entre coherederos.

2. Los administradores de bienes del Estado, municipios, instituciones públicas, empresas públicas y mixtas u otras entidades públicas, respecto a los créditos que administran.

3. Quienes por acto de autoridad pública administran bienes ajenos, para los casos en que se les prohíba vender.

4. Los mandatarios y administradores particulares, respecto a créditos de sus mandantes o comitentes.

II. La adquisición que contraviene las disposiciones del presente artículo es nula y da lugar al resarcimiento del daño.

2. Carácter de la norma: Prohibiciones, no incapacidades.

Se trata, como manifiesta la propia rúbrica de la norma, de una prohibición legal. Lo que se traduce en el establecimiento de una modalidad de ineficacia muy rigurosa en caso de contravención; supuestos de invalidez del acto como sanción por su ilegalidad. Y, ya en el marco de la invalidez negocial, la de nulidad absoluta o de pleno derecho, para el acto que la contravenga. Lo que es nulo no produce efectos.

La ineficacia de los actos jurídicos es en realidad un término amplísimo, que designa genéricamente la no producción de efectos por aquellos, la categoría de la invalidez implica ya un marco más concreto y reducido que el de la ineficacia. El acto inválido es ineficaz, pero esa no producción de efectos es aquí impuesta como sanción por el ordenamiento y encuentra su misma razón de ser en la ilegalidad del acto.

En consecuencia, los actos que contravienen una norma prohibitiva, como es el caso, son inválidos, y, en consecuencia, ineficaces; pero lo son como sanción del ordenamiento a esa ilegalidad del acto.

Tratándose de prohibiciones, carece de sentido pensar que el precepto contemple incapacidades para la realización del acto al que la norma se refiere. Los sujetos referidos no son incapaces, sino afectados por una prohibición.

A) Heterogeneidad.

Quizá el principal problema interpretativo que la norma plantea venga dado por la heterogeneidad de los supuestos a que se refiere.

B) Fundamento.

El fundamento de la norma parece claro, partiendo de algunas consideraciones a las que resulta necesario referirse de inmediato.

La primera de esas consideraciones tiene que ver con la extraordinaria semejanza que la norma presenta con su paralela en materia de compraventa. En el CC español, la cesión de créditos viene encuadrada en el marco de la regulación del contrato de compraventa, quizá debido a que la cesión de créditos tiene lugar en gran mayoría de casos a través dela compra del crédito, en definitiva, a través de un contrato de compraventa que tiene por objeto el mismo crédito.

La segunda de las consideraciones viene referida al propósito legislativo de evitar supuestos de corrupción, o colusión de intereses, máxime cuando tales supuestos vengan referidos a funcionarios públicos a quienes, por razones de moralidad pública, interesa tener alejados por completo de toda sospecha en cuanto a su honorabilidad. Por ello, la norma es singularmente enérgica sancionando con nulidad de pleno derecho el acto prohibido. No cabe, pues, prueba alguna dirigida a demostrar que el acto de cesión nada tenga que ver con las funciones que, en su caso, venga desempeñando el cesionario. Las prohibiciones funcionan de alguna manera como presunciones *iuris et de iure* o absolutas. No cabe prueba en contrario.

El legislador digamos que ha decidido "cortar por lo sano" a través del establecimiento dela sanción de nulidad del acto.

C) Cesionarios.

Lógicamente, preocupa al legislador la figura del cesionario, y no la del cedente. Precisamente porque el primero es el receptor, y por ello el beneficiario inmediato del acto prohibido.

No cabe, pues, la cesión directa a favor de las personas que el precepto enumera, ni tampoco la indirecta (por ejemplo, a través de persona interpuesta).

D) Encargados de administrar justicia, aunque no sólo.

El primer ámbito de personas afectadas por la prohibición son loa encargados de administrar justicia. No se trata sólo, como se apuntó anteriormente, de quitar ocasión al fraude, sino también de rodear a las personas que intervienen en la Administración de Justicia de todos los prestigios que necesitan para ejercer su ministerio, librándoles de toda sospecha que, aunque fuera infundada, redundaría en descrédito de la institución, al poner en tela de juicio la honra de los funcionarios que la sirven.

Hay que entender necesariamente que la prohibición se refiere no solamente a los que con carácter de propietarios ejerzan los cargos que enumera el apartado

1 del art. 386, es decir, a los titulares de las plazas referidas, sino asimismo a los suplentes o sustitutos, incluso a aquellos que actúen con prórroga de jurisdicción.

La prohibición, aplicable tanto a los órganos jurisdiccionales unipersonales como a los tribunales colegiados, exige se trate de créditos sobre los que haya surgido controversia ante la autoridad judicial en cuya jurisdicción ejerzan aquellos sus funciones.

La norma no ofrece duda en cuanto a su aplicación al juez o funcionario del juzgado que conoce del asunto; alguna duda puede suscitarse sin embargo tratándose de órganos jurisdiccionales superiores en jerarquía que puedan ser competentes por razón de recurso, si bien parece lógico entender que el espíritu de la prohibición alcance este supuesto siempre que, por razón de la cuantía, el asunto pueda ser deferido en virtud del recurso a un tribunal superior, y ello aunque ese recurso aun no haya sido interpuesto.

Encargados de administrar justicia lo son en puridad magistrados, jueces, y fiscales. Entre magistrados y jueces, la diferenciación es puramente de grado. Ambos ostentan poder jurisdiccional y, generalmente, la condición de magistrado se alcanza tras un periodo de tiempo de ejercicio como juez. Habitualmente, aunque los magistrados suelen formar parte de tribunales colegiados, en otras ocasiones, los tribunales unipersonales están asimismo servidos por un juez con categoría de magistrado. En sentido propio no parece quepa incluir entre quienes administran justicia a secretarios, actuarios, auxiliares, y oficiales de diligencias., y ello, aunque les alcance la prohibición. Las labores de estos funcionarios no son, estrictamente, la de administrar justicia sino la de documentar, formalizar, archivar, en su caso, los actos de administración de justicia, las actuaciones judiciales propiamente tales, llevados a cabo por magistrados, jueces y fiscales.

Y es que la administración de justicia en sentido estricto exige un poder decisorio, un poder de resolución que, en puridad, como se ha dicho corresponde a magistrados, jueces y fiscales, investidos estos de jurisdicción, y al ministerio fiscal, en cuanto defensor de la legalidad.

En cualquier caso, es desde luego explicable que la prohibición alcance a secretarios, actuarios, auxiliares, oficiales de diligencias, dada la importante participación de todos ellos en las labores burocráticas, de formalización, archivo, etc. relacionadas con la actividad jurisdiccional.

Y la prohibición opera únicamente, como es del todo lógico, para todos los sujetos mencionados respecto a los créditos sobre los que ha surgido controversia ante la autoridad judicial en cuya jurisdicción ejercen sus funciones.

La prohibición se extiende a los abogados, notarios y apoderados en causas judiciales.

La ratio de tal extensión hay que verla asimismo en la posibilidad de cometer abusos. No son cargos que supongan jurisdicción ni ejercicio de autoridad pública, pero con todo, les afecta la prohibición originada por razón del litigio en que intervengan, litigio pues referido al crédito de que se trate; el abogado aconsejando y dirigiendo, y el apoderado representando al cliente. En cuanto al notario, es un fedatario público y por tanto le alcanza la prohibición en cuanto a la función de fedatario que desempeñe respecto al crédito objeto de controversia, y siempre que actúe como tal fedatario dentro de la jurisdicción del órgano que conoce del asunto.

La excepción en lo que atañe a las acciones hereditarias entre coherederos, parece haya que entenderla referida a la adquisición por alguno de los sujetos enumerados en ese apartado 1 del art. 386 CC Bolivia, que sea al mismo tiempo coheredero del litigante, de alguna cuota o participación hereditaria, en el caso que nos ocupa, por cesión.

Al legislador le ha parecido excesivamente riguroso el mantenimiento de la prohibición cuando el sujeto por ella afectado sea coheredero del litigante. La problemática, y la especificidad propia de la sucesión por causa de muerte, lleva al legislador boliviano a exceptuar el supuesto antedicho del marco de la prohibición.

Con todo, ha prescindido el legislador boliviano del inciso final del art. 1261 del *Codice civil*e italiano, redactado en los siguientes términos:

"né a quelle (cesiones) fatte in pagamento di debiti o per difesa di beni posseduti dal cesssionario".

3. Art. 386.1.2.

El espíritu del mismo es en lo sustancial idéntico al del apartado anterior:: la desconfianzaque inspira un cargo público para interesarse en la cesión de créditos dentro del territorio en el que ese cargo se desempeña. Razones, pues, de moralidad.

Uno de los principales problemas que parece plantee este apartado 2º es el de su dependencia, en cada momento, de la cambiante legislación administrativa, a la que necesariamente habrá que estar en orden a su recta interpretación.

No se está aquí ante una prohibición general que afecte a los funcionarios públicos. Decimos funcionarios públicos, por cuanto hay que suponer que esos

administradores debienes del Estado, municipios, instituciones públicas, empresas públicas, etc. tendrán la consideración de funcionarios; aunque no hay que suponerles necesariamente a aquellostal condición en un sentido estricto. Podrán, por tanto, no tener en puridad la condición de funcionarios, sin que por esta carencia dejen de estar afectados por la prohibición de que se trata.

Se trate o no de funcionarios en sentido propio, lo cierto es que la prohibición recae únicamente "respecto a los créditos que administran", o de los que estuvieren encargados. El sujeto de la prohibición es, pues, el funcionario (presumiblemente lo será)que tenga a su cargo tales créditos.

Sin embargo, un problema de gran alcance en la interpretación de la norma es el de determinar cuándo se da, o no, esa administración de una manera efectiva; de manera que esta pueda ser puesta a cargo del sujeto afectado por la prohibición. Y ello por cuanto podrán darse casos en los cuales el sujeto que "aparece" como administrador, y que tal vez de hecho lo sea, no lo sea de derecho, por cuanto actúe con subordinación jerárquica a un superior en la escala administrativa de que se trate. Es evidente que, en tal caso, el legislador se refiere al sujeto que efectivamente "administre" esos bienes (créditos en el caso).

Por ello, habrá que tener en cuenta la autonomía o dependencia del ente administrativo de que se trate, y la subordinación jerárquica del funcionario, en orden a calibrar el alcance de la prohibición.

La prohibición sólo actúa mientras el funcionario (o asimilado) ejerza sus funciones; no afectándole en consecuencia cuando, aun habiendo sido nombrado, no haya tomado posesión del cargo, ni tampoco si ha cesado (cualquiera sea la causa) o se ha jubilado.

El objeto de la prohibición viene referido a créditos del Estado, municipios, instituciones públicas, empresas públicas y mixtas u otras entidades públicas; es decir, a bienes (los créditos lo son) patrimoniales de las entidades mencionadas.

4. Art. 386.1.3.

Llama la atención la generalidad de la formulación, y consiguientemente, la amplitud de aquélla: "Quienes por acto de autoridad pública administran bienes ajenos, para los casos en que se les prohíba vender".

El ámbito subjetivo parece comprenda ante todo cualquier cargo tutelar. En el conflicto de intereses que puede suscitarse por razón de una transmisión entre el individuo sujeto a tutela en sentido amplio y quien ejerce cualquier cargo tutelar, el legislador ha optado por la protección del primero; de suerte que quien ejerza

cualquier cargo o función tutelar no podrá comprar bienes de la persona sujeta a guarda ni enajenar a estos bienesde su propiedad.

La norma se refiere expresamente, a fin de delimitar el ámbito de la prohibición, "para los casos en que se les prohíba vender", y todo ello en el marco de la hipotética condición de cesionarios de los créditos de los afectados por la prohibición.

El afectado por la prohibición no puede ser cesionario (directa ni indirectamente). La cesión, pues, de darse provendría (con cargo a bienes ajenos, y pertenecientes al individuo sujeto a tutela en sentido amplio) de ese sujeto.

La prohibición responde pues a la necesidad de evitar una injustificada devaluación del patrimonio del tutelado, devaluación que podría tener lugar a través de la cesión del crédito, patrimonio respecto del cual el afectado por la prohibición debe gestionar o proteger.

". . .para los casos en que se les prohíba vender". Este inciso final del apartado 3 del art. 386 tiene una clara finalidad delimitadora del ámbito mismo de la prohibición. Es en esoscasos, en esos supuestos, en los casos "en que se les prohíba vender" a quienes "por acto de autoridad pública administran bienes ajenos", en los que opera la prohibición, impidiendo a tales personas ser cesionarias de tales créditos, directa ni indirectamente.

Y es que aquí adquirir y vender se presentan como las dos caras de una misma moneda, y una y otra, encierran el peligro que el legislador quiere evitar: de una parte, la prohibición de la cesión responde a la necesidad de evitar, como se ha dicho, una injustificada devaluación del patrimonio del tutelado, y que tendría a la misma cesión del crédito como vehículo; de otra parte, la referencia a los casos en que se les prohíba vender, hay que entenderla como alusiva a los supuestos de negocios que pudieran resultar concertados en condiciones abusivas.

Como se ha dicho ese inciso final opera como delimitador del ámbito de la prohibición, puesto que en aquellos casos en que a tales sujetos se les prohíba vender, operará asimismo la prohibición de ser cesionarios directa ni indirectamente.

5. Art. 386.I.4.

Dice un viejo proverbio que "nadie puede ser juez y parte en la propia causa".

La prohibición se refiere a mandatarios y administradores particulares, y lógicamente, contempla créditos pertenecientes a sus mandantes o comitentes.

Parece claro que el fundamento último de esta prohibición no radica tanto en los inconvenientes derivados de la autocontratación, sino que debe buscarse más bien en una razón de moralidad en sentido amplio, basada en las especiales relaciones que median entre mandante y mandatario, comitente y comisionista, y que otorga a los últimos un poder sobre los bienes de los primeros, poder que el legislador quiere sea ejercido sin abuso y sin apariencia de abuso.

La prohibición alcanza a los mandatarios, tanto a los encargados de la administración como de la venta de bienes determinados del mandante. Presupone un contrato de mandato vigente, civil o mercantil (comisión), otorgado por una persona física o jurídica, por lo que incluye a los gerentes, directores o administradores de las sociedadesmercantiles.

En la doctrina española, es mayoritario el parecer que extiende la prohibición asimismo alos síndicos de los concursos y quiebras y a los administradores judiciales de las testamentarías y abintestatos.

Parece asimismo razonable dejar fuera del ámbito de la prohibición a aquellos mandatarios o representantes cuyas facultades tengan exclusivamente su origen en la ley.

A la vista del fundamento de la prohibición, esta alcanza al mandatario encargado de administrar y por tanto sin facultades para enajenar.

6. Régimen de ineficacia. Art. 386.II.

"La adquisición que contraviene las disposiciones del presente artículo es nula y da lugar alresarcimiento del daño".

Poco hay que decir en línea de principio respecto de este apartado II del art que ahora secomenta.

Se ha partido como parece indiscutible de la naturaleza misma de los supuestos recogidos en él. Ninguna duda cabe en cuanto a su naturaleza de prohibiciones, y no de supuestos de incapacidad (supuesto en el cual la transgresión de las mismas debieraconducir a la anulabilidad del acto).

Si estamos ante prohibiciones, la reacción del legislador al acto en contravención de aquellas no puede ser otra que la de la nulidad absoluta.

Por tanto, la expresión *es nula* empleada por el CC boliviano en este artículo debe ser entendida necesariamente como nulidad de pleno derecho, radical y absoluta, insubsanable por convalidación o confirmación.

Este es asimismo el criterio de la jurisprudencia española respecto del art. 1459 CC español, en materia de compraventa, pero de *ratio* muy similar al que se comenta del CCBolivia. No cabe, pues, tratar de restringir esa sanción de nulidad radical, limitándola a los supuestos contenidos en los números 1,2 y 3 CC Bolivia, y exceptuando de ella el número 4, respecto del que cabría quizá el juego de una hipotética ratificación por parte del perjudicado.

Por tanto, nos situamos en el plano general de la ineficacia del acto; dentro de éste en el ya más concreto de la invalidez; es decir en el de una modalidad de ineficacia impuesta al acto como sanción por su ilegalidad; y dentro ya de la invalidez, en la más grave de las modalidades de invalidez: la nulidad de pleno derecho, *ipso iure,* El resarcimiento del daño precisará prueba cumplida de su producción.

XI. DOCUMENTOS PROBATORIOS DEL CRÉDITO.

"Para que tenga efecto la cesión de crédito, el cedente debe entregar al cesionario el documento probatorio de aquél. Si se ha cedido sólo una parte del crédito está obligado adar al cesionario una copia auténtica del título (art. 387 CC Bolivia)

1. Cuestión preliminar.

El art es reproducción casi literal del art. 1262 del *Codice civile* italiano, sin más diferencia que la supresión del inciso final del apartado primero de éste: "documenti probatori del credito che sono in suo possesso".

El legislador boliviano quizá consideró una redundancia inútil hacer referencia a la circunstancia de que la entrega al cesionario de los documentos probatorios del crédito lo habrá de ser de documentos que "estén en posesión del cedente". Y es que la entrega al cesionario de tales documentos parece presuponer necesariamente estén aquellos "en posesión del cedente". Se trata, pues, de una premisa antecedente y lógica que en consecuencia hace carecer de sentido el referirse expresamente a ella.

En un orden lógico, la primera cuestión que plantea la redacción del art. 387 CC Bolivia esla de determinar su alcance.

La exigencia de entrega al cesionario del documento probatorio del crédito, ¿debe entenderse como requisito *sine qua non* para que la cesión misma produzca efectos entrelas partes contratantes, cedente y cesionario?, ¿o más correctamente deba entenderse se trata de un requisito de forma que no despliega sus efectos

en la relación interna entre aquellas, sino que tiene que ver con la oponibilidad y eficacia de esa cesión respecto de terceras personas?

2. La rúbrica del artículo es determinante para su interpretación.

La referencia de esa rúbrica a los *documentos probatorios del crédito* es de suyo suficientemente indicativa de a qué se está refiriendo el legislador boliviano en el precepto que nos ocupa, y que no es otra sino la de la prueba del crédito cedido.

3. El precepto no viene referido a la forma del negocio de cesión.

El art. 387 no se encuadra, pues, en el marco de la forma misma del negocio de cesión de créditos. No contempla, pues, un requisito de forma sino de prueba del crédito cedido.

Como se dijo anteriormente, la forma del negocio de cesión dependerá de la naturaleza del negocio por el cual se transmita el crédito. Es evidente que, si la transmisión del crédito se llevare a cabo por compraventa, habrá que estar a los requisitos de forma propios de esta figura contractual; y si lo fuere a través de donación serán entonces las reglas formales de la donación las que deberán ser tenidas en cuenta y observadas en consecuencia.

4. La cesión de créditos exige siempre un cauce negocial determinado.

En estrecha relación con lo que se acaba de decir, cabría añadir que la figura de la cesión de créditos es inconcebible en sí misma fuera de un cauce negocial determinado, lo que es tanto como decir fuera de un tipo contractual igualmente determinado (compraventa, donación, etc.); de ahí que el requisito de forma sea de alguna manera inseparable del negocio a través del cual o mediante el cual se lleva a cabo la cesión.

5. La errónea creencia en la necesidad o exigencia de dos actos jurídicos yuxtapuestos como requisito imprescindible, en orden a la eficacia de la cesión del crédito entre las partes.

La redacción misma del art. 387, más aún en un marco traslativo como lo es el propio del CC español, quizá podría llevar a pensar que lo que el legislador del CC Bolivia exige en ese art. 387 es la necesaria yuxtaposición de dos actos jurídicos, concatenados como se ha dicho, para que la cesión misma exista y produzca efectos entre cedente y cesionario: de una parte, la existencia de un acuerdo de voluntades, título, y de otra, la entrega al cesionario del documento probatorio del crédito; de manera que faltando alguno de estos actos, la cesión no surtiría efectos ni siquiera entre las partes.

La entrega, pues, del documento probatorio, se configuraría, así como *traditio* (indispensable, como se apuntó, para la producción del efecto traslativo).

6. Referencia al sistema de transmisión propio del CC Bolivia.

En apoyo de lo que se acaba de decir concurre, además, un dato esencial o fundamental en cuanto al sistema de transmisión de bienes y derechos en el CC Bolivia. El legislador boliviano no siguió en esta materia los pasos del CC español (sistema romano, mejor romanista, de la transmisión mediante título y modo), sino el propio del *Code Napoleón* de transmisión por el solo consentimiento ("vender es enajenar", "cuando se vende se transmite"), no hay, pues, dilación alguna entre el acuerdo de voluntades y la producciónde efecto transmisivo.

Lo dicho es perfectamente aplicable a la transmisión de los créditos. El acuerdo de voluntades entre las partes opera la transmisión entre ellas. Otra cosa es, y por completo distinta de la anterior, la referida a la prueba misma de la cesión; prueba que podrá resultar difícil cuando ese acuerdo de cesión no vaya acompañado de la entrega al cesionario del documento probatorio de la existencia del crédito cedido.

7. La posición del CC español.

El CC español no exige forma específica alguna especial para el negocio de cesión, por lo cual debe entenderse impera el principio general de libertad de forma. Es aplicable entonces, para el Derecho español, lo dispuesto en el art. 1280.6º CC español, que exige la escritura pública para la cesión de derechos o acciones procedentes de actos anteriores consignados en escritura pública.

Sin embargo, y también para el CC español, y de acuerdo con la posición de la jurisprudencia española, la eficacia del art. 1280, 6º, es la establecida en el art. 1279. El negocio consensual de cesión es válido y eficaz, y los interesados se encuentran asistidos de las correspondientes pretensiones para exigir el otorgamiento de la correspondiente escritura pública.

Tratándose de cesión de un crédito hipotecario la escritura pública es necesaria, a lo que creemos, para la validez de la cesión incluso entre las partes.

8. La posición del CC Bolivia.

Entendemos que es sustancialmente la misma que se acaba de exponer. Para que la transmisión del crédito sea válida y operativa entre las partes, basta el acuerdo entre ellas. Otra cosa es la prueba misma de la cesión, que lógicamente presentará dificultadescuando no exista prueba escrita de aquella.

Entendemos que, supuesta esa inexistencia, cedente y cesionario podrán acudir en defensa de sus intereses, a la utilización de cualesquiera medios de prueba admitidos en Derecho, encaminados a demostrar que la cesión del crédito se produjo efectivamente.

Y entendemos también que, aunque en el CC Bolivia la cesión de créditos no exija, al igual que en el español, forma determinada, podrán asimismo las partes compeler recíprocamente a llenar algún tipo de forma escrita encaminada a la probanza de la cesión.

Piénsese que la carencia de forma escrita, como se apuntó, puede resultar un problema arduo cuando de lo que se trate sea de una segunda cesión del crédito por parte del cesionario a favor de un tercero. Ese tercero parece podrá exigir algún tipo de prueba de que el antiguo cesionario (ahora, a su vez, cedente) es efectivamente titular del crédito que pretende ceder al tercero.

9. El documento. Su naturaleza.

Donde la ley no distingue no debe hacerlo el intérprete. En consecuencia, si el art. 387 se refiere únicamente a "documento probatorio", hay que entender bastará cualquier documento, público o privado.

Tratándose de documento público, generalmente se tratará de una escritura pública, pero no necesariamente, dada la imposibilidad de identificar en exclusiva documento y escritura públicos. La prueba de la cesión, en consecuencia, podrá venir recogida en un documento público (judicial o administrativo) que no sea una escritura pública.

Tratándose de documento privado, la generalidad de la expresión del legislador conduce a estimar que bastará cualquier documento de esta naturaleza.

En cualquier caso, como se ha dicho, se impone separar la entrega de ese documento probatorio del hecho mismo de la transmisión entre partes del crédito de que se trate. Esta transmisión se produce por el acuerdo de voluntades.

La referencia, pues, a la eficacia de la cesión ("Para que tenga efecto la cesión de crédito"), hay que entenderla referida al ámbito de la prueba de la cesión, y no al efecto transmisivo en sí, y a esta conclusión cabe llegar, además, a la vista del sistema de transmisión de bienes de y derechos que acoge el CC Bolivia.

10. El CC Bolivia prescinde, al igual que el CC español, de los términos equívocos del art. 1689 del *Code Napoleon*.

Que la perfección del contrato de cesión no exige la entrega de ningún documento se corrobora teniendo en cuenta que el CC Bolivia, al igual que el CC español, como se ha apuntado, prescinde los equívocos términos del *Code*:

"La deélivrance s´opére entre le cédant et la céssionaire par la remisse du titre".

Y es que el texto del *Code* que se acaba de transcribir sí parece apuntar, directamente, a la entrega del título como requisito para que la cesión produzca sus efectos entre las partes (cedente y cesionario), pero el texto del precepto CC Bolivia se aleja significativamente de este postulado, por todo lo cual se reafirma que el legislador boliviano no quiso seguir los pasos del legislador francés, y la consecuencia no puede ser otra entonces sino la que la *entrega del documento* opera, sí, en el ámbito de la prueba (*documento probatoria de aquél)*, pero no en el de la perfección del negocio.

11. La cesión de sólo una parte del crédito.

El art que se comenta añade en su inciso final que "Si se ha cedido sólo una parte del crédito está obligado (el cedente) a dar al cesionario una copia auténtica del título".

Se trata de una reproducción literal del art. 1262.2 del *Codice civile.*

En general, se admite la cesión de una parte del crédito, siempre que la prestación objeto del mismo sea divisible y la cesión no esté excluida. Tratándose del Derecho español, y de créditos garantizados con hipoteca, la cesión está expresamente admitida por el art. 149 Ley Hipotecaria.

El efecto de la cesión parcial del crédito es, lógicamente, la división del crédito originario, división que determina una pluralidad de créditos cuyas relaciones recíprocas obedecena los principios de autonomía y de igualdad.

El fundamento de la exigencia de entrega al cesionario de una copia auténtica del título, hay que hallarla en que, tratándose de cesión parcial, tanto el cedente como el cesionario deben tener a disposición la prueba del crédito.

En consecuencia, es necesario la entrega de la prueba auténtica del título.

XII. ACCESORIOS DEL CRÉDITO. ART. 388.

I. "La cesión de crédito al cesionario comprende los privilegios, las garantías personales y reales y todos los demás derechos accesorios, pero no los frutos vencidos, salvo pacto contrario.

II. Sin embargo, el cedente no puede transferir al cesionario la posesión de la cosa recibida en prenda, sin el consentimiento de quien la ha constituido; en el caso de falta de acuerdo, el cedente queda como custodio de la prenda.

III. Tampoco se traspasan las excepciones personales del cedente".

1. El alcance objetivo de la cesión.

La cesión alcanza a todo lo que según la terminología al uso se comprende en la idea de "accesorios", y que se refiere lógicamente a pretensiones diferentes de las dirigidas a obtener o reclamar la prestación principal, que es el objetivo principal y primario de la cesión.

Esta es la regla general, pero no se trata de una norma imperativa, sino meramente dispositiva y que en consecuencia podrá venir excluida por pacto entre las partes.

2. Intereses devengados.

En línea de principio, todo lo que se refiere a intereses devengados y pendientes de percepción, deberá ser resuelto mediante interpretación del negocio de cesión.

En la duda, se ha venido entendiendo corresponden al cesionario los intereses aún no vencidos y al cedente los intereses devengados con anterioridad, aunque parece más lógica la regla de que todos los intereses no percibidos correspondan al cesionario.

La misma regla ha querido ser aplicada a la pretensión para exigir las penas convencionales, de manera que correspondan al cedente aquellas que tengan su origen en incumplimientos anteriores a la cesión y, en lo demás, al cesionario, aunque tampoco en este punto no se vea razón para romper la unidad de la cesión.

3. Garantías.

La cesión conlleva, como importantísimo efecto, la transmisión de los derechos de garantía, sean éstos de carácter personal (por ejemplo, fianza) o de carácter real (por ejemplo, hipoteca, prenda).

En este sentido, es paradigmático y lapidario el texto del art. 1528 CC español:

"La venta o cesión de un crédito comprende la de todos los derechos accesorios, como la fianza, hipoteca, prenda o privilegio".

Se trata de una consecuencia lógica de su carácter accesorio. De lo contrario, el cedente continuaría siendo titular de un derecho de hipoteca o de prenda aún después de haber dejado de ser acreedor, lo que es por completo absurdo y contravendría además la accesoriedad misma propia de las garantías reales o personales, imposibles de concebir al margen o con independencia del crédito que garantizan.

4. Privilegios.

También estos se transmiten, excepción de los que sean de naturaleza personal. De manera que, si el crédito objeto de cesión fuere un crédito privilegiado, o gozare de privilegio alguno, y fuere por tanto preferente para el cobro (por ejemplo, créditos salariales), esa misma situación (sin duda favorable) se transmite asimismo al cesionario.

5. Carácter meramente dispositivo de la norma.

La regla objeto de comentario hay que entender posee un carácter meramente dispositivo. Y es que, tratándose de una materia perteneciente al ámbito del Derecho de obligaciones, la voluntad de las partes contratantes juega un papel esencial o fundamental. En consecuencia, se impone concluir que la norma que se comenta entrará en juego en defecto de voluntad contraria de los sujetos de la relación, con carácter puessupletorio de esa voluntad.

Una cuestión de interés, y que hay que resolver en sentido afirmativo es la relativa a que ese pacto contrario al juego de la norma que ahora se comenta, no deberá proceder siempre y en todo caso de los autores del negocio de cesión, sino que también podrá tratarse de una estipulación contenida en los negocios constitutivos de la garantía (por ejemplo, del celebrado entre el cedente y el dueño del inmueble hipotecado, que constituye garantía hipotecaria sobre un inmueble de su propiedad y en garantía de una deuda ajena).

6. Los frutos vencidos.

El art que se comenta no atribuye al cesionario los frutos vencidos, salvo pacto contrario.Esos "frutos", presupuesto desde luego que puedan ser intereses, también podrán serlo naturales o industriales.

Aunque lo lógico hubiera sido quizá, como se apuntó, considerar que todos los frutos (cualesquiera que sean), no percibidos, correspondan al cesionario, el legislador boliviano ha preferido optar por un criterio distinto: el de que los frutos vencidos corresponden al cedente y en consecuencia no se transmiten al cesionario con el crédito cedido.

El criterio que parece estar detrás de la adopción de esta regla sujeta siempre como se hadicho a su exclusión por pacto en contrario, es el puramente temporal: aunque se trata de frutos vencidos, han sido devengados en un tiempo en el que el titular del crédito era el sujeto que luego cede el crédito a otra persona. Devengo de esos frutos y vencimiento de los mismos han acontecido en un tiempo en el que el titular del crédito es el (luego) cedente. Por ello, se entiende carece en alguna medida de sentido que, con la cesión, se traspasen al cesionario.

Esos frutos, pues, se generaron en un tiempo en el que el titular del crédito era el luego cedente.

7. Párrafo II del art. 388.

"El cedente no puede transferir al cesionario la posesión de la cosa recibida en prenda, sin el consentimiento de quien la ha constituido; en caso de falta de acuerdo, el cedente queda como custodio de la prenda".

Se contempla aquí la posesión de la cosa dada en prenda. Esa posesión no puede ser transferida por el cedente al cesionario. Hace falta, pues, el consentimiento del constituyente de la prenda, y ello por cuanto el acreedor pignoraticio no puede usar de lacosa dada en prenda, ni disponer de ella, sin obtener ese consentimiento.

A falta de acuerdo, el cedente queda como *custodio* de la prenda. El art. 1867 CC españoldescribe esta función de custodio de la prenda, con el siguiente texto:

"El acreedor debe cuidar de la cosa dada en prenda con la diligencia de un buen padre de familia; tiene derecho al abono de los gastos hechos para su conservación, y responde desu pérdida o deterioro conforme a las disposiciones de este Código".

8. Párrafo III del art. 388.

"Tampoco se traspasan las excepciones personales del cedente".

Se trata éste de un supuesto de intransmisibilidad que no aparece recogido en el art. 1263 del *Codice Civile.*

La cuestión tiene que ver desde luego con las excepciones que, en su caso, pueda oponerel deudor frente a la demanda del cesionario del crédito.

Parece seguro el criterio de que las excepciones que derivan de la relación obligatoria con un carácter objetivo podrán ser opuestas al cesionario. Se encuentran en este caso las excepciones de inexistencia o de nulidad del negocio

constitutivo de la obligación, prescripción de la deuda, falta de vencimiento de la misma, pago o, en general, extinciónde la obligación anterior a la cesión.

El problema se plantea, pues, respecto de lo que cabe llamar excepciones derivadas de larelación personal del deudor cedido con el cedente. En este caso se encuentran la excepción derivada de la anulabilidad del negocio constitutivo de la obligación y las excepciones dimanantes del desenvolvimiento o desarrollo de la subyacente relación entre cedente y deudor cedido (por ejemplo, *exceptio no adimpleti contractus*, cuando, por ejemplo, el vendedor ha cedido el crédito por el precio antes de entregar la mercancía).

En la doctrina científica española, se sostiene el punto de vista según el cual el deudor cedido conserva las excepciones personales, derivadas de sus relaciones personales con el cedente, siempre que no haya consentido la cesión. Si ha consentido la cesión, estas excepciones quedan extinguidas.

En términos generales, podrá decirse que consiente tácitamente la cesión el deudor que,al serle notificada, no formula oposición o no hace expresa reserva de sus excepciones, dentro de un plazo razonable.

Con todo, no es esa la posición del legislador boliviano.

El carácter personal de las excepciones que, en su caso, correspondan al cedente, como el de los privilegios que asimismo lo sean de naturaleza personal, justifican este apartadoIII del art que se comenta, y referido a su intransmisibilidad. No parece sea una solución del todo aceptable.

XIII. EFICACIA DE LA CESIÓN RESPECTO AL DEUDOR CEDIDO. ART. 389.

"La cesión sólo produce efectos contra el deudor cedido cuando ha sido aceptada por dicho deudor o cuando se le hubiera notificado con ella".

1. Planteamiento general.

El art reproduce, literalmente, el párrafo primero del art. 1264 *Codice civile*, omitiendo supárrafo segundo a cuyo tenor:

"Tuttavia, anche prima della notificazione, il debitore che paga al cedente non è liberato, se il cessionario prova che il debitore medesimo era a conoscenza dell´avvenuta cessione".

Una correcta interpretación del art CC Bolivia que ahora es objeto de comentario, obliga a efectuar algunas consideraciones preliminares o introductorias.

Si el primer inciso de la norma, según el cual la cesión sólo producirá efectos contra el deudor cedido "cuando ha sido aceptada por dicho deudor", se interpretare según su tenor literal, sin atender al resto del articulado en materia de cesión de créditos, se desembocaría en una grave inconsecuencia y en una palmaria contradicción entre preceptos. Y, de manera especial, con el art 384, con el que el legislador boliviano inicia laregulación de la cesión, y que afirma de modo palmario y por ello evidente que "El acreedor, aún sin el consentimiento del deudor, puede transferir su crédito".

Esta afirmación o declaración del legislador boliviano, verdadero frontispicio de la regulación de la figura en el CC boliviano, hace jurídicamente inviable cualquier otra que pretenda convertir la *aceptación del deudor* en elemento constitutivo del negocio de cesión, de modo que la cesión carecería de existencia, por falta de uno de sus elementos constitutivos, si esa *aceptación* no se produjere.

Si el deudor cedido no es parte en el negocio de cesión, y este parece un dato normativo del todo incuestionable, resulta obligado en consecuencia atribuir otro alcance, el verdadero, a ese inciso que hace referencia a la aceptación de la cesión por parte del deudor cedido.

2. La norma tiene que ver simplemente con el conocimiento por el deudor cedido delnegocio de cesión. Consecuencias de un hipotético desconocimiento.

Y es que efectivamente, el deudor cedido tiene dos cauces, dos posibilidades, en orden a tener conocimiento del hecho mismo de que se trata, el negocio jurídico de cesión: la de haber aceptado la cesión, aceptación que podrá ser incluso anterior al tiempo de la cesión, o bien, la de que dicha cesión le hubiere sido notificada con ella; es decir, en la propia cesión, en el curso mismo de la realización de la cesión.

Tanto en el primer supuesto como en el segundo, se produce el efecto deseado por el legislador boliviano: el conocimiento por el deudor cedido del negocio de cesión, o lo que es lo mismo, el cambio del sujeto activo de la relación obligatoria, el cambio de acreedor. A partir de ese momento, el deudor lo es respecto a un titular del crédito distinto del anterior.

3. Conocimiento de la cesión por el deudor cedido: ya por aceptarla, ya porque se le hubiere notificado al hacerse aquella.

En ambos casos quedan manifiestamente claras dos consecuencias, que se deducen de laconsideramos recta interpretación del precepto:

A) La notificación al deudor cedido no es elemento constitutivo del supuesto de hecho dela transmisión del crédito del cedente al cesionario.

B) Tampoco lo es (esa notificación) de la creación de una vinculación del deudor cedidofrente al cesionario.

4. Consecuencias.

La regla pues del art.389 CC Bolivia se presenta similar en lo fundamental a la contenida en el art. 1164 CC español, y se funda en la protección de la apariencia jurídica.

La liberación del deudor no obstante no pagar a quien legítimamente es el acreedor, descansa sobre la protección del interés del deudor y de su confianza en la apariencia jurídica.

Y es que la liberación del deudor mediante el pago hecho al cedente, que obviamente ya no es el titular del crédito, se funda o descansa en su falta de conocimiento de la cesión; puesto que se produce antes de tener conocimiento de la misma cesión, lo que indudablemente presupone y se apoya en la buena fe del deudor cedido.

De conformidad con el viejo aforismo escolástico "Nada es querido si antes no ha sido conocido", es claro que el deudor no podrá hacer efectivo el pago de la deuda en favor de alguien respecto del que ignora su condición de (nuevo) acreedor por efecto de una cesión que él desconoce por completo.

De ahí que, aunque el precepto del CC Bolivia omita ese segundo párrafo del art 1264 *Codice civile*, hay que entender por pura lógica jurídica que cuando el cesionario pruebe que el deudor mismo era conocedor de la existencia de la cesión, de que tal cesión había tenido lugar, el deudor que pagare al cedente (incluso antes de que aquella le hubiere signo notificada) no quedará liberado. En tal caso, no hay buena fe.

5. Eficacia a que se refiere el art. 389.

La referencia, pues, a ese *sólo produce efectos contra el deudor cedido*, sólo puede ser entendida en el sentido de la creación de una situación jurídicamente favorable para él, y que no es otra que la de quedar liberado de su obligación cuando, por carecer de conocimiento de la cesión, lleve a cabo el pago al primitivo acreedor (cedente), pago queserá así liberatorio y por tanto extintivo del crédito por cuanto al deudor cedido se refiere. Esta paga bien, y queda liberado de su obligación.

Por supuesto que esa atribución patrimonial realizada a favor de quien ya no es titular del crédito dará lugar a un cobro de lo indebido por parte del (antiguo) acreedor, el cedente; pero los problemas que surjan entonces por ese cobro de lo indebido ya no afectarán al deudor que pagó ignorando la cesión. Se tratará ya de un problema a deslindar exclusivamente entre el antiguo acreedor o cedente y el ahora verdadero titular del crédito o cesionario. El deudor cedido pagó "bien", pese a que lo hizo a quien ya no era titular del crédito. La consecuencia es, pues, clara: queda libre de su obligación. Se premia así la buena fe del deudor cedido.

6. La norma contempla y regula un simple problema de conocimiento por el deudor cedido del hecho de la cesión.

Idea esta que ya se apuntó anteriormente, y que ahora se reafirma: se trata de proteger al deudor cedido, a la buena fe de éste; aunque indirectamente también al cesionario o nuevo titular del crédito, a quien lógicamente le importa y mucho que, conociendo el deudor cedido la cesión, le pague a él y no a un "acreedor" (el cedente) que ya no tiene tal condición. Ese pago indebido, hecho así a un no titular, complica desde luego la situación jurídica del cesionario (verdadero titular del crédito, pero que no ha recibido el pago), y que consecuentemente deberá desplegar una actividad encaminada al ingreso en su patrimonio de la prestación que, por la buena fe del deudor cedido, y por consecuencia de una conducta escasamente diligente e imputable, en línea de principio, al cedente, desvió esa prestación hacia un acreedor ya inexistente.

7. La doble vía del conocimiento por el deudor cedido del negocio de cesión.

Tal como se apuntó esa vía de conocimiento es doble: ya porque el deudor cedido fuere informado de la futura cesión del crédito, y lisa y llanamente la aceptare, estuviere de acuerdo con ella, pese a no ser necesario ese acuerdo (como se dijo) para que la cesión se produzca entre las partes; aceptación que podrá realizarse en cualquier forma (oral o escrita, y, en este segundo caso, por documento público o privado, ante testigos; importará desde luego la prueba de ese conocimiento por el deudor cedido); o bien que esa notificación de la cesión se le hubiera notificado con ella; con lo que evidentemente se está apuntando a la posibilidad de que esa notificación se lleve a cabo con ella; es decir, en el curso mismo de la realización de la cesión, en su mismo desarrollo, de manera pues, coetánea o simultánea al proceso de cesión, sin excluir claro es la posibilidad de que esa notificación tenga lugar en un momento inmediatamente posterior.

El precepto parece excluya así una notificación hecha en tiempo posterior, o muy posterior, al hecho mismo de la cesión, que únicamente serviría para fundamentar sólidamente la existencia de buena fe por parte del deudor cedido que satisficiera el crédito a quien ya no es titular de aquél.

Y como se ha dicho anteriormente, cuando se pruebe que el deudor cedido tenía conocimiento de la cesión, aun antes de que aquella le hubiera sido notificada, y pagare al cedente, no quedará liberado.

Será sin embargo de cargo del cesionario la prueba de la antedicha circunstancia: la del conocimiento por el deudor cedido de la existencia de la cesión aun antes de que aquella le hubiere sido notificada. La mala fe del deudor cedido da lugar a la carencia de efecto liberatorio del pago hecho por él al cedente (antiguo titular del crédito).

XIV. EFICACIA DE LA CESIÓN RESPECTO A TERCEROS. ART. 390.

I. "Si hay diversos cesionarios sucesivos del mismo crédito, tiene prioridad el primero que ha notificado la cesión al deudor, o que ha obtenido primeramente su aceptación, por acto de fecha cierta, sin ser preciso tener en cuenta la fecha de la cesión.

II. La misma regla se aplica en el caso de que el crédito sea dado en usufructo o constituido en prenda"

1. Conflictos entre diversos cesionarios sucesivos del mismo cedente.

En tal caso prevalece el cesionario que primero haya notificado la cesión al deudor, o que ha obtenido primeramente su aceptación, por acto de fecha cierta.

La norma contempla pues la hipótesis de cesión del mismo crédito a varios sujetos, y es la incertidumbre acerca de la titularidad del crédito la que justifica la suspensión del pago hasta la solución del conflicto, con la obligación de pago únicamente de los intereses legales.

Este criterio resuelve los conflictos suscitados antes del cumplimiento; el deudor que todavía no ha cumplido, deberá hacerlo en favor del cesionario que exhiba una cesión notificada o aceptada primero por acto de fecha cierta.

En presencia, pues, de una notificación o de una aceptación de fecha cierta resulta irrelevante el hecho de que el deudor tenga simple conocimiento de una cesión precedente, y consecuentemente, el eventual cumplimiento al cesionario primero no sería liberatorio.

El criterio al que se hace referencia no resultará aplicable sin embargo después del cumplimiento del deudor al cesionario que le dé conocimiento de la cesión; desde este momento el conflicto entre los cesionarios deberá resolverse a la luz del principio general de la prioridad de la cesión, en tanto que la notificación o la aceptación con fecha cierta no tienen ninguna relevancia.

De otra parte, el principio general al que acaba de hacerse referencia se aplica asimismo al conflicto entre varias sesiones, ninguna de las cuales haya conseguido fecha cierta. Portanto, el cesionario primero, no pudiendo pretender nada del deudor, podrá dirigirse contra el cesionario segundo que ha recibido el cumplimiento y obtener la restitución.

La prueba de la anterioridad de la cesión resultará, sin duda, más fácil si la cesión fue redactada por escrito, aunque cabrá admitir cualquier medio de prueba.

2. Ámbito de aplicación de la norma.

El criterio de resolución de los conflictos basado sobre la prevalencia de la cesión notificada o aceptada con anterioridad se aplica no sólo a los cesionarios y a los constituyentes de prenda o usufructo sobre el crédito, sino también a otros sujetos que quepa asimilar a aquellos.

3. Requisitos de la notificación.

La oponibilidad de la cesión del crédito a terceros no presupone necesariamente la notificación por un medio oficial, resultando suficiente cualquier forma de comunicación idónea para asegurar la certeza de la fecha.

En cuanto al objeto de la notificación, éste podrá consistir tanto en el documento mismo del que resulta la cesión, como en una declaración dirigida al deudor, y que ponga en su conocimiento la cesión producida.

La validez de la notificación no vendrá afectada por la mala fe del cesionario segundo que haya adquirido el crédito pese a tener conocimiento de una cesión anterior no notificada

4. Requisitos de la aceptación.

La aceptación consiste en cualquier declaración por la cual el deudor afirma tener conocimiento de la cesión; el requisito de la fecha cierta comporta que una tal declaración venga redactada por escrito.

5. Remedios a favor del cesionario insatisfecho.

El cesionario primero que ha sucumbido en el conflicto con el segundo cesionario notificante primero por acto de fecha cierta podrá dirigirse en vía contractual contra el cedente que haya realizado la segunda cesión, y podrá además accionar en vía extracontractual contra el cesionario segundo, conocedor de una cesión precedente, y que se vale de la notificación, a fin de prevalecer sobre el legítimo acreedor.

El cesionario primero podrá asimismo accionar en vía extracontractual contra el deudor cuando este último haya determinado, con mala fe, la prevalencia del segundo cesionario, aceptando con acto de fecha cierta la segunda cesión, aun siendo conocedor de una cesión precedente.

XV. LIBERACIÓN DEL DEUDOR CEDIDO. ART. 391.

"El deudor cedido queda liberado si paga al cedente antes de la notificación o aceptación, excepto si el cesionario pruebe que dicho deudor estaba en conocimiento de la cesión realizada"

1. Preliminar.

Identidad de *ratio* con el art. 1527 CC español ("El deudor que antes de tener conocimiento de la cesión satisfaga al acreedor, quedará libre de la obligación")

En la doctrina española ha sido frecuente interpretar el art. 1527 CC español en el sentido de que en él se contiene el requisito de una notificación al deudor cedido, como condición de eficacia respecto de él, entendiendo la notificación como una comunicación o puesta en conocimiento del deudor cedido del otorgamiento del negocio de cesión y entendiendo, asimismo, que la carga de la notificación de la cesión al deudor cedido corresponde al cesionario.

Esta forma de entender el art. 1527 CC español procede del art. 1691 del *Code*, según el cual "si antes de que el cedente o el cesionario hubieran notificado la cesión al deudor, hubiere éste pagado al cedente, quedará válidamente liberado". Norma esta que reiteró el art. 1264 CC italiano de 1865.

2. Alcance de la regla.

La notificación al deudor cedido NO es elemento constitutivo del supuesto de hecho de la transmisión del crédito de cedente a cesionario, ni de la creación de una vinculación del deudor cedido frente al cesionario.

Esta conclusión se impone por evidente a la vista del texto del art. 391 CC Bolivia. Claramente se deduce de su lectura que la dicha notificación no es elemento constitutivo de la transmisión del crédito, sino que despliega su eficacia en otro ámbito.

Importa, pues, el conocimiento por el deudor cedido del negocio de cesión.

Esta circunstancia es la verdaderamente importante en orden al régimen de efectos que la norma describe.

Si el deudor cedido tiene conocimiento de la cesión, y aunque esa cesión no le haya sido notificada, no quedará liberado de la deuda si pagare al cedente, que ya no es titular del crédito. Por tanto, su liberación no se subordina a la circunstancia de que la cesión le haya sido notificada, sino a la de que efectivamente tenga conocimiento de la misma.

3. El art. 391 CC Bolivia despliega sus efectos en el marco de protección a la apariencia jurídica.

Se trata entonces ese art. 391 CC Bolivia de una norma similar a la del art. 1164 CC español: la liberación del deudor no obstante no pagar a quien legítimamente es el acreedor, descansa sobre la protección del interés del deudor y de su confianza en la apariencia jurídica.

Y es que la liberación mediante el pago al cedente se funda en la falta de conocimiento de la cesión. por parte del deudor cedido. Se produce antes de tener conocimiento de ella. Por ello, supuesto exista ese conocimiento por alguna circunstancia, y desde luego, aunque no se haya producido notificación, el pago del deudor cedido al antiguo acreedor (cedente) y no al nuevo titular del crédito (cesionario) carece de buena fe. En tal caso, la liberación no se produce.

4. ¿En qué consiste la protección de la apariencia?

La protección a la apariencia es consecuencia de la existencia de una serie de circunstancias en las que el deudor cedido puede razonablemente confiar. Esas circunstancias crean a su vez un estado de cosas que se presentan como realmente existentes, creando una situación externa, aparente, sí, pero en la que el deudor puede razonablemente confiar, estimándola real, es decir, conforme con la realidad objetiva. Lo anterior permite afirmar que actuó de buena fe cuando pagó al cedente.

5. La protección de la apariencia jurídica presupone el cumplimiento de un canon de diligencia por parte de quien pretenda beneficiarse de ella.

La protección al sujeto que pretenda fundamentar su actuación en la apariencia jurídica presupone desde luego el cumplimiento de un canon de diligencia a cargo de aquél. Sólo quien tras desplegar una diligencia media, dependiendo de la situación de que se trate, no le sea posible alcanzar la verdad objetiva, podrá fundamentar su buena fe en la apariencia jurídica. No se trata, pues, de un simple "no supe", "no conocí", sino de "no pude saber"; "no me era posible conocer" esa realidad objetiva de las cosas.

Sólo supuesto el despliegue de ese canon de diligencia será posible calificar como de buena fe la conducta del sujeto que pretenda amparar aquella en la protección de la apariencia jurídica.

XVI. RESPONSABILIDAD DE LA CESIÓN A TÍTULO ONEROSO. ART. 392.

I. "Si la cesión es a título oneroso, el cedente está obligado a garantizar que el crédito transmitido le pertenece al tiempo de hacerse la cesión".

II. "Si al tiempo de la cesión el crédito no existe o no pertenece al cedente, éste debe, al cesionario, el resarcimiento del daño".

1. La sustancial diferencia entre cesión a título oneroso o a título gratuito.

Resulta enteramente lógico que el régimen de efectos de la cesión del crédito difiera si aquella tiene lugar a título oneroso o a título gratuito. La existencia, o no, de contraprestación por la cesión impone, con toda lógica, como se acaba de decir, una sustancial diversidad de régimen jurídico.

La cesión de un crédito a título oneroso presupone que esa cesión se hace mediante contraprestación, cualquiera que sea la naturaleza misma de esa contraprestación (dinero, o signo que represente dinero, permuta o intercambio del crédito por cosa material o inmaterial; supuesto este en el que se trataría de permuta del crédito por otro bien; dación en pago, etc.

En cualquier caso, la existencia de contraprestación, que percibe el cedente, determina un importante régimen de consecuencias para éste: garantizar la existencia y pertenencia del crédito que transmite por cesión al tiempo de la transmisión.

Bien distinto es el régimen cuando la cesión se lleve a cabo sin contraprestación alguna por parte del cesionario o nuevo acreedor. En tal caso, como se verá, la responsabilidad del cedente resulta sensiblemente mitigada

2. "Garantizar que el crédito transmitido le pertenece al tiempo de hacerse la cesión".

Se trata de una obligación de garantía que el art que se comenta en su apartado I hace recaer sobre el cedente del crédito cuando la cesión lo sea a título oneroso.

La formulación "que el crédito transmitido le pertenece", parece en buena lógica debe ser entendida, al menos en una primera aproximación, como que el cedente ha de ser titular del crédito que cede a cambio de una contraprestación, y que ese crédito es legítimo.

El CC español contiene una regla similar, que contempla la llamada garantía de la *veritas nominis*, con la diferencia de que contempla la garantía en un negocio de cesión que tiene su causa en una compraventa de crédito, pero con una regla perfectamente extensible a todos aquellos supuestos de cesión que tengan una causa onerosa, formulación ésta general ("Si la cesión es a título oneroso"), que es la que emplea precisamente el legislador boliviano.

3. Existencia y legitimidad del crédito.

La pertenencia del crédito al cedente ha de ser, pues, entendida como referida a la existencia y legitimidad de aquél.

En definitiva, la pertenencia del crédito al cedente, o la titularidad del mismo por éste, seviene a resolver en la existencia misma del crédito y en su legitimidad. Es decir, el cedente que lo cede a título oneroso es titular de un crédito existente y legítimo.

Y consecuentemente actúa de mala fe el cedente que conoce al tiempo de la cesión del crédito las causas que afectan a la existencia y legitimidad del crédito, sean de naturaleza objetiva y subjetiva, y que conducirán ulteriormente, a su inefectividad.

4. Existencia y legitimidad del crédito como presupuestos de la cesión.

Cabría entender no obstante que la inexistencia del crédito cedido o su falta de legitimidad, más que una genuina obligación de garantía determina una nulidad de la cesión por falta de los presupuestos objetivos del negocio de cesión. Se impondría por consiguiente la restitución de las cosas a la situación que tenían en el momento anterior a la cesión, con la consiguiente responsabilidad por culpa *in contrahendo* en el caso de que el cedente conociera el vicio o defecto del negocio de cesión que, como toda responsabilidad de ese tipo, se concreta en el llamado interés negativo...

En la doctrina española, sin embargo, existen pareceres autorizados señalando, siquiera por cuanto al CC español se refiere, que éste último escapa de ese lógico molde de la nulidad por falta de objeto, y adopta un régimen jurídico distinto que es más favorable para el cesionario, en la medida en que no se encuentra limitada la indemnización por el criterio del interés negativo.

Y es que el adquirente de un crédito tiene muchas menos posibilidades de comprobar la efectiva existencia de lo que va a adquirir que el comprador de una cosa corporal, por lo cual debe depositar su confianza en la tácita afirmación del cedente de que el crédito existe y requiere por tanto una mayor protección del legislador.

En cualquier caso, y a la vista del apartado II del art que se comenta ("Si al tiempo de la cesión, el crédito no existe o no pertenece al cedente, éste debe, al cesionario, el resarcimiento del daño"), que no establece contenido alguno especial para esa obligaciónde garantía, parece criterio adecuado el de integrar el precepto con referencia a las normas sobre evicción en la compraventa de cosas corporales; de modo que el cedente estará obligado a restituir el valor del crédito en aquél momento en el que la garantía se haga efectiva, los intereses o rendimientos si el cesionario hubiera tenido que restituirlos,los gastos de los pleitos que hubiera tenido que sostener y los gastos del contrato si los hubiera pagado él. Además, existirá responsabilidad contractual plena, centrada en el interés positivo, si el cedente lo hubiere sido de mala fe.

En definitiva, la ambigüedad, imprecisión y amplitud de la fórmula del legislador

boliviano (¿"resarcimiento del daño?) hacen sostenible llenar esa referencia con el contenido al que se ha hecho referencia.

5. Inexistencia o no pertenencia al cedente del crédito cedido.

Ya se ha hecho referencia a la no conveniencia de enfocar el problema por la vía de la falta de los presupuestos objetivos. En cualquier caso, el legislador boliviano se refiere a dos supuestos distintos; el de la inexistencia misma del crédito, y el de la no pertenencia de aquél al cedente. Insisto en que, en mi opinión, el régimen de efectos de uno y otro debe ser el mismo, y es aquél al que se ha hecho referencia con anterioridad.

En el plano conceptual sin embargo la inexistencia y la no pertenencia operan en planos distintos: la inexistencia del crédito puede venir referida a un crédito que nunca llegó a existir (crédito "putativo" o "puramente imaginario"), o bien que aun habiéndola tenido carece ya de ella "al tiempo de hacerse la cesión". En ambos casos, ese crédito cabe calificarlo como inexistente.

La no pertenencia presupone lógicamente un crédito existente en la realidad, pero no vinculado por una relación de titularidad con el "cedente" que lleva a cabo esa "cesión" de un crédito del que no es titular.

XVII. RESPONSABILIDAD EN LA CESIÓN A TÍTULO GRATUITO ART. 393.

"Cuando la cesión se hace a título gratuito, el cedente está obligado a garantizar la existencia del crédito sólo en los casos en que la ley establece a cargo del donante la responsabilidad por evicción".

En su momento se hizo referencia a la inexistencia de inconveniente alguno en que la cesión de un crédito se realice *donandi causa,* cuando el cedente busque hacer una liberalidad en favor del cesionario.

Los créditos son derechos subjetivos de carácter patrimonial o económico, representan pues valores económicos, y son susceptibles de formar parte de un patrimonio.

Como tales bienes patrimoniales que son, los créditos pueden ser objeto de donación.

En el CC español, si la cesión ha sido gratuita, debe aplicarse el art.638 CC, según el cualel donante no queda obligado al saneamiento de las cosas donadas, a no ser que la donación tenga causa onerosa (la llamada donación modal), en cuyo caso el donante responde por evicción hasta la concurrencia del gravamen.

Y si como asimismo se dijo anteriormente, en todos estos casos tendrán que ser aplicables las reglas relativas a cada uno de los negocios que ofrezcan su causa específicaa la cesión, tratándose de donación de un crédito, serán las normas de la donación las que habrán de ser tenidas en cuenta, con las debidas adaptaciones en su caso.

Valga lo que se acaba de decir para el CC Bolivia. Habrá que estar, pues, a las normas de este último en materia de evicción en la compraventa, normas que serán aplicables en su caso en los supuestos de cesión de un crédito a título gratuito.

Ninguna duda parece quepa, por cuanto se refiere al CC Bolivia, en que, tratándose asimismo de una donación con causa onerosa, el donante responderá por evicción hasta la concurrencia del gravamen, no por el exceso.

XVIII. INSOLVENCIA DEL DEUDOR.

I. "El cedente no responde de la solvencia del deudor sino cuando la hubiese garantizado o cuando la insolvencia fuese pública y anterior a la cesión. En tales casos, el cedente debe reembolsar lo que recibió y resarcir el daño.

II. Cuando el cedente ha garantizado la solvencia del deudor, la garantía cesa si el no haberse realizado el crédito por insolvencia del deudor es atribuible a la negligencia del cesionario en iniciar o proseguir el juicio respectivo contra el deudor".

1. Planteamiento introductorio.

La bondad del crédito y su efectividad real dependen, lógicamente, de la solvencia del deudor cedido.

No se trata aquí ya de la existencia y legitimidad del crédito (*veritas nominis*), sino de la bondad del crédito (*bonitas nominis*), consistente en la solvencia del deudor cedido.

Se trata obviamente de dos planos bien diferentes: una cosa es que el crédito tenga existencia y se funde en un título válido, y otra muy distinta que el deudor cedido sea solvente.

Consecuentemente, así como el legislador boliviano hace gravitar sobre el cedente la primera de esas responsabilidades (art. 392. I ("el cedente está obligado a garantizar queel crédito transmitido le pertenece al tiempo de hacerse la cesión"), esa referencia a la *pertenencia del crédito* ha de entenderse como equivalente a la existencia del mismo y a su legitimidad; tratándose sin embargo de la "bondad" del crédito, las reglas son otras. Laregla general pasa a ser entonces la contenida en el art. 394. I: "El cedente no responde de la solvencia del deudor sino cuando:

A) la hubiese garantizado

B) o cuando la insolvencia fuese pública y anterior a la cesión" ·

Sin perjuicio de las consideraciones que se harán con posterioridad, la primera de las excepciones ("cuando la hubiese garantizado"), no es más que la admisión del principio de autonomía privada en esta materia: el cedente responderá de la solvencia del deudor porque así lo ha querido, y cuando lo haya querido, en uso de su propia autonomía negocial.

En cuanto a la segunda excepción ("cuando la insolvencia fuese pública y anterior a la cesión") presenta desde luego un carácter bien diferente a la anterior, y parece encierre siquiera en una primera aproximación un matiz culpabilístico o de reproche, ausente por completo de la excepción primera.

Claramente se deduce de lo anterior que mientras la garantía acerca de la existencia y legitimidad del crédito cedido pertenece, por así decirlo, a la esencia misma del negocio de cesión, resultando éste de alguna manera inconcebible sin ella, no ocurre otro tanto con la *bonitas nominis* ("bondad" del crédito). La asunción de esta por el cedente no es desde luego la regla general, y no lo es sencillamente porque, a diferencia de la *veritas nominis*, no pertenece a la esencia misma del negocio de cesión.

¿Debe el cedente responder frente al cesionario de esta solvencia?, ¿La insolvencia del deudor cedido repercute o no en el negocio de cesión?

En una primerísima aproximación, parece que una insolvencia del deudor cedido, producida ésta con posterioridad al negocio de cesión, constituye para el adquirente del crédito un riesgo normalmente derivado del negocio que él lleva a cabo, un riesgo que él conoce y que ha debido conocer, de manera que quien lo debe asumir es el cesionario.

Añádase a lo anterior que el cesionario, en cuanto adquirente del crédito, es quien debe preocuparse de las variaciones posteriores a la cesión que pueda experimentar la solvencia del deudor, variaciones que son por completo ajenas al cedente.

Por ello, en línea de principio, y al margen ahora del apartado II del art que se comenta, procede ocuparse aquí de la solvencia o insolvencia del deudor cedido en los momentos anteriores a la cesión o coetáneos a ella.

2. La solvencia del deudor cedido en el momento de la cesión.

Aun situados ya en el momento de la cesión, tampoco parece pueda llegarse a resultados diferentes de los sostenidos respecto del momento anterior a la cesión o coetáneo con la cesión misma.

Se trata la solvencia de una situación de hecho que las partes de la cesión, de modo especial el cesionario, han podido y debido conocer e investigar a fondo antes de llevar a cabo el negocio de cesión.

No cabe hallar al respecto paralelismo alguno con las obligaciones del vendedor de prestar el saneamiento por los defectos o vicios ocultos de la cosa vendida, puesto que la insolvencia anterior del deudor no es un defecto oculto del crédito que se cede.

Y es que el crédito existe y se funda en un título legítimo, cabría decir que es perfecto en su integridad. La solvencia del deudor cedido es, desde esta perspectiva, un elemento "exterior" de algún modo al crédito mismo, "extrínseco" a aquél.

Con todo, resulta innegable que es de mala fe el cedente que, conociendo la situación de insolvencia del deudor cedido, efectúa la transmisión omitiendo dicha circunstancia.

Se trata aquí de un concepto de mala fe limitado al punto de la solvencia del deudor, por lo cual, como se ha dicho inmediatamente en precedencia, es claro

que el crédito puede reunir todos los elementos precisos para ser considerado existente y legítimo. Este es el parecer mayoritario en la doctrina española.

No parece admisible quepa aquí una renuncia anticipada a esa responsabilidad por mala fe del cedente que, aun conociendo esa situación de insolvencia, lleva a cabo la cesión. Nada se opone sin embargo a una agravación de la misma, por ejemplo, pactando una cláusula penal.

3. Regla general.

Por regla general, y de conformidad con las premisas anteriores, no cabe entender que el cedente asuma obligación alguna de garantizar al cesionario la solvencia del deudor cedido.

Este es desde luego el principio general propio del CC Bolivia ("El cedente no responde dela solvencia del deudor").

4. ¿Cuándo responderá el cedente?

Esta obligación sólo existirá cuando libre y voluntariamente así lo establezcan las partes. Esta es la norma que con carácter general se contiene en la mayor parte de los CCs europeos, y asimismo en el CC Bolivia ("El cedente no responde de la solvencia del deudorsino cuando la hubiese garantizado").

En tal caso, como es obvio, se trata de un pacto o acuerdo, incorporado al contenido mismo del negocio de cesión, fruto de un acuerdo de voluntades, y de todo punto lícitoal amparo del principio de autonomía privada, principio cuyo ámbito principalísimo de operatividad es, sin duda, el marco de las relaciones obligatorias.

Como fruto que es de la autonomía privada, habrá que atenerse a lo pactado, pudiendo las partes configurarla como responsabilidad solidaria o subsidiaria, bien en forma de fianza o como modalidad del seguro, siendo asegurador el cedente u otra persona.

Ese inciso del art. 394 CC Bolivia "sino cuando la hubiese garantizado", exige desde luego pacto expreso al respecto, por lo cual no habrá de entenderse existe tal pacto con una cláusula general de responsabilidad por todos los riesgos que ocurran, aunque no será preciso el empleo de palabras determinadas, bastando que quede clara la intención de los contratantes.

Cuando se haya pactado la cláusula y nada se haya dicho sobre su alcance, habrá que estar a lo que establece el legislador boliviano en el inciso final del apartado I del art. 394("el cedente debe reembolsar lo que recibió y resarcir el

daño"). En definitiva, el cedente deberá reembolsar lo que recibió. En cuanto al resarcimiento del daño, presupone prueba cumplida del mismo, en defecto de la cual no habrá lugar a la indemnización de daños cuya producción no haya sido objeto de prueba.

La efectividad de la garantía supone la resolución del contrato de cesión del crédito, cuya consecuencia inmediata será la recuperación por el cedente de la cualidad de acreedor, sin que pueda ejercitar acción de regreso alguna contra el deudor por lo que tuvo que pagar el cesionario.

Cabe asimismo que al estipularse expresamente la garantía por la solvencia del deudor cedido se haya pactado también la duración de la misma, caso en el cual habrá de estarsea lo pactado

En la doctrina española, es opinión autorizada la de que se trata de una responsabilidad subsidiaria, aplicable en consecuencia sólo cuando el deudor no pague, debiendo demostrarse el hecho de la insolvencia, por lo cual es aconsejable que el cesionario se dirija primero contra los bienes del deudor, y sólo en caso de ejecución infructuosa podráhacer valer la garantía

5. Naturaleza de la obligación de garantía del crédito.

En la doctrina científica española se ha venido debatiendo la cuestión referida al alcance y contenido de la obligación del cedente de garantizar al cesionario la solvencia del deudor cedido.

La asimilación de una tal garantía a la figura de la fianza se ha sostenido por algunos; sin embargo, no parece posible compartir este punto de vista. El cedente, a partir de la cesión, no cabe se le considere como un fiador del deudor cedido.

En puridad, ni cuando el cedente la asume por pacto, ni tampoco cuando queda legalmente impuesta, está obligado el cedente al pago de la deuda, ni se hace responsable de ella.

Y es que la obligación del cedente consiste en restituir al cesionario el precio de la cesión y los gastos que al cesionario se le hubiesen causado como consecuencia de dicha cesión. Esta, y no otra, es la posición del CC Bolivia ("El cedente debe reembolsar lo que recibió y resarcir el daño"), y todo ello presupuesto, como se dijo, que así se hubiere pactado.

De todo ello se deduce que la llamada obligación de garantía funciona técnicamente como un mecanismo de restitución, similar a lo que entra en funcionamiento en los casos de ineficacia del negocio.

6. Duración de la obligación de garantía.

A diferencia de algunos CCs, como el español, el art. 394 CC Bolivia no fija un tiempo de duración de esa obligación de garantía cuando ésta se hubiere establecido convencionalmente, pero las partes contratantes no hubieren fijado ese tiempo de duración.

Con todo, es prevalente el parecer doctrinal tendente a considerar que esas reglas sobre la duración de garantía serán, asimismo, aplicables en los supuestos de obligación ex legede garantía de la insolvencia.

La duración de la responsabilidad del cedente según el CC español se sujeta a las siguientes reglas, reglas que en defecto de otras en el CC Bolivia, podrían asimismo ser tenidas en cuenta en el marco del Derecho boliviano:

A) El plazo de duración es de un año, contado desde la cesión del crédito, si, alefectuarse ésta, estaba ya vencido el plazo de la deuda.

B) Si el crédito fuere pagado en término o plazo todavía no vencido al tiempo de la cesión, la responsabilidad del cedente cesa un año después del vencimiento.

C) Cuando el crédito consistiere en una renta perpetua la responsabilidad se extingue alos diez años contados desde la fecha de la cesión.

Se afirma acertadamente que el CC español presupone debe existir una constatación de la insolvencia del deudor cedido, y que ésta sólo puede producirse tras el vencimiento dela obligación y la consiguiente persecución de los bienes.

De este modo, el plazo posterior al vencimiento es el plazo de una diligente actuación delacreedor; lo que no impide afirmar que también el cesionario queda sometido a algunas dosis de diligencia en la averiguación posterior de la solvencia del deudor.

Por lo menos en los casos en que hubiere conocido la insolvencia en un momento anterior al vencimiento de la deuda, el plazo de un año deberá contarse a partir de este conocimiento no

7. Insolvencia pública y anterior a la cesión.

También en tal supuesto el cedente, aun siéndolo de buena fe, responde de la solvencia del deudor. Tratándose pues de una cesión con causa onerosa, cuando la insolvencia fuere pública y anterior a la cesión, el CC Bolivia, al igual que el CC español, establece a cargo del cedente y a favor del cesionario, la obligación

de garantía de la solvencia del deudor cedido. Y ello aun en defecto de pacto al respecto.

Se trata indudablemente de una regla causante de perturbación, puesto que, si la insolvencia del deudor cedido era pública, lo que de suyo implica un cierto grado de notoriedad, el cesionario debió conocerla, de manera que el error de este sobre tal extremo difícilmente encajará en los moldes del llamado error excusable, que implica como es sabido el despliegue por aquél que incurre en él de un grado de diligencia medio, al menos el requerido por la situación de que se trate.

Parece opinión más segura la que entiende que esa obligación *ex lege* de garantía en los casos de insolvencia anterior y pública sólo encuentra justificación cuando el cesionario hubiere sido víctima de un engaño sobre la solvencia del deudor cedido, lo que podrá producirse a través de la falta de información.

A su vez, ese engaño del cesionario descansaría ya en el conocimiento por el cedente de la insolvencia, sin haber cumplido la carga de poner en conocimiento del cesionario esa pública información que poseía, ya en los casos en que la insolvencia fuere pública por presumirse entonces que el cedente la debió conocer.

El supuesto tendría encaje entonces en el marco de la anulabilidad del negocio de cesión por dolo o por error sobre la base del negocio.

En la doctrina científica española no faltan sin embargo pareceres en el sentido de que la frase "insolvencia pública y anterior a la cesión" no hay motivos para interpretarla en sentido distinto del literal: el legislador contempla, pues, el caso de un acreedor que conociendo necesariamente la situación económica de su deudor, realiza la cesión en un momento posterior en el que se da por supuesto que continúa la insolvencia; desde esta perspectiva parece que nos encontramos ante la tipificación de un supuesto de hecho llevado a cabo por el legislador: de manera que basta con que la insolvencia haya sido anterior a la cesión y pública para que se adjudique la responsabilidad al cedente.

En realidad, habría que sacar el supuesto de las coordenadas de la buena o mala fe del vendedor, llevándolo más bien a un marco más objetivo: si la insolvencia es pública, parece claro que ambos contratantes han podido conocerla. Sin embargo, en la valoración de la posterior conducta de ambos contratantes, el legislador ha optado por sancionar la del cedente, al considerarla más grave; ya que resulta obvio que tiene mayorrazón de conocerla y medir su alcance por tratarse de quien hasta ese momento era su deudor.

Basta así que la insolvencia del deudor sea "pública y anterior a la cesión" para que responda de ella el cedente, limitando su responsabilidad al reembolso de lo que recibió y a resarcir el daño, presupuesta claro es la prueba del mismo.

Su posible buena fe no juega en este caso, al tratarse de una modalidad de responsabilidad objetiva.

Si además hubiere dolo por parte del cedente, se aplicarán las reglas generales de las obligaciones.

El conocimiento de la insolvencia por el cesionario no se toma en cuenta. En el supuesto de que hubiere mediado dolo por parte de éste, se aplicarían asimismo las reglas generales.

La norma representa, pues, una forma de protección del adquirente de créditos.

8. El apartado II del art. 394.

Aun en el supuesto de que el cedente haya garantizado la solvencia del deudor, "la garantía cesa si el no haberse realizado el crédito por insolvencia del deudor es atribuible a la negligencia del cesionario en iniciar o proseguir el juicio respectivo contra el deudor".

La norma tiene interés en cuanto viene a poner de manifiesto un deber de diligencia que pesa sobre el cesionario, nuevo titular del crédito, y que se proyecta ya en un tiempo posterior a la cesión misma.

El cesionario, como adquirente del crédito, es quien debe preocuparse de las variaciones posteriores a la cesión que la solvencia del deudor pueda experimentar; éstas son ya por completo ajenas al cedente.

Con todo, la norma que ahora se comenta precisa de algunas puntualizaciones:

A) Contempla desde luego el periodo posterior a la cesión. Ésta ya se ha producido. El cesionario es ya el nuevo titular del crédito, el nuevo acreedor.

B) Pero la norma refiere esa, en su caso, negligencia del cesionario, y que es la que exime de responsabilidad al cedente aún en el caso de que éste hubiere garantizado la solvencia del deudor, a la circunstancia de que el cesionario "no hubiere iniciado o proseguido el juicio respectivo contra el deudor".

C) Se contempla, pues, ese periodo posterior a la cesión, pero en alguna medida parece referido sin embargo a hechos o acontecimientos anteriores a aquélla. Y es que esa insolvencia, parece lógico pensar en que quizá traiga causa

del tiempo anterior a la cesión misma, existiere ya al momento de la cesión, pero podría no ser así. La génesis de la insolvencia podría situarse, como se ha dicho, en un momento anterior a la cesión, pero también podría ser posterior a ella. El legislador CC Bolivia parece esté haciendo referencia, e incluyendo en consecuencia, en el ámbito de aplicación de la norma, a ambas posibilidades. Cuando el cesionario no prosigue, no continúa, el juicio contra el deudor iniciado ya con anterioridad por el cedente es claro que se está haciendo referencia a circunstancias o acontecimientos anteriores a la cesión misma. La negligencia del cesionario se materializa aquí en una conducta omisiva, la de no continuar un procedimiento judicial iniciado ya por el cedente del crédito (por ejemplo, dejar caducar la acción interpuesta).

D) Supuesto distinto es aquél en el que la negligencia del cesionario se plasma en la circunstancia de no iniciar el juicio respectivo contra el deudor. No se trata aquí de continuar un procedimiento ya iniciado, sino de comenzarlo.

Por tanto, la insolvencia podrá venir referida a un tiempo anterior a la cesión, o posterior a ella; pero la *ratio* de la norma viene referida en ambos casos a una conducta negligente del cesionario que, o bien no prosigue un procedimiento ya iniciado, o bien no lo *inicia ex novo.*

E) La posterioridad que importa no es, pues, la de la insolvencia misma (que puede ser anterior a la cesión), sino la de la conducta negligente del cesionario, posterior siempre a la cesión, y materializada en la no prosecución de un juicio ya iniciado o en el inicio de otro.

EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD: UN PUENTE ENTRE EL DERECHO INTERNACIONAL Y NACIONAL EN LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS

CONVENTIONALITY CONTROL: A BRIDGE BETWEEN INTERNATIONAL AND NATIONAL LAW IN THE PROTECTION OF HUMAN RIGHTS

Rev. Boliv. de Derecho Nº 37, enero 2024, ISSN: 2070-8157, pp. 670-685

Fernando
CUELLAR
NÚÑEZ

ARTÍCULO RECIBIDO: 8 de octubre de 2023
ARTÍCULO APROBADO: 4 de diciembre de 2023

RESUMEN: El control de convencionalidad es esencial para alinear las leyes nacionales con las normativas internacionales de derechos humanos, originado por un fallo de la Corte IDH en 2006. Implica comparar legislaciones nacionales con tratados internacionales, impactando a nivel global y local. Ejercido por la Corte IDH internacionalmente y por autoridades nacionales, complementa la supremacía constitucional y se enfoca en la protección de los derechos humanos y la dignidad humana.

PALABRAS CLAVE: Control de Convencionalidad; Derecho Internacional de los derechos humanos; Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH); tratados internacionales; derechos humanos.

ABSTRACT: *The control of conventionality is essential for aligning national laws with international human rights standards, originating from a 2006 ruling by the of the I/A Court H.R. It involves comparing national legislation with international treaties, impacting both globally and locally. Exercised by the IACHR internationally and by national authorities, it complements constitutional supremacy and focuses on the protection of human rights and human dignity.*

KEY WORDS: *Control of conventionality; International Human Rights Law; of the I/A Court H.R; international treaties; human rights.*

SUMARIO.- INTRODUCCIÓN.- II. CONCEPTO DEL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD. - III. CLASES.- IV. CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCION.

El presente artículo científico aborda una de las piedras angulares del derecho internacional de los derechos humanos: el concepto del control de convencionalidad. Este mecanismo, fundamental en la era de la globalización jurídica, representa un desafío tanto para los juristas como para los sistemas legales que buscan alinearse con las normativas internacionales de derechos humanos. A través de una exploración detallada, este trabajo se enfoca en desentrañar las distintas clases y dimensiones que adopta el control de convencionalidad, destacando su relevancia y aplicación en distintos contextos jurídicos.

En la primera sección, se presenta una revisión exhaustiva de los orígenes y la evolución histórica del control de convencionalidad, destacando cómo este concepto ha emergido y se ha consolidado como un principio fundamental en el derecho internacional. Posteriormente, se analizan las diversas clases de control de convencionalidad, desde su aplicación por cortes y tribunales internacionales hasta su implementación en los sistemas jurídicos nacionales. Este análisis incluye una discusión sobre las implicancias prácticas y teóricas de cada clase de control, así como los retos y oportunidades que presenta para la armonización del derecho interno con las obligaciones internacionales.

II. CONCEPTO DEL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD.

Aunque no siempre se le haya conocido bajo ese nombre, el control de convencionalidad no es una figura nueva en el Derecho Internacional, ya que su existencia se relaciona directamente con la ratificación de tratados que confieren la custodia a un órgano jurisdiccional supranacional. Este órgano se encarga de comparar las acciones estatales con las obligaciones contenidas en el tratado internacional previamente ratificado

Se trata de una competencia inherente a la Corte Interamericana para la protección internacional de la persona humana. Así, este control ha estado presente desde siempre en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH) y se ha llegado a considerar que "la responsabilidad internacional del Estado puede generarse por actos u omisiones de cualquier poder u órgano de

• Fernando Cuellar Núñez
Abogado, Postulante a Doctor en Derecho con mención en Sistema Jurídico Plural de UAGRM. Correo electrónico: fernandocuellarn@gmail.com

este, independientemente de su jerarquía, que violen la Convención Americana". Por ejemplo, en el caso Olmedo Bustos vs. Chile (2001), se argumentó que "el artículo 19 número 12 de la Constitución establece la censura previa en la producción cinematográfica y, por lo tanto, determina los actos de los Poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial".[1]

En múltiples ocasiones, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) ha ejercido el control de convencionalidad al declarar que la normativa nacional es incompatible con la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH). Este tipo de control de convencionalidad se conoce como externo, propio, original o en sede internacional.[2]

En el Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH), el término "control de convencionalidad" fue introducido por primera vez por el juez Sergio García Ramírez en el año 2003 en su voto concurrente razonado en el caso Myrna Marck Chang vs. Guatemala. En esa ocasión, el juez utilizó este término para hacer referencia a la evaluación de la conformidad del ordenamiento jurídico interno de los Estados con la Convención Americana, que es una de las principales responsabilidades de la Corte IDH. Posteriormente, el juez reafirmó esta tesis en su voto razonado en el caso Vargas Areco vs. Paraguay[3].

Dentro del Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH), el control de convencionalidad se presenta como una herramienta crucial para asegurar la supremacía de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), incluso por encima de las constituciones nacionales Este control implica un proceso de revisión en el cual las acciones gubernamentales son sometidas a escrutinio a la luz de la Convención, considerando también las interpretaciones que la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) ha emitido sobre la misma. En consecuencia, el control de convencionalidad se convierte en un instrumento eficaz para garantizar el respeto, la protección y el ejercicio efectivo de los derechos establecidos en la CADH Si bien la Corte IDH es la última instancia encargada de asegurar la realización de estos derechos, su implementación depende en gran medida de la acción previa de los Estados dentro de sus respectivas jurisdicciones.[4]

De acuerdo con Karlos Castilla Juárez, el control de convencionalidad se aplica a cualquier acción de los poderes públicos de los Estados parte en la Convención

1 García Ramírez, S.: "El Control Judicial Interno de Constitucionalidad", *Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla*, 2011, núm. 28, pp. 123-159.

2 Thury-Cornejo, V.: "La independencia judicial en el contexto de la sociedad de medios: desafíos y estrategias", *Díkaion: Revista de actualidad jurídica,* 2011, vol. 20, núm. 2, pp. 299-326.

3 Thury-Cornejo, V.: "La independencia judicial", cit., pp. 299-326.

4 Salgados Pesantes, H.: *Lecciones de Derecho Constitucional*, Abya-Yala, Quito, 2003, pp.124.

Americana, lo que incluye reformas y normativas constitucionales, leyes, actos administrativos y sentencias[5].

Es importante señalar que, aunque en sus inicios se ha relacionado el control de convencionalidad con el control de constitucionalidad que se lleva a cabo en el ámbito nacional, estas dos figuras no son asimilables y deben considerarse diferentes.

La distinción entre control de convencionalidad y control de constitucionalidad es fundamental para comprender que estas dos prácticas jurídicas tienen dinámicas distintas. El desarrollo del control de convencionalidad, en particular en su dimensión interna, no está vinculado a los modelos que los Estados adoptan para llevar a cabo el control de constitucionalidad. Esta distinción es esencial para entender por qué la Corte Interamericana de Derechos Humanos concluye que todas las autoridades estatales deben llevar a cabo el control interno de convencionalidad, a diferencia de lo que ocurre en los modelos de control de constitucionalidad, donde esta función es desempeñada exclusivamente por las autoridades judiciales.

En relación al tema de la justificación del control de convencionalidad, que implica establecer su fundamento normativo en la Convención Americana, se ha discutido ampliamente y aún queda mucho por debatir al respecto.[6] A pesar de que no existe una disposición explícita en la Convención Americana que imponga a los Estados la obligación de llevar a cabo un control de convencionalidad interno, y mucho menos con las características y alcance que la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) le ha atribuido, este tribunal ha realizado esfuerzos para respaldar esta responsabilidad a partir de lo dispuesto en la propia Convención.[7]

La tesis de la Corte Interamericana se puede resumir en el principio del "efecto útil" de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) y el principio "pacta sunt servanda", complementados por los deberes de respeto y garantía establecidos en los artículos 1.1 y 2 de la Convención. El control de convencionalidad se presenta como una herramienta eficaz para asegurar el cumplimiento de estos principios y deberes[8].

5 Castilla Juárez, K.: *Acceso efectivo a la Justicia*, Porrúa, Ciudad de México, 2012, p. 204.

6 Malarino, E.: "La obligatoriedad de la jurisprudencia de los órganos interamericanos de protección de derechos humanos", *Revista de derecho Penal y Criminología,* 2012, núm. 2012, pp. 101-111.

7 Malarino, E.: "La obligatoriedad de la jurisprudencia", cit., pp. 101-111

8 Garrido Gómez, M. I.: "Los derechos fundamentales entendidos como responsabilidades de los Estados", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, 2019, Vol. 52, núm. 155, pp. 779-798.

El principio "pacta sunt servanda" implica que los tratados internacionales deben cumplirse de buena fe, sin que el derecho interno pueda justificar el incumplimiento de los compromisos adquiridos en el Derecho Internacional. Esta disposición está respaldada por el artículo 27 de la Convención de Viena de 1969 sobre el Derecho de los Tratados, que fue citado expresamente por la Corte IDH en el caso Almonacid Arellano vs. Chile (2006).

Los deberes generales de los Estados establecidos en los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana también respaldan la existencia del control de convencionalidad. En particular, el artículo 2 establece la obligación de los Estados de adecuar su ordenamiento interno a los términos de la CADH, una obligación que la Corte IDH ha interpretado de manera amplia y que va más allá de la función legislativa. En este contexto, el control de convencionalidad interno se presenta como una herramienta eficaz y eficiente para garantizar su cumplimiento.[9]

En última instancia, el objetivo subyacente del control de convencionalidad es asegurar la protección de los derechos humanos. Esto refleja la interconexión entre el Derecho Internacional y el Derecho Constitucional, ya que ambos buscan garantizar el pleno ejercicio de los derechos humanos de las personas. En la actualidad, más que hablar de la supremacía formal de la Constitución o la Convención, se debería hablar de la supremacía de los derechos humanos.[10]

El principio de "un mecanismo de protección procesal" se refiere a la función desempeñada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos cuando el derecho interno de un país, que incluye la Constitución, leyes, actos administrativos, jurisprudencia y prácticas judiciales, es incompatible con la Convención Americana sobre Derechos Humanos u otros tratados aplicables[11]. El propósito de este mecanismo es asegurar la aplicación efectiva de la Convención o de otros tratados similares, a través de un análisis de la concordancia entre el derecho interno y el tratado en cuestión en un caso específico. La Corte emite una sentencia judicial que puede ordenar la modificación, derogación, anulación o reforma de las normas o prácticas internas, según corresponda, con el fin de proteger los derechos humanos de las personas y garantizar la supremacía de la Convención Americana.

Se puede describir el principio como un procedimiento legal que se origina a partir de la interpretación de casos previos por parte de la Corte Interamericana

9 Arnio, A.: "Reglas y principios en el razonamiento jurídico", *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, 2000, núm. 2000, pp. 593-602.

10 Tury Cornejo, V.: "La independencia judicial en el contexto de la sociedad de medios: desafíos y estrategias", *Dikaion, Universidad de la Sabana*, Cundinamarca, Colombia, 2011, Vol. 20, núm. 2, pp.299-325.

11 Rey Cantor, E.: *El control de Convencionalidad de las leyes y derechos humanos*, Porrúa, Ciudad de México, 2008, pp. 74-96.

de Derechos Humanos, y su objetivo principal es analizar la compatibilidad entre las normas internas de los Estados y los preceptos de la Convención Americana. Este proceso se lleva a cabo con la finalidad de determinar si se han producido violaciones de los derechos humanos.

El control de convencionalidad, según la descripción de Mora Méndez representa un importante progreso en la protección de los derechos humanos en los Estados que son parte de la Convención Americana de Derechos Humanos. Este procedimiento judicial emerge como una respuesta a la necesidad de conciliar y asegurar la plena implementación de los estándares internacionales de derechos humanos en los sistemas legales nacionales[12].

La esencia del control de convencionalidad radica en la confrontación entre las normas internas de un Estado y las disposiciones establecidas en la Convención Americana de Derechos Humanos. Esto implica un proceso de comparación y análisis profundo que tiene como objetivo determinar si las leyes y decisiones nacionales están en consonancia con los principios y derechos establecidos en dicho tratado internacional.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha desempeñado un papel crucial en el desarrollo y la promoción del control de convencionalidad a través de su jurisprudencia. Esta Corte ha enfatizado la obligación de los Estados Partes de garantizar la supremacía de los derechos humanos consagrados en la Convención Americana sobre las normas internas que pudieran entrar en conflicto. En este sentido, el control de convencionalidad actúa como un mecanismo de verificación que permite detectar y corregir posibles violaciones de derechos fundamentales.

El objetivo último del control de convencionalidad es asegurar la protección efectiva de los derechos humanos en el ámbito nacional. Al confrontar las leyes internas con los estándares internacionales, se busca identificar aquellas situaciones en las que las normas nacionales puedan estar limitando o vulnerando los derechos humanos consagrados en la Convención Americana. Esto no solo implica corregir casos concretos, sino también generar un impacto preventivo al incentivar a los Estados a adaptar sus legislaciones y prácticas judiciales de acuerdo con los estándares internacionales.

En conclusión, el control de convencionalidad, tal como conceptualiza Mora Méndez, se erige como un mecanismo esencial en la lucha por la protección y la promoción de los derechos humanos en los Estados parte de la Convención Americana. Al hacer posible la confrontación entre las leyes internas y los principios

12 Mora Méndez, J.A.: *El Control de Convencionalidad: un replanteamiento de principios y fuentes de derechos*, Bogotá, Universidad Cooperativa de Colombia, 2019, p. 87.

internacionales, este enfoque contribuye a establecer un sistema jurídico más coherente y respetuoso de los derechos fundamentales, garantizando así una tutela judicial efectiva y una mayor justicia en el contexto nacional.[13]

Lo cierto es que numerosos han sido los conceptos que la doctrina nos ha brindado con relación al instituto del control de convencionalidad, en las que siempre está presente la idea de considerarlo un mecanismo de revisión o juicio de compatibilidad. Es decir que si bien, tal como más adelante será analizado, se ha ido ampliando la idea de quiénes lo ejercen, así como también se ha ido extendiendo el criterio respecto de sobre qué objetos se lo practica, lo que es indiscutible, y siempre se mantuvo, fue la idea de considerarlo un juicio de compatibilidad y de confrontaciones entre las fuentes de derecho convencionales y fuentes de derecho de cada Estado.[14]

El instituto del control de convencionalidad ha sido abordado desde diversas perspectivas por la doctrina jurídica, pero uno de los elementos constantes en estas conceptualizaciones es su carácter de mecanismo de revisión y juicio de compatibilidad. Este concepto se ha arraigado en la esencia del control de convencionalidad y refleja su propósito fundamental de asegurar que las normas y decisiones internas de un Estado sean coherentes y compatibles con los estándares y derechos consagrados en tratados internacionales de derechos humanos.[15]

Este mecanismo de revisión y juicio de compatibilidad se basa en la premisa de que los Estados que han ratificado tratados internacionales de derechos humanos, como la Convención Americana de Derechos Humanos, tienen la obligación de garantizar la plena protección de los derechos allí establecidos. Esta obligación implica que las normas y prácticas internas no pueden contravenir ni limitar indebidamente los derechos y principios consagrados en dichos tratados.

En este contexto, el control de convencionalidad busca evaluar la concordancia entre las fuentes de derecho convencionales (tratados internacionales) y las fuentes de derecho internas de cada Estado. Esta evaluación tiene como objetivo detectar posibles conflictos, inconsistencias o contradicciones entre las normas internas y los estándares internacionales de derechos humanos. En caso de que exista un choque entre ambas, el control de convencionalidad implica que los jueces y tribunales deben dar primacía a las normas internacionales y adoptar una interpretación armonizadora que favorezca la protección de los derechos humanos.

13 Mora Méndez, J.A.: *El Control de Convencionalidad: un replanteamiento de principios*, cit. p. 87

14 Bazan, V.: *Defensa de la Constitución, Garantismo y Controles*, Ediar, Buenos Aires, 2003, pp. 65-87.

15 Salgado Pesantes, H. *Lecciones,* cit., pp. 94-108.

Es importante destacar que, a medida que ha evolucionado la comprensión del control de convencionalidad, se han ampliado tanto los sujetos que pueden ejercerlo (no solo los jueces, sino también otros actores estatales y no estatales) como los objetos que pueden ser sometidos a su análisis (decisiones judiciales, leyes, reglamentos, prácticas administrativas, entre otros)[16].

En ese orden de ideas, "una de las definiciones más completas que a nuestro entender ha expuesto la doctrina es aquella que lo define como "un control de adecuación, que implica un juicio de compatibilidad, entre, por un lado, el derecho y las prácticas jurídicas internas (en relación con actos emanados de cualquiera de los órganos o poderes públicos estatales o subnacionales), y por el otro el contenido normativo de base convencional -fuentes internacionales- que obliga a los Estados parte". "Dicho control se ejerce por parte de instancias locales o supranacionales con efectos diferenciados pudiendo llegar a descalificar toda norma o práctica inconvencional".[17]

La definición presentada por la doctrina, y citada de Olivero encapsula de manera precisa y comprensible el concepto del control de convencionalidad como un proceso esencial para asegurar la coherencia y la compatibilidad entre el derecho interno de un Estado y las normas internacionales establecidas en tratados de derechos humanos. Esta definición subraya la naturaleza y el propósito del control de convencionalidad como un mecanismo de evaluación y corrección para garantizar el respeto y la protección efectiva de los derechos fundamentales.[18]

La noción de que el control de convencionalidad es un "control de adecuación" refuerza la idea de que este proceso busca determinar si las normas y prácticas jurídicas internas se ajustan y son coherentes con los estándares establecidos en tratados internacionales. Se trata de un ejercicio de comparación y análisis que tiene como objetivo identificar cualquier discrepancia o conflicto entre ambos niveles normativos.

La descripción del control de convencionalidad como un "juicio de compatibilidad" refleja el proceso de evaluación que realizan los operadores judiciales y otros actores involucrados. Este juicio implica determinar si las normas internas se alinean con las obligaciones y los derechos establecidos en los tratados internacionales. En caso de que exista incompatibilidad, se espera que las normas internacionales prevalezcan y sean aplicadas.

16 Garrido Gómez, M. I.: "Los derechos fundamentales" cit., pp. 779-798

17 Olivero, E.: *El control de Convencionalidad*, La Ley, Buenos Aires, 2011, pp. 125-135.

18 Olivero, E.: *El control de Convencionalidad*, cit., pp.125-135.

La mención de "instancias locales o supranacionales con efectos diferenciados" destaca que el control de convencionalidad puede ser ejercido tanto a nivel nacional como internacional. Las decisiones tomadas a nivel local pueden tener efectos específicos en el ámbito interno del Estado, mientras que las decisiones de instancias supranacionales, como cortes regionales de derechos humanos, pueden tener un alcance más amplio y vinculante para múltiples Estados.

Por último, la referencia a la posibilidad de "descalificar toda norma o práctica inconvencional" subraya la importancia y el poder de este mecanismo. Cuando se determina que una norma o práctica interna es incompatible con los estándares internacionales, puede ser descalificada, lo que significa que no puede ser aplicada y debe ser ajustada o corregida para asegurar la protección efectiva de los derechos humanos.

III. CLASES.

La doctrina ha establecido una distinción entre dos tipos de control de convencionalidad: el control de convencionalidad concentrado, externo o en sede internacional, y el control de convencionalidad difuso, interno o en sede nacional. El primer tipo se corresponde con el concepto tradicional u original de control de convencionalidad al que se hizo referencia anteriormente. En este tipo de control, la Corte Interamericana de Derechos Humanos desempeña un papel central, ya que ejerce este control en virtud de sus propias competencias y objetivos.

Según Ferrer Mac-Gregor, el control de convencionalidad se divide en dos dimensiones: concentrada y difusa. La dimensión "concentrada" se lleva a cabo en la esfera internacional y es responsabilidad de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Este tipo de control, aunque no se menciona explícitamente con ese término, está implícito en la Convención Americana sobre Derechos Humanos y ha sido una parte integral del Sistema Interamericano de Derechos Humanos y del Derecho Internacional desde sus inicios.[19]

El control de convencionalidad se puede describir como un mecanismo procesal implementado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Este mecanismo se aplica cuando el derecho interno de un país, que incluye la Constitución, leyes, actos administrativos, jurisprudencia y prácticas administrativas o judiciales, entra en conflicto con la Convención Americana sobre Derechos Humanos u otros tratados aplicables. El propósito del control de convencionalidad es llevar a cabo una evaluación comparativa entre el derecho interno y el tratado

19 Ferrer Mac-Gregor, E.: *El control difuso de convencionalidad. Diálogo entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los Jueces nacionales*, Fundap, Ciudad de México, 2012, pp. 45-68.

internacional mediante un análisis normativo (comparación entre las disposiciones del derecho interno y el tratado).

El profesor Nogueira Alcalá interpreta la dimensión concentrada del control de convencionalidad como un mecanismo utilizado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) en casos tanto consultivos como contenciosos. Este mecanismo se emplea para determinar si el derecho interno o las acciones estatales son compatibles o incompatibles con la Convención Americana, lo que se plasma en una sentencia que también establece el significado y alcance de las disposiciones convencionales.[20]

Según Nogueira Alcalá, el control de convencionalidad en la sede internacional de la CIDH implica que todo el ordenamiento jurídico debe subordinarse al respeto y garantía de los derechos humanos protegidos por la Convención Americana. Esto se fundamenta en la idea de que los derechos esenciales de la persona forman parte del bien común regional, que prevalece sobre el bien común nacional en términos legales. Desde esta perspectiva jurídica, se establece la obligación de dar preferencia a los estándares mínimos de derechos asegurados por la Convención sobre niveles inferiores de protección de derechos establecidos en el derecho interno, incluyendo la Constitución. Este compromiso es asumido por los Estados al ratificar la Convención Americana sobre Derechos Humanos y aceptar la jurisdicción vinculante de la CIDH.[21]

La dimensión difusa del control de convencionalidad se refiere al proceso llevado a cabo en las jurisdicciones nacionales de los Estados. En esta dimensión, las autoridades judiciales locales deben comparar las leyes y normativas nacionales con las disposiciones de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, tomando en consideración las interpretaciones realizadas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH). Además, según la última posición de la Corte IDH, también se incluirán otros tratados internacionales ratificados por el Estado en este proceso[22].

Siguiendo las palabras de Ferrer Mac-Gregor, el control de convencionalidad difuso implica un examen constante de la compatibilidad entre las acciones y normas nacionales y la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), así como sus Protocolos adicionales y la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. La Corte IDH, como el único órgano jurisdiccional

20 Nogueira Alcalá, H.: "Desafíos del control de convencionalidad del corpus iuris interamericano para jurisdicciones nacionales", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, num.15, pp. 25-40.

21 Nogueira Alcalá, H.: "Desafíos del control de convencionalidad del corpus iuris", cit pp. 25-40.

22 Ferrer Mac-Gregor, E.: El control difuso de convencionalidad, cit., pp. 45-68

del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos, tiene la autoridad para interpretar de manera definitiva y última el Pacto de San José.[23]

Para llevar a cabo el control de convencionalidad difuso, los jueces nacionales deben asegurarse de que las leyes internas no contradigan el conjunto de normas convencionales. Esto implica que los jueces deben entender que el derecho vigente y vinculante no se limita a las fuentes internas, sino que también incluye el derecho emanado de fuentes internacionales. En la ejecución de sus funciones judiciales, los jueces deben garantizar y cumplir tanto las normas convencionales como las interpretaciones de las mismas realizadas por el órgano encargado de su interpretación y aplicación. La falta de cumplimiento de un juez de estas normas convencionales o de sus interpretaciones, realizadas por el órgano competente, puede dar lugar a la responsabilidad del Estado por el incumplimiento de normas internacionales, lo que constituiría un acto ilícito en el ámbito internacional[24].

En este contexto, los jueces desempeñan un papel fundamental, pero no son los únicos responsables, ya que según la posición más reciente de la Corte IDH, otras autoridades estatales también deben actuar como jueces y autoridades interamericanos.

La innovación clave aquí se encuentra en el concepto de control de convencionalidad difuso, ya que la dimensión concentrada es una característica intrínseca del Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH) y de las funciones de la Corte Interamericana, y ha estado presente desde su creación. Sin embargo, al afirmar que los Estados tienen la responsabilidad de llevar a cabo el control de convencionalidad, se plantean diversas preguntas, como: ¿Qué autoridades estatales deben realizar este control de convencionalidad? ¿Cuál es el estándar de convencionalidad que deben seguir? ¿Cuáles son las consecuencias de no llevar a cabo este control? ¿Qué factores influyen en la correcta y efectiva realización del control de convencionalidad? En resumen, es esencial definir con precisión los elementos que caracterizan esta figura.

A pesar de que el control de convencionalidad interno es ahora una responsabilidad para los Estados, este concepto no está explícitamente establecido en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), al menos no de manera directa. En cambio, ha sido la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) la que, a través de sus sentencias, ha desarrollado y delineado esta figura dentro del Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH). Por lo tanto, es necesario recurrir a las sentencias emitidas por esta Corte para comprender en detalle el alcance de esta herramienta, identificar quiénes

23 Ferrer Mac-Gregor, E.: *El control difuso de convencionalidad,* cit., pp. 45-68.

24 Nogueira Alcalá, H.: "Desafíos del control de convencionalidad", cit. pp. 25-40.

son los responsables de llevar a cabo el control de convencionalidad, determinar qué normas están sujetas a este control y comprender las consecuencias de no cumplir con este deber. Estos aspectos son cruciales para establecer los requisitos necesarios para que los Estados puedan cumplir con esta obligación. Sin embargo, es importante señalar que el tratamiento otorgado por la Corte IDH a esta figura ha sido irregular y no uniforme, lo que plantea algunas inconsistencias que merecen atención y análisis[25].

En este contexto, los jueces, en su mayoría, y también otras autoridades estatales (según la última posición de la Corte IDH), desempeñan el papel de jueces y autoridades interamericanos. Esto introduce una novedad importante en términos de control de convencionalidad, ya que la dimensión concentrada es característica del Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH) y de las funciones de la Corte Interamericana desde su establecimiento. No obstante, al afirmar que los Estados tienen la obligación de llevar a cabo un control de convencionalidad y que esto ya no es una competencia exclusiva de la Corte IDH, surgen preguntas fundamentales, como quiénes deben ser responsables de este control, qué estándares de convencionalidad deben aplicarse, cuáles son las consecuencias de no cumplir con este deber y qué condiciones son necesarias para llevar a cabo un control de convencionalidad adecuado y efectivo. En resumen, es esencial definir con precisión los elementos que conforman esta figura.

Aunque el control de convencionalidad interno es ahora una obligación para los Estados, no está expresamente contemplado en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH); en su lugar, ha sido la Corte IDH la que ha desarrollado esta figura a través de sus decisiones dentro del marco del SIDH. Por lo tanto, es necesario analizar las sentencias de este tribunal para comprender la extensión de esta herramienta, quiénes deben llevar a cabo este control, qué normas están sujetas a este escrutinio y cuáles son las implicaciones de no cumplir con esta obligación. Esta caracterización es un paso previo para determinar los requisitos necesarios para que los Estados puedan cumplir con este deber. No obstante, es relevante destacar que el tratamiento que la Corte IDH ha dado a esta figura de control de convencionalidad no ha sido uniforme y ha presentado algunas inconsistencias que no deben pasarse por alto. Por lo tanto, es importante examinar el desarrollo que ha tenido el control de convencionalidad en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de manera más detallada[26].

25 Sagués, N.: "Obligaciones constitucionales y control de convencionalidad", *Estudios Constitucionales,* 2015, vol. 20, pp. 58-94.

26 Sagués, N.: "Obligaciones constitucionales", cit., pp. 58-94.

IV. CONCLUSIONES.

El control de convencionalidad es un proceso de comparación y compatibilidad entre las normas internacionales de derechos humanos y las leyes nacionales. Surgió a nivel internacional con el fallo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) en el caso "Almonacid Arellano y otros vs. Gobierno de Chile" en 2006.

Este control abarca tanto las leyes como los actos de los Estados, comparándolos con las normativas y decisiones de los tratados internacionales. A nivel internacional, sus efectos son erga omnes, es decir, obligan a todos los Estados partes y sirven como guía de conducta. En lo subjetivo, la Corte IDH ejerce un "control de convencionalidad concentrado" a nivel internacional, mientras que, a nivel nacional, todas las autoridades públicas están habilitadas para llevar a cabo un "control de convencionalidad difuso".

Este mecanismo complementa la supremacía constitucional, formando parte del bloque de constitucionalidad que incluye tanto la Constitución como los tratados internacionales de derechos humanos. Su objetivo principal es proteger los derechos fundamentales y la dignidad humana, aplicando las normas que brinden la mayor protección a los derechos humanos, independientemente de si son nacionales o internacionales.

BIBLIOGRAFÍA

Aarnio, A.: "Reglas y principios en el razonamiento jurídico", *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, 2000, núm. 2000, pp. 593-602.

Bazan, V.: *Defensa de la Constitución, Garantismo y Controles*, Ediar, Buenos Aires, 2003.

Ferrer Mac-Gregor, E.: *El control difuso de convencionalidad. Diálogo entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los jueces nacionales*, Fundap, Ciudad de México, 2012.

Garcia Ramirez, S.: "El Control Judicial Interno de Constitucionalidad", *Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla*, 2011, núm. 28, pp. 123 -159.

Garrido gómez, M. I.: "Los derechos fundamentales entendidos como responsabilidades de los Estados", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado,* 2019, Vol. 52, núm. 155, pp. 779-798.

Jinesta Lobo, E.: "Control de convencionalidad ejercido por los tribunales y salas constitucionales", *Revista Universidad Nacional de México,* 2012, núm. 11, pp. 5-32.

Malarino, E.: "La obligatoriedad de la jurisprudencia de los órganos interamericanos de protección de derechos humanos", *Revista de derecho Penal y Criminología,* 2012, núm. 2012, pp. 101-111.

Mora Méndez, J. A.: *El Control de Convencionalidad: un replanteamiento de principios y fuentes de derechos*, Bogotá, Universidad Cooperativa de Colombia, 2019, p.87.

Olivero, E.: *El control de Convencionalidad*, La Ley, Buenos Aires, 2011, pp.125-135.

Nogueira Alcalá, H.: "Desafíos del control de convencionalidad del corpus iuris interamericano para jurisdicciones nacionales", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado,* núm.15, pp. 25-40.

Rey Cantor, E.: *El control de Convencionalidad de las leyes y derechos humanos*, Porrúa, Ciudad de México, 2008, pp. 74-96.

Sagués, N.: "Obligaciones constitucionales y control de convencionalidad", *Estudios Constitucionales,* 2015, vol. 20, pp. 58-94.

Salgado Pesantes, H: *Lecciones de Derecho Constitucional,* Abya Yala, Quito, 2003.

Thury-Cornejo, V.: "La independencia judicial en el contexto de la sociedad de medios: desafíos y estrategias", *Díkaion: revista de actualidad jurídica,* 2011, vol. 20, núm. 2, pp. 299-326.

PANORAMA

UN INTENTO DE CLASIFICACIÓN DE LOS SISTEMAS REGISTRALES DE HISPANOAMÉRICA A LA LUZ DE LOS PRINCIPIOS INSPIRADORES DEL SISTEMA ESPAÑOL

AN ATTEMPT TO CLASSIFY THE LATIN AMERICAN REGISTRY SYSTEMS IN LIGHT OF THE INSPIRING PRINCIPLES OF THE SPANISH SYSTEM

Rev. Boliv. de Derecho Nº 37, enero 2024, ISSN: 2070-8157, pp. 688-721

María del Mar
MANZANO
FERNÁNDEZ

ARTÍCULO RECIBIDO: 3 de noviembre de 2023
ARTÍCULO APROBADO: 4 de diciembre de 2023

RESUMEN: El Derecho Registral es una ciencia jurídica con contenido y objetivo propio, cual es la publicidad jurídica, encauzada en todo el mundo a través de un órgano operativo especializado: el Registro de la Propiedad. La importancia del Derecho comparado en la elaboración del Derecho Registral ha sido decisiva. Lo que se ha llamado "vocación comparatista del Derecho Registral" tiene como base la existencia de un problema común a todos los pueblos: la seguridad del tráfico jurídico inmobiliario. Para lograr esta finalidad de seguridad y garantía, los países de gran tradición jurídica han organizado su propio sistema de Registro Inmobiliario. Con base en criterios geográficos, políticos, históricos, idiomáticos y académicos, es posible construir un grupo de sistemas registrales integrado por los países hispanoamericanos con entidad y sustancia jurídica independiente. Este trabajo persigue estructurar estos países en grupos, según su grado de afinidad, mayor o menor, con los principios informadores del sistema registral español.

PALABRAS CLAVE: Sistemas Registrales; registro inmobiliario; sistema español; sistemas de Hispanoamérica, Derecho Comparado.

ABSTRACT: *Registry Law is a legal science with its own content and objective, which is legal publicity, channeled throughout the world through a specialized operational body: the Property Registry. The importance of comparative law in the development of Registry Law has been decisive. What has been called "comparative vocation of Registry Law" is based on the existence of a problem common to all peoples: the security of real estate legal traffic. To achieve this purpose of security and guarantee, countries with a long legal tradition have organized their own Real Estate Registry system. Based on geographic, political, historical, language, and academic criteria, it is possible to build a group of registry systems made up of Latin American countries with independent legal entity and substance. This work seeks to structure these countries into groups, according to their degree of affinity, greater or lesser, with the reporting principles of the Spanish registration system.*

KEY WORDS: *Registry Systems; real estate registry; Spanish system; Latin American systems, Comparative Law.*

SUMARIO.- I. LA GENIALIDAD INTEGRADORA O DE SINTESIS DEL SISTEMA ESPAÑOL.- 1. La inspiración germanicista.- 2. Las posiciones eclécticas o de síntesis.- II. LOS PRINCIPIOS INSPIRADORES DEL SISTEMA ESPAÑOL.- 1. Registro de naturaleza jurídica.- 2. Registro jurídico de bienes.- 3. Registro de folio real.- 4. Registro de inscripción no constitutiva.- 5. Registro de efectos jurídicos sustantivos.- III. SISTEMAS REGISTRALES DE HISPANOAMERICA. ANTECEDENTES Y NOTAS GENERALES.- IV. UN INTENTO DE CLASIFICACIÓN ACTUAL DE LOS SISTEMAS REGISTRALES DE HISPANOAMÉRICA.- 1. Primer grupo: países de máxima influencia de la ley española.- A) Notas comunes del grupo.- B) Notas específicas de cada país.- 2. Segundo grupo: países de menor influencia.- A) Notas comunes del grupo.- B) Notas específicas de cada país.- 3. Tercer grupo: países de inscripción constitutiva o necesaria.- 4. Cuarto grupo: países actualmente más próximos al sistema francés de transcripción y oponibilidad.

I. LA GENIALIDAD INTEGRADORA O DE SINTESIS DEL SISTEMA ESPAÑOL.

Cuando se trata de investigar la inspiración del sistema registral español, dentro de los prototipos del Occidente europeo -es decir, el alemán y el francés-la doctrina suele agruparse en dos direcciones: o responde a inspiración esencialmente germánica, o responde a una posición ecléctica o de síntesis. No encontramos -ni existe-, desde luego, una tercera vía, que reconduzca el sistema español a estrictas posiciones de raíz latina.

Señala el Profesor Gordillo Cañas[1] que, cuando se pregunta la doctrina sobre la adscripción de nuestro sistema hipotecario, mal podríamos contestar si tuviéramos que atenernos a los testimonios ajenos: Pugliatti nos sitúa en la órbita germánica y Planiol nos ve como seguidores del sistema francés de trascripción. Entiende que, con todo derecho, podemos hablar de un sistema registral originario y propio que conjuga la protección del tráfico, la protección del tercero de buena fe -en el lenguaje y en la realidad de nuestras leyes- con los que eran y siguen siendo los pilares básicos de nuestro derecho, el espíritu contractual, el sistema del título y el modo, el consiguiente influjo de la causa o título en la constitución y traslación de los derechos reales.

Hay que explicar que la bien fundada reivindicación por la doctrina más reciente de los valores tradicionales y latinos del sistema español -en especial el reconocimiento y alcance del principio de oponibilidad- ha sido tan importante, que la asignación a nuestro régimen registral de inspiración exclusivamente germanicista, resulta actualmente insostenible. Es oportuno, no obstante, que hagamos breve referencia a ambas orientaciones.

1 Gordillo Cañas, A.: "La protección del sistema registral español dentro del Derecho Comparado", *Boletín del Colegio de Registradores de España*, 2ª época, núm. 9, noviembre 1995, pp. 2161 y ss.

• María del Mar Manzano Fernández
Profesora Titular de Derecho Civil, Universidad de Córdoba. Correo electrónico: dc1mamam@uco.es

1. La inspiración germanicista.

Es cierto que la mayoría de la doctrina ha venido atribuyendo al sistema español inspiración esencialmente germánica. La influencia de los más importantes ordenamientos de su tiempo (Baviera, Prusia, Ginebra y Würtemberg) -se dice- determinó la adopción de los principios de publicidad y especialidad, el control de legalidad de los títulos mediante la calificación, la formulación del principio de fe pública, la implantación del folio real, el sistema de inscripción como técnica para la práctica de los asientos y, en fin, el desarrollo de las reglas o principios formales de rogación y tracto.

Luzuriaga[2], autor de los Títulos XIX y XX del Proyecto de Código Civil de 1851, antecedente importantísimo de la Ley Hipotecaria de 1861, afirmó: "Concuerda con los Códigos o Leyes hipotecarias que han abrazado el doble principio de publicidad y especialidad: sistema que ha recibido el nombre de Alemán"; Oliver Y Esteller[3] se centra en la afirmación del Ministro Fernández Negrete de que la Ley de 1861 se parecía a las Leyes fundadas en el modelo prusiano (que eran más de veinte), pero sin copiarlas, y que el sistema español tenía "mucho de alemán y que acaso con el tiempo tendría mucho más"; González Martínez[4] cree que la Ley de 1861 recoge las enseñanzas de los ordenamientos germánicos más notables de su tiempo: la adquisición de la propiedad en cuanto a terceros y la existencia de cargas y limitaciones está subordinada a la inscripción; regula las anotaciones preventivas; acaba con las hipotecas clandestinas, generales e indeterminadas; desarrolla los principios de publicidad, especialidad y legalidad.

2. Las posiciones eclécticas o de síntesis.

La adscripción casi exclusiva de nuestro sistema registral al prototipo germánico ha sido puesta por la doctrina en tela de juicio[5]. En nuestro sistema, junto con la innegable influencia germánica, coexisten otros elementos de tradición romanística o francesa, no menos importantes.

Los regímenes hipotecarios europeos eran conocidos en España, pero por medio de libros franceses. La conexión francesa se refuerza con el testimonio

2 Luzuriaga, C.A. de.: *Concordancias, Motivos y Comentarios del Código Civil Español*. Reimpresión de la edición de Madrid 1852, al cuidado de la Cátedra de Derecho Civil de la Universidad de Zaragoza, a cargo del Profesor Lacruz Berdejo, Tomo II, pp. 927 y 943 y ss.

3 Oliver Y Esteller, B.: *Derecho Inmobiliario Español*, 2ª edición, pp. 69 y ss.

4 González Martínez, J.: *Estudios de Derecho Hipotecario*, tomo I, pp. 34 y ss.

5 Díez Picazo, L.: "Los principios de inspiración y los precedentes de las leyes hipotecarias españolas", en *Leyes Hipotecarias y Registrales de España*, Tomo I. Centro de Estudios Hipotecarios y Editorial Castalia, Madrid, 1974. Mantiene la tesis de que la corriente germanista llegó a nosotros, muy probablemente a través de Suiza, punto de confluencia de las culturas germánica y latina. Por ello, hay que desechar, por excesivamente simplista, el planteamiento de la idea de tensión permanente entre los principios jurídicos de orientación romanista y los de filiación germánica, pues en nuestras leyes hipotecarias lo que hay, en realidad, es una fusión de ambas.

de uno de los más influyentes autores de la Ley de 1861, Gómez De La Serna. En su obra La Ley Hipotecaria comentada y concordada con la legislación anterior española y extranjera (publicada en 1862), alude reiteradamente a la influencia de la Ley del Cantón de Ginebra, y a las Leyes de Baviera y Grecia. Esta última había importado el Derecho bávaro, en el que aparecen dos sistemas: uno germanicista y otro más próximo al francés.

Carretero García[6] había desarrollado antes esta misma idea. Recuerda cómo nuestros legisladores de 1861, encontrando demasiado exótica y radical la inscripción constitutiva de la Base 52 de Luzuriaga, se contentaron con la posición transaccional de Bravo Murillo, que se consagró en el art. 23 (hoy 32). Este precepto -que contiene la formulación del principio de oponibilidad- pasa a ser el protagonista de la Ley y mereció el honor de ser la única norma sustantiva de la misma que pasó al Código Civil (vid. art. 606). Solo a última hora se introduce, de forma imprecisa, el principio de fe pública registral germánico. De modo -resume el autor- que la suma y coordinación del principio de inoponibilidad latino con el de fe pública registral germánico es lo que hicieron los autores de la Ley Hipotecaria de 1861. La consecuencia es que la Ley Hipotecaria introdujo un doble concepto de tercero, en cuanto que quiso quedarse, a la vez, con el principio de inoponibilidad, sin llegar a la inscripción constitutiva; y recoger, aunque en forma prudente, el principio de fe pública registral. Otra cosa ha sido el desarrollo posterior, con el aplastamiento del art. 32 por el art. 34, especialmente en la reforma hipotecaria de 1.944-46.

Habría que hacer dos observaciones importantes. La primera, que el principio de inoponibilidad de lo no inscrito se formula no solo sin introducir la inscripción constitutiva, sino ni siquiera la inscripción obligatoria, como hace el prototipo francés. Encontramos aquí la conexión es con nuestro Derecho histórico: Real Pragmática de 1539 y Contadurías de Hipotecas. Y es, precisamente, la coordinación de la inscripción obligatoria con el principio del efecto relativo de la publicidad o tracto, lo que determina la gran eficacia de la oponibilidad.

La segunda, que el tercero del art. 34 de la primitiva Ley de 1861 es el tercero del Código Civil alemán de 1.794, con la omisión del requisito de la onerosidad, que se introduciría más tarde. Es decir, que, aunque tanto la formulación del principio de oponibilidad, como del de fe pública, responden en el Derecho español a variantes peculiares, lo que no ofrece duda es su distinto origen histórico, su diferente alcance y requisitos, sin perjuicio de la gran eficacia de ambos sobre la base de que responden a sistemas jurídicos de concepciones totalmente diferentes en cuanto a la adquisición, modificación y extinción del dominio y los derechos reales.

6 Carretero García, J.M.: "Retornos al Código Civil", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 404-405 y 440 441, pp. 1962 y 1965 y pp. 227 y 75 y ss.

La negación del principio de oponibilidad en beneficio del de fe púbica no se compadece ni con los antecedentes de nuestros dos primeros Registros generales, ni con el proceso histórico de inserción de estos en nuestra Leyes Hipotecarias. Lo que han sabido hacer nuestros legisladores históricos es recoger ambos principios e integrarlos en nuestro sistema, que los sintetiza de forma genial, pero manteniendo su respectiva esencia, lo cual nos lleva inexorablemente a la llamada tesis dualista o del doble tercero.

II. LOS PRINCIPIOS INSPIRADORES DEL SISTEMA ESPAÑOL.

1. Registro de naturaleza jurídica.

El sistema registral inmobiliario español organiza un Registro de naturaleza jurídica. El Registro inmobiliario español no es un Registro administrativo, ni un simple archivo. Como dice Amorós Guardiola[7], la distinción entre el concepto de Registros jurídicos y Registros administrativos descansa, al menos, en dos notas: la publicidad y la eficacia sustantiva. Los primeros son Registros con eficacia material o sustantiva sobre los derechos de las personas y su valor en el tráfico jurídico inmobiliario. Son instrumentos de publicidad jurídica, tal como quedó definida, es decir, como expresión de la verdad jurídica oficial afectante a los bienes inmuebles que, como tal, se impone a todos y produce consecuencias jurídicas por sí misma en el orden sustantivo. Los segundos, persiguen una finalidad más limitada: archivo o colección de datos, generalmente para uso interno de la Administración, con efectos estadísticos, fiscales, informativos, etcétera. Pero las presunciones de exactitud e integridad que se predican respecto de los Registros jurídicos no alcanzan a los Registros administrativos. La publicidad jurídica registral transforma la realidad social a que alecta y la dota de una especial eficacia. En cambio, el contenido de los Registros administrativos (Catastro, Registro fiscales, Registro de automóviles, etc.) no afecta a la eficacia sustantiva de la relación jurídica.

El II Congreso Internacional de Derecho Registral (Madrid, 1974) elaboró un "Proyecto de Ley Uniforme de los Registros Jurídicos de Bienes", en cuyo art. 11.1 se dice: "A todos los efectos legales, se presumirá que los derechos inscritos en el Registro Jurídico de Bienes existen y pertenecen a su titular en la forma determinada por el asiento respectivo". Estas notas no pueden predicarse de los Registros administrativos, en los que domina la nota o carácter informativo, frente al fin esencial de los Registros Jurídicos, en los que el objetivo básico es la seguridad del tráfico jurídico. Aunque no quepa desconocer la relación entre el Registro de la Propiedad, como Registro jurídico y algunos Registros administrativos,

7 Amoros Guardiola, M.: "Los Registros Jurídicos de Bienes en el Derecho Español", *II Congreso Internacional de Derecho Registral.* Centro de Estudios Hipotecarios, Madrid, 1975, pp. 755 y ss.

que le proporcionan, bien sustancia física (caso del Catastro), bien titularidades previamente legitimadas (Registro de Aguas, Catálogo de Montes, etc.).

Constitucionalmente, no es sostenible la configuración del Registro de la Propiedad como Registro administrativo, pues no encaja en la previsión del art. 105, b) de la Constitución ("acceso de los ciudadanos a los archivos y registros administrativos..."), relacionado con el art. 149, texto en el que lo relativo a la "ordenación de los registros e instrumentos públicos" forma parte de la legislación estrictamente civil.

Aunque la cuestión roza la problemática de la naturaleza de la función registral (que se desarrollará al estudiar el procedimiento o elemento dinámico), debe quedar sentado que tampoco se trata de un Registro que desarrolle una actividad estrictamente jurisdiccional, pues, desde el punto de vista constitucional (art. 117.3 de la Constitución de 1978), esta es función que "corresponde exclusivamente a los Juzgados y Tribunales".

2. Registro jurídico de bienes.

Frente a los Registros de personas, como el Registro Civil, la teoría general de los Registros de seguridad jurídica se centra, actualmente, en los Registros de bienes. El Proyecto de Ley Uniforme de los Registros Jurídicos de Bienes, elaborado por el II Congreso Internacional de Derecho Registral, considera como tal al Registro Inmobiliario (art 2º), incluyendo también los de Buques y Aeronaves, de Empresarios individuales y sociales, de Bienes Muebles y de Derechos incorporales en exclusiva.

3. Registro de folio real.

El principio del folio real o de llevanza del Registro por fincas ha de entenderse en el sentido de que la ordenación puramente registral de los derechos o situaciones jurídicas que se publican se hace tomando como referencia el más estable de los elementos de la relación jurídica inmobiliaria, cual es el elemento objetivo o puramente material. Se trata de una simple técnica, que se revela más operativa al concentrar los elementos más o menos variables, objeto de la publicidad (titularidad, derechos, condiciones, cargas, etc.), en torno al menos variable de todos ellos, como es la finca.

Este sistema, seguido por todos los países jurídicamente evolucionados, desde que lo implantó el Derecho alemán en Munich, en el año 1484, tiene la gran ventaja de concentrar en un solo folio todo el historial jurídico de la finca, facilitando la consulta, desde el punto de vista formal; y en el aspecto material o sustantivo, mediante el desconocimiento de todo derecho, gravamen o limitación que afecte

a la finca y que no esté recogido en el folio destinado a la misma, principio de "integración registral", que recoge nuestra Ley Hipotecaria en el art. 13.

El principio de folio real, al tomar como base el elemento más estable de la relación de derecho, proporciona, a su vez, estabilidad y mayor fijeza a los elementos, esenciales y accidentales, objeto directo de la publicidad. Para mantener esta finalidad, el concepto de finca en sentido registral, como elemento de integración del llamado folio real, es, en nuestro sistema hipotecario, distinto y superador del concepto de finca en otros sentidos: material, catastral, funcional, etc.

Para Chico Ortiz[8] , el sistema de folio real es el más idóneo para llegar a la plena y absoluta identificación de la finca, al concentrar no sólo el aspecto jurídico de las sucesivas alternativas por las que va atravesando la titularidad de la finca, sino también sus circunstancias físicas.

Esta mayor idoneidad del sistema de folio real, para satisfacer las exigencias de garantía y seguridad, propias de un moderno sistema de registración, ha llevado a su adopción por todos los sistemas registrales inmobiliarios avanzados o de desenvolvimiento técnico (alemán, australiano, suizo, español), con más o menos variantes: apertura de folio en un libro preexistente (Alemania, España), folio real con encasillado (Suiza), archivo de los certificados de título que van formando el libro-registro (Australia y países del "sistema Torrens"), etc.

4. Registro de inscripción no constitutiva.

La inscripción en el Registro de la Propiedad español es, como regla general, no constitutiva o declarativa de los derechos que publica, así como de los actos de modificación jurídica de los mismos. En algunos casos, sin embargo, además de su habitual función de publicidad jurídica inmobiliaria -objetivo esencial, exclusivo y excluyente, de la institución- el Registro se convierte en elemento constituyente de los actos de creación o modificación de los derechos reales inmobiliarios.

La mayoría de la doctrina suele contraponer los conceptos de inscripción declarativa e inscripción constitutiva. Pero, como dice Hermida Linares[9], la función de declarar derechos es privativa de los Tribunales de Justicia. El Registro no declara derechos. El Registro siempre publica derechos, constituidos dentro o fuera del mismo, pero no los declara. La calificación controla la legalidad, formal y sustantiva, de los derechos inscribibles, pero no los crea. La expresión inscripción declarativa solamente puede aceptarse como equivalente a inscripción que se

8 Chico Ortiz, J.M.: *Estudios sobre Derecho Hipotecario*, Tomo I, pp. 507 y ss.

9 Hermida Linares, M.: *Problemas fundamentales de Derecho Inmobiliario Registral*, Centro de Estudios Hipotecarios, Madrid, 1973, pp. 27 y ss.

limita a publicar el derecho, su modificación o extinción, con el alcance jurídico sustantivo que la publicidad registral entraña.

Decir que la inscripción es declarativa o no constitutiva no supone, sin embargo, como dice Peña Bernaldo De Quirós[10] , afirmar que la inscripción no produzca importantes efectos, que se compendian en lo que llama la situación registral o legitimación registral. De La Rica Y Arenal[11], por su parte, afirma que, aún en los casos de inscripción declarativa, el asiento corona o cierra el ciclo de la constitución eficaz del derecho real y, en este sentido, la inscripción es un factor constitutivo, complementario del título y de la tradición.

5. Registro de efectos jurídicos sustantivos.

El sistema registral inmobiliario español deriva, en favor de los derechos inscritos, una serie de acciones y facultades de que carece el derecho que, aunque jurídicamente perfecto y ya constituido, consume su vida al margen del mecanismo de publicidad registral. Esas ventajas se producen por la consagración de cuatro principios: oponibilidad de los títulos inscritos respecto de los no inscritos (art. 32 Ley Hipotecaria); legitimación o presunción iuris tantum de existencia, atribución de titularidad e integridad de los derechos inscritos (art. 38); fe pública registral o plena protección al tercero que reúne los requisitos establecidos por la Ley, respecto del cual la presunción de existencia, pertenencia y alcance de los derechos inscritos, se convierte en presunción iuris et de iure; y prioridad sustantiva o preferencia del derecho inscrito sobre el que no lo está y del derecho inscrito antes sobre el inscrito después, que determina el rango registral (art. 17 LH).

III. SISTEMAS REGISTRALES DE HISPANOAMERICA. ANTECEDENTES Y NOTAS GENERALES.

Uno de los textos más antiguos del derecho hipotecario americano es el Acta de Cabildo de la ciudad de La Habana de 31 de marzo de 1632, casi ciento cuarenta años antes de crearse en España las Contadurías de Hipotecas (1768). Ese acuerdo del Ayuntamiento de La Habana instaura el Registro en Cuba y establece la llevanza de un libro de censos e hipotecas sujeto a los principios de especialidad y de oponibilidad. Si dejamos a un lado el precedente embrionario de la Pragmática española de 1539, de Don Carlos y Doña Juana, puede afirmarse que el Registro surge antes en Hispanoamérica que en España.

10 Peña Bernaldo De Quirós, M.: *Derechos Reales. Derecho Hipotecario*, Universidad Complutense, Madrid, 1982, pp. 611 y ss.

11 De La Rica Y Arenal, R.: "Valor efectivo de la inscripción en la nueva legislación hipotecaria", *Libro Homenaje*, Centro de Estudios Hipotecarios, Tomo II, Madrid, 1976, pp. 206 y ss.

Por otra parte, de las normas de desarrollo de la Pragmática de Carlos III, a través de la Cédula-Circular a Indias de 1778, tiene particular interés la Instrucción de la Audiencia Pretorial de Méjico de 1782, en la que aparece formulado el principio de prioridad: la preferencia de los derechos deriva del orden de las fechas del Registro.

Los territorios llamados desde la Constitución española de 1812 "provincias y territorios de Ultramar", se fueron independizando entre 1811 y 1898, si bien, al tiempo de promulgarse la primera Ley Hipotecaria española de 1861, solo Cuba y Puerto Rico permanecían bajo la Corona. El último ordenamiento registral español que rigió en la casi totalidad de las Repúblicas americanas fue la Pragmática de 1768. A partir de este texto –evidentemente muy elemental desde el punto de vista de la técnica registral- la evolución de la legislación registral de cada una de las naciones americanas ha sido autónoma y, en gran medida, divergente. La Instrucción de la Audiencia de Méjico de 1782, antes citada, que se extendió a todas las provincias por Real Cédula de 1802, ha constituido la base del derecho registral de Hispanoamérica (quizás, con la excepción del Ordenamiento de Venezuela, que ya no habla de "Anotadurías de hipotecas", sino de Oficinas de Registro; ni de Escribanos de Cabildo, sino de Registradores).

En 1878 se promulgó la Ley Hipotecaria de Puerto Rico, y en 1879 la de Cuba. Ambas serían sustituidas por la Ley Hipotecaria de Ultramar de 1893 (conocida como" Ley Maura"), uno de los textos registrales de mayor valor técnico que se han elaborado.

La influencia de la Ley Hipotecaria española, como veremos, pervive en los Códigos Civiles y en las leyes hipotecarias de Centroamérica -Guatemala, Nicaragua, El Salvador, Costa Rica, Honduras, Panamá- y en las de Méjico y Perú, que mantienen el sistema de inscripción declarativa y protección de terceros, como el español. En otros, la influencia es menos perceptible: así en los sistemas de inscripción declarativa y protección limitada de terceros –Argentina, Bolivia y Paraguay- y en los sistemas de inscripción constitutiva –Chile, Colombia y Ecuador-.

Quizás la nota común más importante derivada de la influencia de la Ley española ha sido la creación de un lenguaje registral o hipotecario común: libros, asientos, anotaciones preventivas, notas marginales, cancelaciones, principios hipotecarios, faltas subsanables o insubsanables; etc. Desde luego, con algunas divergencias llamativas: "anotación preventiva por oposición" del derecho hondureño; el "libro de matrícula" colombiano; el "Registro de interdicciones" de Ecuador; las "protestas de hipoteca" del derecho peruano; las "subinscripciones" de los derechos boliviano y chileno; el "Registro de Inhibiciones" de Uruguay, etc.

Los comentaristas hispanoamericanos, en general, convienen en afirmar que la organización formal de la publicidad jurídica inmobiliaria tiene como primer antecedente los Oficios o Contadurías de hipotecas (Real Pragmática de 31 de enero de 1768 de Carlos III), cuya vigencia se extendió a las Colonias por Reales Cédulas de 1778 y 1789.

IV. UN INTENTO DE CLASIFICACIÓN ACTUAL DE LOS SISTEMAS REGISTRALES DE HISPANOAMÉRICA.

Partimos de la formación de cuatro grupos, tomando como referencia la mayor o menos influencia de la Ley española. En el primer grupo situaríamos los países en los que la Ley Hipotecaria de 1861 está más presente, recogiendo los principios que la inspiran en gran medida, hasta llegar al cuarto grupo en el que los países que lo integran se acercan al sistema francés y se apartan del español

1. Primer grupo: países de máxima influencia de la ley española.

Entre estos países se encuentran Puerto Rico, Cuba, Guatemala, El Salvador, Honduras, Nicaragua, Panamá, Méjico, Costa Rica y Perú, de los que, de entrada, apuntamos algunas notas comunes, sin perjuicio de señalar después notas específicas de cada uno de ellos.

A) Notas comunes del grupo.

En general, estos países acusan una gran influencia de la Ley española de 1861, atribuyendo a la inscripción fuerza convalidante y plena protección a los derechos adquiridos, con apoyo de la fe pública registral[12].

Esta cercanía se advierte en los siguientes aspectos:

1.-Se distingue entre partes y terceros. Entre partes, las exigencias para inscripción registral son reducidas: es suficiente el "simple convenio", en Costa Rica, el "mero efecto del contrato", en Méjico, sin tradición, la "sola obligación de dar", en Perú, y se exige la tradición, en Honduras y El Salvador. Respecto de terceros, es unánime la exigencia de la inscripción.

2.-La titulación inscribible ha de ser pública. En las transmisiones por causa de muerte la transferencia se opera por ministerio de la Ley, previa aceptación y título sucesorio. Los actos inscribibles o títulos materiales responden al criterio del "numerus apertus".

12 De La Fuente Junco, A.: "Folio real", *Ponencias y comunicaciones presentadas al II Congreso Internacional de Derecho Registral*, Centro de Estudios Hipotecarios, Madrid, 1985, p. 225. *Vid.* también Colin Sánchez, G. *Procedimiento registral de la propiedad*, Editorial Porrúa, México, 1972, pp. 13 y ss.

3.-El Registro se lleva por fincas (sistema de folio real).

4.-Rigen los principios de prioridad (presentación en un Libro Diario), legalidad (la calificación se extiende a la forma, negocio y antecedentes del Registro) y especialidad (finca, derechos inscribibles y su causa, documentación).

5.-En orden a los efectos sustantivos de la inscripción: las acciones rescisorias y resolutorias no se dan contra tercero de buena fe, que adquirió fiado del Registro y que inscribe su adquisición (art. 37 Ley Hipotecaria española, en relación con el art. 34). En caso de doble venta de un inmueble, la propiedad se atribuye a quien primero inscribe (solución del art. 1473 CC, en relación con el art. 32 LH).

6.-En materia de hipotecas, precisan escritura e inscripción para su efectividad; están regidas por los principios de especialidad (según el Código mejicano, han de "recaer sobre bienes determinados") y determinación (se impone la distribución de responsabilidad cuando sean varias las fincas hipotecadas en seguridad de un solo crédito) rechazándose las hipotecas generales (sobre todos los bienes) y las hipotecas tácitas.

7.-Sobre el procedimiento registral, en Méjico constituye una importante especialidad el llamado aviso preventivo o solicitud de reserva de prioridad, que permite la tutela de los actos inscribibles desde el momento de su formalización (antes de la presentación al Registro) e incluso antes de su formalización, cuando el Notario procede a su instrumentación (en el Distrito Federal), mediante la anotación del aviso al margen de la inscripción (su duración puede ser de hasta cuatro meses, mediante refrendo del mes inicial normal). Se trata de una figura semejante a la certificación con reserva de prioridad del sistema argentino, antes aludida.

B) Notas específicas de cada país.

a) Puerto Rico[13].

Es uno de los países que con más fidelidad ha conservado el Derecho español, tanto desde el punto de vista estrictamente hipotecario como del civil en general. En la actualidad, Puerto Rico es un Estado libre asociado de los Estados Unidos, rigiéndose por la Ley de Relaciones Federales con Puerto Rico, según la cual (Sección 58) "todas las Leyes o partes de Leyes aplicables a Puerto Rico que no

13 Sobre Puerto Rico se han consultado los siguientes estudios: Amorós Gosálbez, M.: "Pervivencia del sistema hipotecario español en Puerto Rico, Cuba y Filipinas", pp. 93 y 505 y ss., en *Leyes Hipotecarias y Registrales de España. Fuentes y Evolución. Tomo VI, Vol. I. Huellas de la Legislación española en las Legislaciones Registrales iberoamericanas*. Centro de Estudios Hipotecarios y Editorial Castalia. Madrid, 1991. Salas Marrero, O.: "La publicidad inmobiliaria en Puerto Rico" en la misma obra anterior, Tomo VI, Volumen II-B, pp. 321 y ss.. Vázquez Bote, E.: "El objeto de la hipoteca en el Derecho puertorriqueño", en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 646, 1998, p. 675.

estén en contradicción con cualquiera de las disposiciones de esta Ley continúan por la presente en vigor".

Existe un nuevo Código Civil en Puerto Rico publicado en 2020: Ley Núm. 55 de 1 de junio de 2020, según enmendado. (Contiene enmiendas incorporadas por la Ley Núm. 19 de 2 de agosto de 2021). Para crear y establecer el nuevo "Código Civil de Puerto Rico"; disponer sobre su estructura y vigencia; derogar el actual Código Civil de Puerto Rico de 1930, según enmendado; y para otros fines relacionados.

En materia hipotecaria, la Asamblea Legislativa del Estado Libre Asociado de Puerto Rico dio un paso histórico al derogar la Ley Hipotecaria para las Provincias de Ultramar de 1893 y adoptar, en su lugar, la Ley Núm. 198 de 8 de agosto de 1979, conocida como la "Ley Hipotecaria y del Registro de la Propiedad de 1979" (Ley Núm. 198). La norma vigente es la Ley del Registro de la Propiedad Inmobiliaria del Estado Libre Asociado de Puerto Rico (Ley Núm. 210 de 8 de diciembre de 2015).

Esta medida introduce importantes reformas en el Derecho Inmobiliario, armonizando debidamente los textos legales vigentes y abreviando el contenido de los asientos del Registro, sin afectar los principios fundamentales del sistema. Se establece un orden sistemático y coherente de los preceptos legales, además de lograrse la necesaria unidad de estilo[14]. Entre las modificaciones más significativas se encuentra la eliminación del procedimiento sumario de ejecución de hipotecas que se encontraba en desuso y la creación del Registro Inmobiliario Digital del Estado Libre Asociado de Puerto Rico, el cual tiene por objeto la inscripción por la vía electrónica de los derechos, actos y contratos relativos a los bienes inmuebles.

La afinidad del sistema registral de Puerto Rico con el español se debe a que recoge la tradición de la Ley Hipotecaria de España de 1861, a través de la Ley Hipotecaria de Ultramar, promulgada en 1893. Son notas para destacar que establece un sistema de inscripción no constitutiva, salvo la hipoteca, así como el principio de oponibilidad. Igualmente, la inscripción no sustituye a la tradición, ni convalida los actos y contratos nulos.

Como si del sistema español se tratara, contiene un sistema de publicidad de títulos que incluye las adquisiciones, modificaciones y extinciones del dominio y de los demás derechos reales que recaen sobre dichos bienes. El Registro, provee, además, para la inscripción o anotación de otros derechos sobre o relacionados a bienes inmuebles, conforme se indica en esta Ley. Los asientos del Registro,

14 Exposición de motivos de la Ley del Registro de la Propiedad Inmobiliaria del Estado Libre Asociado de Puerto Rico de 8 de diciembre de 2015.

en cuanto se refieren a los derechos inscritos, están bajo la salvaguardia de los Tribunales de Justicia y producen todos los efectos legales que a ellos correspondan, mientras dichos tribunales no hagan declaración en contrario. El Registro de la Propiedad tiene como base la finca como unidad registral y está organizado en secciones. Cada sección estará a cargo de un Registrador de la Propiedad y en ella se inmatricularán las fincas que radiquen en su demarcación territorial.

b) Cuba.

En Cuba –donde la Ley de Ultramar se conoció siempre como "Ley Maura"-, empezó a regir dicha Ley en 1893. Se podría decir que el régimen cubano de Registro resulta idéntico al español[15]. Nuestro sistema hipotecario -afirma Fajardo Acosta[16], a pesar de la natural influencia del sistema español, ha tenido que atemperarse a las circunstancias históricas que en los últimos tiempos ha determinado en las nuevas formas de propiedad reconocidas en la ley".

Los primeros Registros en Cuba fueron las Escribanías de Cabildo, establecidas por Felipe II en 1563. La Pragmática de Don Carlos y Doña Juana de 1539, que creó el Registro de Censos, Tributos e Hipotecas, y la de Felipe II de 1558, que la reiteró, pasaron a la Novísima Recopilación y se hicieron extensivas a todos los dominios de América y Filipinas.

En 1870 se crea en cada una de las Islas de Cuba y Puerto Rico una Junta Informativa para plantear el establecimiento de la Ley Hipotecaria de 1861.

La primera Ley Hipotecaria de la Isla de Cuba fue redactada por la misma Comisión que antes había redactado la de Puerto Rico, si bien ambas Leyes empezaron a regir en la misma fecha: 1.º de mayo de 1880. La solución del problema de las llamadas "Haciendas Comuneras" (creado al no dividirse las haciendas que fueron objeto de las mercedes y ventas hechas por las autoridades españolas al dueño original) se remitió a leyes específicas. Y el de la costumbre de refaccionar las fincas rústicas, reduciendo el gravamen refaccionario a solo la mitad del valor de la finca obtenido en su enajenación judicial. Aunque la Comisión era proclive a establecer el sistema hipotecario alemán, optó por el de la Ley española, ante el riesgo de reformas trascendentales.

15 Salas Marrero, O.: "Cuba" en *Leyes Hipotecarias y Registrales de España. Fuentes y Evolución*. Tomo VII, Volumen II-B. Huellas de la Legislación española en las Legislaciones Registrales iberoamericanas. Centro de Estudios Hipotecarios y Editorial Castalia. Madrid, 1991, pp. 389 y ss. Nasarre Aznar, S.: "El crédito territorial en Cuba en la segunda mitad del siglo XIX", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 2001, núm. 663, p. 213.

16 Fajardo Acosta, O.: "La Eficacia del Asiento de Inscripción. Una Mirada desde el Derecho Registral Inmobiliario Cubano", *Anuario Iberoamericano de Derecho Notarial*, núm. 4-5, 2015-2016, p. 418.

La Ley Hipotecaria de Ultramar de 1893 fue hecha extensiva a Cuba, como a Puerto Rico y Filipinas. Al ocurrir el cese de la soberanía española en Cuba el 1.º de enero de 1899, el Gobernador General, nombrado por el Gobierno norteamericano, dictó una proclama manteniendo las leyes civiles y penales sustantivas y de procedimiento, lo que incluía la Ley Hipotecaria. Son de destacar las leyes sobre moratoria hipotecaria durante la gran crisis 1930-1940, mantenidas por la Ley Constitucional de 1952, tras el golpe de Estado de Fulgencio Batista, que derogó la Constitución de 1940.

Las primeras Leyes del Gobierno Revolucionario que toma el poder el 1.º de enero de 1959 ya mencionaban al Registro de la Propiedad.

La Ley de Reforma Agraria de ese mismo año 1959 crea en los Registros de la Propiedad la Sección de Propiedad Rústica, para inscribir todas las operaciones registrales relativas a la misma.

En 1965 se crea en los Registros de la Propiedad la Sección de Propiedad Urbana, para inscribir "de oficio", en la forma que disponga el ministro de Justicia, el documento que expida el Consejo Superior de la Reforma Urbana a los adquirentes de inmuebles urbanos que terminen de pagar el precio de los mismos. Esta disposición se reitera en 1960 y 1966, pero solo se cumplió en parte en la ciudad y provincia de La Habana.

La Ley de 1º de julio de 1965 reduce al mínimo nivel la función de los Registros de la Propiedad, estableciendo en el primero de sus "Por Cuantos": "La transformación de la base económica que la revolución realiza y el tránsito hacia el establecimiento integral de las realizaciones socialistas requieren que se adopten las medidas necesarias para que los Registros de la Propiedad y los Archivos Generales de Protocolos, carentes hoy de la importancia que tienen en el sistema capitalista, se estructuren de forma que resulte adecuada para llevar a cabo las funciones que aún han de desempeñar".

En el sistema registral cubano se identifican tres etapas: la primera, a la que hemos hecho referencia, hasta la Ley Hipotecaria de 1893; la segunda, con las transformaciones introducidas al sistema de publicidad inmobiliaria a partir de 1959 y, la tercera, la reforma del sistema inmobiliario a partir de 1998. En esta última etapa fue decisiva la inversión extranjera en Cuba y se pretende adecuar el Registro de la Propiedad a la nueva realidad jurídica cubana[17].

En el Registro de la Propiedad se inscriben dentro de los títulos y documentos, las resoluciones administrativas que reconocen un derecho real sobre un bien

17 Álvarez Morales, Y.-Fernández Martínez, M.: "Catastro y Registro de la Propiedad en Cuba. Una visión desde los principios de especialidad y legitimación", *Revista Abogacía*, núm. 62, julio-diciembre 2019, p.48.

inmueble. La solicitud de inscripción, se inicia a instancia de parte, mediante solicitud al registrador y como elemento distintivo, no hay desistimiento de la inscripción, por su carácter obligatorio, no obstante, el registrador verifica la existencia de algún título anterior contradictorio con el que se pretende inscribir, en observancia del principio de legalidad. También se ha dispuesto en esta norma que el registrador para llegar a la certeza jurídica puede exigir la presentación de otros documentos, practicar otras actuaciones y al calificar tiene que determinar si existen faltas insubsanables o subsanables, o sea, defectos que adolece el título que pueden causar su nulidad[18].

El registrador recibe títulos públicos, traslativos o declarativos de dominio de los bienes inmuebles o de los derechos reales impuestos sobre los mismos y los títulos que constituyan, reconozcan, transmitan, modifiquen o extingan derechos reales. Los documentos inscribibles son resoluciones administrativas o judiciales y documentos notariales, por lo que para la calificación, el registrador debe examinar la documentación presentada; solicitar a la Dirección Municipal de la Vivienda, la certificación del expediente básico; realizar la búsqueda en el Registro de los antecedentes que obren tanto en libros como en las notas marginales: examinar si el título y demás documentos presentados cumplen con los requisitos de forma y contenido exigido en la Ley, proceso que debe cumplimentarse en el término de 60 días hábiles. La inscripción es el principal y definitivo asiento que se practica en el Registro de la Propiedad, y hasta que dicho proceso no culmine, no se inscriben los títulos y otros derechos reales, ni se publican los derechos, de modo que la publicidad que otorga el acto, es la base de los efectos que produce el tráfico inmobiliario, lo cual brinda seguridad jurídica tanto al Estado como a los particulares[19].

El derecho registral cubano incorpora todos los principios informadores del sistema español: prioridad, rogación, legitimación, legalidad, fe pública, tracto sucesivo e inscripción[20].

18 Ramira Rivas Vargas, D.- Abraham González, Y.: "La actualización de los títulos de propiedad en Cuba: Un dilema contemporáneo para la inscripción registral", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 788, diciembre 2021, p. 3592.

19 Ramira Rivas Vargas, D.- Abraham González, Y.: "La actualización", cit. p. 3592.

20 Puede verse Londres Osorio, M.D.- Lamas Bertrán, G. y Baquero Valiente, L.: "El Derecho Registral Inmobiliario en Cuba. Retos y perspectivas", *Revista Observatorio de las Ciencias Sociales en Iberoamérica,* vol 2, núm 7, febrero 2021.

c) Guatemala.

En Guatemala las huellas de la Ley Hipotecaria española son tan profundas que en la Exposición de Motivos del Código Civil de 1.964 se dice que "siendo la Ley del Registro la misma Ley española…"[21].

La última reforma del Código Civil de Guatemala es la operada por el Decreto 47-2022.- Reformas al Código Civil, Código Procesal Civil y Mercantil y Ley de Tribunales de Familia. El Libro IV del Código Civil "Del Registro de la Propiedad", comprende los arts. 1124 a 1250. De manera análoga a la legislación española, el art. 1124 indica que el Registro de la Propiedad "es una institución pública que tiene por objeto la inscripción, anotación y cancelación de los actos y contratos relativos al dominio y demás derechos reales sobre bienes inmuebles y muebles identificables, con excepción de las garantías mobiliarias que se constituyan de conformidad con la Ley de Garantías Mobiliarias". El resto de los preceptos del Título IV hacen referencia a los títulos inscribibles (art. 1125), principio de rogación (art. 1127), circunstancias de la inscripción (art. 1131), principio de fe pública registral (art 1148), requisitos del asiento de cancelación (art. 1174), y muchos otros inspirados indudablemente por la legislación española. El Capítulo V está dedicado a las certificaciones de Registro. Los arts. 1220 a 1224 hacen referencia a los libros que deben llevarse en el Registro.

Como particularidad, es necesario hacer constar que Guatemala cuenta con un Registro de la Prenda Agraria (arts. 1188 a 1192 del Código Civil), otro de testamentos y donaciones por causa de muerte (arts. 1193 a 1194) y un Registro de la propiedad horizontal (arts. 1195 a 1205)

El Registro depende del Poder Ejecutivo a través del Ministerio de Gobernación, pero actúa con autonomía, pues el Registrador, aunque es nombrado por ese poder, tiene libertad para calificar y recibe junto con los empleados por el trabajo realizado honorarios conforme arancel.

d) El Salvador.

En El Salvador, durante la década de los 90, una de las mayores preocupaciones de la población en general era la seguridad jurídica sobre la propiedad. Debido a esto y con el apoyo del Órgano Legislativo, el Estado decidió crear una instancia adecuada que pudiera garantizar este servicio a la población salvadoreña. En ese momento nace la idea de crear una institución con un nivel técnico jurídico de

21 Puede consultarse Escobar Fornos, I.: "Leyes Hipotecarias y Registrales de España. Fuentes y Evolución". Tomo VI, Volumen II-A). *Huellas de la Legislación española en las Legislaciones Registrales iberoamericanas.* Centro de Estudios Hipotecarios y Editorial Castalia. Madrid, 1991. "Sistemas registrales de Guatemala, El Salvador, Honduras, Nicaragua, Panamá y República Dominicana", pp. 161, 183, 198, 212, 237 y ss.

calidad, la cual brindara un servicio ágil y eficiente al país: el Centro Nacional de Registros (CNR).

El CNR, nace como una entidad con autonomía en lo financiero y administrativo, unidad descentralizada, agregada al Ministerio de Justicia en 1994 y cuyo objeto principal en ese entonces fue organizar y administrar el Sistema Registral y Catastral del país.

Funcionan dos sistemas al mismo tiempo: el nuevo o de folio real en la Primera Sección del Centro, y el antiguo estructurado sobre el folio personal que rige en el resto del país. Como consecuencia, los cuerpos legales vigentes son: el Código Civil, el Reglamento del Registro de la Propiedad Raíz e Hipotecas y la Ley de Reestructuración del Registro de la Propiedad Raíz e Hipotecas con su Reglamento.

El Registro depende del Ministerio de Justicia que nombra el Registrador a propuesta de la Dirección General de los Registros, lo mismo que a los Registradores Auxiliares.

e) Honduras.

A través del Instituto de la Propiedad del Gobierno de la República se gestiona el Registro de la Propiedad Inmueble.

Las Leyes aplicables al sistema son: el Código Civil, la Ley del Registro de la Propiedad y el Reglamento del Sistema Temporal de Inscripción en el Registro de la Propiedad.

El Registro depende del Poder Judicial. La Corte Suprema de Justicia nombra al Registrador y vigila el funcionamiento de los Registros por medio del Inspector General de los Registros, ordena la reposición de los libros y puede crear, suprimir o agrupar oficinas del Registro de la Propiedad.

Son en total 18 Registros los existentes en el país que corresponden a igual número de departamentos.

f) Nicaragua.

El Registro Conservatorio ha bebido desde sus orígenes (1867) del Código Civil y sus ideas fundamentales han sido la publicidad y la especialidad. La normativa vigente es el Código Civil de 1904, que dedica el Título XXV a los Registros Públicos, el Reglamento del Registro Público y la Ley de Aranceles.

En cada cabecera departamental se establece un Registro a cargo de un funcionario denominado Conservador, nombrado por el Gobierno conforme a ternas formuladas por el Poder Judicial.

La Ley 698, Ley General de los Registros Públicos, aprobada el 27 de agosto de 2009 los configura como un medio para brindar certidumbre respecto de la titularidad de los derechos, siendo una garantía de seguridad jurídica respecto de los derechos de propiedad sobre la tenencia de la tierra. Afirma que la función registral va a aparejada a la seguridad jurídica, como valor alternativo a la justicia. El Sinare es el Nacional de Registros, integrado por El Registro Público de la Propiedad, que comprende el de Inmuebles e Hipotecas, Naves y Aeronaves; el Registro Público Mercantil; el Registro Público de Personas; el Registro Público de Garantías Mobiliarias y el Registro de Beneficiario Final de Sociedades Mercantiles

g) Panamá.

El Registro Público depende del Poder Ejecutivo, del Ministerio de Justicia y Gobernación. El registrador es responsable personalmente y no el Estado (como en España).

El Código Civil sigue el sistema de un Registro Central, con sede en la capital de la República, en donde se califica e inscribe el documento. Existen, además, diez oficinas regionales, encargadas únicamente de recibir los documentos y enviarlos al Registro Central para su presentación e inscripción.

El Registro Público comprende cuatro Secciones: Registro de la Propiedad, Registro de Hipotecas, Registro de Personas y Registro Mercantil.

Sigue, como en España, el sistema de folio real pero la inscripción es constitutiva. Se inscribe por extracto del título y la inscripción no es convalidante. Cuenta con un sistema electrónico de inscripción registral (SIR).

h) Méjico.

El Registro Público de la Propiedad Inmueble es, en Méjico, una institución destinada a hacer constar, por medio de la inscripción, los títulos por los cuales se adquiere, transmite, modifica, grava o extingue el dominio, la posesión y los demás derechos reales sobre inmuebles propiedad del Gobierno Federal. Se inscriben todos los actos jurídicos y administrativos de los inmuebles, los que acreditan su propiedad, su transferencia, modificación, y cualquier acto que modifique su situación. Las oficinas del Registro Público se establecerán en el Distrito Federal

y estarán ubicadas en el lugar que determine el Jefe de Gobierno del Distrito Federal[22].

Su regulación se contiene en el Código Civil Federal de 31 de agosto de 1928 (última versión vigente de 12 de enero de 2021), de los arts. 2999 a 3054. Los arts. 3069 y 3070 reglamentan el Registro de Operaciones sobre Bienes Muebles.

Adopta el sistema de folio real y de inscripción declarativa (art. 3008 del Código Civil). Recoge los principios de fe pública registral (art. 3009), legitimación (art. 3010), oponibilidad (art. 3012) y prioridad registral (art. 3013).

i) Costa Rica.

El Registro Público de la Propiedad Inmobiliaria fue creado en 1865, siendo la Ley Hipotecaria Española de 1861 la norma inspiradora de dicho cuerpo normativo, si bien, a diferencia de la Ley española, la organización y funcionamiento del Registro Público de Costa Rica quedó prácticamente inalterable. Se le otorga al Registro una estructura organizativa de oficina pública, donde las inscripciones se realizaban en libros y cuyo acceso era público. Se divide el registro en una sección de hipotecas y otra relativa al dominio, y se sigue un sistema de folio real, donde en una hoja se plasman las características de cada inmueble.

No es sino hasta el año de 1978, con la separación de Justicia del Ministerio de Gobernación, que el Registro Nacional pasa a formar parte del Ministerio de Justicia y Gracia, lo cual queda debidamente instituido con la reforma a su ley de creación N.º 5695.

El propósito fundamental del Registro Nacional es registrar, en forma eficaz y eficiente, los documentos que se presenten ante el Registro Nacional, para su inscripción, así como garantizar y asegurar a los ciudadanos los derechos con respecto a terceros. Además, custodiar y suministrar a la colectividad la información correspondiente a bienes y derechos inscritos o en proceso de inscripción, mediante el uso eficiente y efectivo de tecnología y de personal idóneo, con el fin de facilitar el tráfico jurídico de bienes, con el propósito de contribuir a fomentar el desarrollo social y económico del país.

22 Puede consultarse Flores Trejo, F. et al: "El sistema Registral Mexicano. Orígenes y situación actual", *Cinder*, 1991.

j) Perú[23].

El Código Civil de 1852, en la parte relativa a la publicidad de los gravámenes e hipotecas sigue los lineamientos de la legislación española de la época de la colonia.

La Ley de 2 enero 1888 crea el Registro de la Propiedad Inmueble, inspirada en la Ley española de 1861, influencia que se mantiene en el Código Civil de 1936.

El Registro de la Propiedad Inmueble se regula en el Código Civil de 1984 (última modificación de 16 de diciembre de 2022) cuyos autores siguen tres criterios para definir los Registros Públicos: a) Regulación de los Registros jurídicos excluyendo los Registros administrativos, b) Desarrollo por los mismos de temas de Derecho civil y c) Aplicación de los principios de Derecho Registral.

El Registro de Propiedad Inmueble es uno de los cuatro registros que administra la Superintendencia Nacional de los Registros Públicos (Sunarp) del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. Comprende las inscripciones de todos los actos y contratos relacionados a bienes inmuebles registrables.

Se subdivide en los siguientes registros: Registro de predios, Registro de concesiones para la explotación de servicios públicos, Registro de derechos mineros y Registro de áreas naturales protegidas.

El Registro utiliza el sistema de folio real, con la finca como entidad inmobiliaria susceptible de registrarse.

Tres características destacan en el sistema peruano:

-Es un sistema de inscripción, pues de los títulos ingresados se extrae un resumen de los elementos esenciales que dan forma a la redacción del asiento.

23 Caicedo Escobar, E.I.: "La publicidad registral en Perú", Leyes Hipotecarias y Registrales de España. Fuentes y Evolución. Tomo VI, Volumen II-B). Huellas de la Legislación española en las Legislaciones Registrales iberoamericanas. Centro de Estudios Hipotecarios y Editorial Castalia. Madrid, 1991, pp. 59 y ss.
Puede verse también: Aliaga Huaripata, L.A.: "El principio de publicidad en el Derecho registral peruano (Aproximación y perspectivas)", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1999, número 650, p. 129; Cabrera Ydme, E.: "El principio de legalidad y la calificación registral en Perú", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1999, número 650, p. 145. Delgado Sheelje, Á.: "El documento judicial registrable y su calificación registral en Perú", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1999, número 653, pp. 1495 a 1503; Cárdenas Quirós, C.: "Las garantías del derecho de crédito y la reforma del Código Civil del Perú de 1984", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 2002, número 671, pp. 1041 a 1069; Aliaga Huaripata, L.A.: "A propósito de la publicidad registral, su regulación y problemática actual en el Perú", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 2004, número 684, pp. 1625 a 1635. De este último autor, además: "La hipoteca y sus requisitos de validez: A propósito del artículo 1.099 del Código Civil de 1984", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 2005, número 690, pp. 1375 a 1387; "Bloqueo registral. La reserva de prioridad registral de los derechos reales en el Perú: alcance y perspectivas", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 2005, número 692, pp. 1981 a 2003.

-La inscripción es potestativa (como en el sistema español; a diferencia, por ejemplo, del francés).

-La inscripción es declarativa y solo excepcionalmente es constitutiva (caso de la hipoteca).

2. Segundo grupo. Países de menor influencia.

A) Notas comunes del grupo.

Como características del sistema registral de estos países que se acercan al sistema español pueden señalarse que rige la teoría del título y el modo de adquirir, como regla general (que es también el sistema de adquisición de bienes del Derecho español, art. 609 CC), siendo necesaria escritura pública para el acceso al Registro de los actos inscribibles en Argentina y Uruguay. En los demás países y en armonía con el principio de consentimiento, los actos transmisivos pueden constar en documentos o instrumentos públicos y privados. El efecto de la inscripción es de mera oponibilidad, pero no existen los principios de fe pública y legitimación, consecuencia de las muy limitadas facultades calificadoras del Registrador, pues se encomienda al Notario o Escribano la valoración de la titulación del disponente a la vista de la certificación registral. Destaca que en Argentina la inscripción viene a ser complementaria de la actuación notarial, el folio real es incompleto y sólo da un extracto del título, indicando el protocolo del Notario en que puede obtenerse la copia. En los demás países del grupo, no existe folio real. Los Registros se ordenan por personas y los documentos se inscriben por orden cronológico de presentación (sistema de las Contadurías de Hipotecas), dispersando el historial jurídico de las fincas.

B) Notas específicas de cada país.

Uruguay.

Tras la independencia, en 1856 se estable el Registro de Hipotecas y Privilegios Legales, después dividido en dos. El Registro de Hipotecas era de propiedad privada, controlada por el Ministerio de Instrucción Pública, hasta que en 1953 se dispuso su expropiación.

La Ley nº 16871, de Registros Públicos regula en el Capítulo II el Registro de la Propiedad. La versión vigente -desde 10 de noviembre de 2021-está redactada conforme a la Ley nº 19996. El arts. 8 señala que la Sección Inmobiliaria se ordenará en base a la previa matriculación de cada inmueble y a la concentración en un solo elemento de los datos que configuren su situación registral. El arts. 17, análogamente al arts. 2 de nuestra Ley Hipotecaria, señala los títulos inscribibles.

El Capítulo V se refiere a los efectos de la publicidad registral, recogiendo los principios de prioridad (art. 59), oponibilidad (art. 54) y tracto sucesivo (art. 57), así como los negocios sobre el rango que permiten sustraerse al principio de prioridad registral (art.60). En el Capítulo X, el arts. 85 hace referencia a la legitimación registral.

Bolivia.

Los Oficios o Contadurías de Hipotecas estuvieron vigentes, como en los demás dominios españoles, por Reales Cédulas de 1778, 1783 y 1802

En la actualidad, el Código Civil de 1975 se inspira en el italiano de 1942, el boliviano de 1831 y el francés de 1804 y toma algunas instituciones del español de 1888, del alemán de 1900 y del suizo de 1967.El Registro de Derechos Reales depende del poder judicial y está al frente del Juez-Registrador y Sub-Registrador. En cada distrito judicial funciona una oficina de Registro. Bolivia consagra el sistema personal en el cual los libros se llevan por índices de propietarios o titulares de derechos reales.

En cuanto a los efectos de la inscripción, la transmisión de la propiedad se realiza entre las partes "solo consensu", sin necesidad de la tradición simbólica, pero la transferencia respecto de terceros requiere un régimen de publicidad, ya que la propiedad como derecho real oponible a la comunidad no puede nacer si la colectividad lo ignora. En consecuencia, el Código Civil de Bolivia dispone que ningún derecho real sobre inmuebles surte efectos contra terceros sino desde el momento que se hace público.

La inscripción solo tiene efectos de requisito de oponibilidad: los actos registrables no registrados no se pueden hacer valer, no son oponibles.

Paraguay.

El Registro de la Propiedad Inmueble se crea en 1871. En la actualidad, la actividad y el funcionamiento del Registro de Inmuebles están regidos por Ley del Congreso Nacional de 1981, que es el Código de Organización Judicial.

Por su parte, el Código Civil de Paraguay de 1987 establece: "La propiedad de los inmuebles se transmite por contrato. Los títulos traslativos de dominio están sujetos a la toma de razón en el Registro de Inmuebles para que produzcan efectos respecto de terceros." (art. 1968).

No hay normas precisas que establezcan de manera adecuada la calificación registral, pues la actividad calificadora del Registrador (Jefe de Sección) se centra

en la interpretación de ciertas normas legales relativas a los defectos subsanables e insubsanables de los documentos llevados al Registro.

La Ley paraguaya adopta la reserva de prioridad introducida por la ley argentina, así como la prioridad sustantiva (art. 434). Sin embargo, no hay una proclamación clara del principio de legitimación registral, ni del de fe pública.

El sistema es de folio real y desde 1987 se ha introducido la microfilmación y posteriormente la informática.

El Registrador ha de ser abogado o escribano y no tiene un estatuto jurídico propio, ni está integrado en Colegio profesional. La organización y funcionamiento del Registro son similares al régimen unitario de Costa Rica y Panamá, concentrando la actividad en la Capital de la República, Asunción, donde se encuentran sus oficinas. No obstante, admite cierta "descentralización funcional", ya que internamente existen registros diferenciados.

Argentina.

Durante el período colonial tuvo vigencia la Pragmática de Carlos III de 1768 de los Oficios o Contadurías de Hipotecas. En el período intermedio, hasta la sanción del Código Civil, en general, se continuó aplicando la legislación española.

El Registro tiene efectos declarativos: "La adquisición o transmisión de derechos reales sobre inmuebles, solamente se juzgará perfeccionada mediante la inscripción de los respectivos títulos en los registros inmobiliarios de la jurisdicción que corresponda. Esas adquisiciones no serán oponibles a terceros mientras no estén registradas" (art. 2505 de la Ley 1771-Código Civil). Por tanto, entre partes, la adquisición existe desde que se cumplen los requisitos básicos del Código Civil, y "no podrán prevalerse de la falta de inscripción, y respecto de ellos el derecho documentado se considerará registrado"

En cuanto a los principios registrales, en el título dedicado a la hipoteca contiene el Código Civil todos los elementos de una ley registral y consagra los más importantes principios que informan esta materia, inspirados en la Ley española:

-Prioridad: se establece por la fecha y número de presentación (art. 19 de la Ley 17801). No obstante, las partes pueden sustraerse a los efectos del principio compartiendo la prioridad o autorizando que sea compartida.

-Inscripción: la inscripción de los títulos en el Registro no es obligatoria, pero sí es necesaria para la perfección del derecho real.

-Rogación: La situación registral solo variará a petición del autorizante, su reemplazante legal o quien tuviere interés en asegurar el derecho que se ha de registrar (art. 6 Ley 17801). No obstante, sin necesidad de solicitud, caduca la inscripción de hipoteca a los 20 años de la toma de razón.

-Especialidad: no es motivo de referencia especial en la Ley de Registros Inmobiliarios, sino en el Código Civil: la causa del derecho ha de individualizarse en el documento inscribible (arts. 2 y 3 Ley 17801) y el instrumento deberá ajustarse a las exigencias legales, pues de lo contrario el Registrador lo observaría (arts. 8 y 9 Ley 17801). En materia de escrituras, el Código prevé que en ellas debe determinarse la naturaleza del acto y su objeto, individualizándose también a los sujetos (art. 1001).

Es permanente la conexión entre el Catastro y los Registros de la Propiedad Inmueble (art. 20 de la Ley 14159 de 3 de octubre de 1962).

-Tracto: es principio que está claramente formulado (art. 15 de la Ley 17801): "No se registrará documento en el que aparezca como titular del derecho una persona distinta de la que figure en la inscripción precedente. De los asientos existentes en cada folio deberá resultar el perfecto encadenamiento del titular del dominio y de los demás derechos registrados, así como la correlación entre las inscripciones y sus modificaciones, cancelaciones o extinciones."

-Legalidad: este principio está consagrado en la Ley 17801 (arts. 8 y 9). En virtud de este, el Registrador tiene como facultad y deber efectuar un estudio de los documentos que pretenden inscribirse y pronunciarse sobre su admisibilidad o rechazo. Dice la Ley (art. 8): "El Registro examinará la legalidad de las formas extrínsecas de los documentos cuya inscripción se solicite ateniéndose a lo que resulte de ellos y de los asientos respectivos". Aunque se dice que se inspira en el art. 18 de la Ley española, lo cierto es que se ha suprimido la mención a "la capacidad de los otorgantes y a la validez de los actos dispositivos contenidos en las escrituras públicas", reduciéndose al mínimo las facultades del Registrador.

-No obstante, entienden los autores del texto consultado que la intención del legislador y el espíritu de la ley son otros, pues al decirse "a lo que resulte de ellos" se hace referencia a los documentos; si se hubiera referido a las formas habría dicho "de ellas" y el documento no es solo acto instrumental, sino también y principalmente acto instrumentado, que el Registrador debe analizar vinculándolo con las constancias registrales que con él se relacionan. Es prueba, v. gr., la exigencia de calificar la legitimación del disponente en el tracto sucesivo; o que la cadena de transmitentes no se quiebra en el tracto abreviado; o la obligación de coordinar el documento con las constancias registrales de la sección de anotaciones personales de las que surge una incapacidad para disponer. Todo lo cual excede de la limitación

de la calificación a las formas extrínsecas. En cualquier caso, el Registrador se debe pronunciar sobre la admisibilidad o inadmisibilidad del documento, atendiendo al mismo documento y demás constancias registrales.

-Recursos: en los casos de observación motivada cabe recurso de rectificación fundado ante el Registrador interviniente. Contra su resolución cabe recurso de apelación ante el Director General y contra la resolución denegatoria de éste se podrá recurrir por ante la Cámara de Apelaciones de lo Civil y Comercial.

-Publicidad material: cognoscibilidad: pese a la ausencia de norma legal expresa, la doctrina no duda que el Registro Inmobiliario goce del efecto sustantivo de la cognoscibilidad y de que la publicidad material que brinda el Registro cumpla la doble función de proteger a los terceros adquirentes y de afectar su adquisición con las cargas o gravámenes registrados con anterioridad. El sistema argentino de fe pública registral asegura solamente aspectos formales, pero no alcanza a los aspectos sustantivos, es decir a la titularidad del derecho: "La inscripción no convalida el título nulo ni subsana los defectos de que adoleciere según las leyes". Sin embargo, las declaraciones del Registro respecto de la situación registral del inmueble son instrumentos públicos que hacen plena fe y solo podrán ser destruidas por una querella de falsedad (art. 993 CC); y los derechos que no están inscritos no serán oponibles a terceros (art. 2 de la Ley).

-Publicidad formal: el Registro es público para quien renga interés legítimo en averiguar el estado jurídico de los bienes, documentos, limitaciones o interdicciones inscriptas (art. 21 de la Ley 17801). Aunque es posible el acceso directo al Registro, la Ley 17801 lo restringe al mínimo, por sus graves inconvenientes y riesgos, al manipularse documentos archivados y fichas registrales y da preferencia a los informes y certificados.

-Informes: el informe cumple solamente la función de publicidad y es el documento que expide el Registro para dar noticia sobre cualquiera de las constancias que en él obran. Difiere del certificado en que carece de los efectos sustantivos de la reserva de prioridad o bloqueo registral. Se refiere a ellos la Ley Registral (art. 27) cuando dice que, además de los certificados, "el Registro expedirá copia autenticada de la documentación registral y los informes que se soliciten de conformidad con la reglamentación local".

-Certificados: el certificado es una constancia expedida por el Registro que no solamente da a conocer la situación en que se encuentran actualmente los bienes, sino que garantiza su inmutabilidad durante un plazo establecido por la Ley Registral, es decir, reservando prioridad para un negocio en gestación, agregando a la publicidad formal un importante efecto de publicidad material. Son una creación del Derecho Registral argentino, que aparece por primera vez en las leyes

provinciales. Hoy es una exigencia, como medida de garantía, para toda operación inmobiliaria (art. 23 de la Ley 17801). El plazo de vigencia de la certificación será de 15, 25 o 30 días, según se trate de documentos expedidos por escribano o funcionario público con domicilio en la ciudad del asiento, en el interior de la provincia o fuera del ámbito de la provincia, territorio o capital federal (art. 24 de la Ley 17801). Sobre el bloqueo registral, la Ley dispone (art. 25) que "expedida una certificación…, el Registro tomará nota en el folio correspondiente, y no dará otra sobre el mismo inmueble dentro del plazo de su vigencia". Y "producirá los efectos de anotación preventiva a favor de quien requiera, en el plazo legal, la inscripción del documento para cuyo otorgamiento de hubiere solicitado".

-Sistema de folio real y hojas móviles: La matriculación se efectuará destinando a cada inmueble un folio especial de hojas móviles (art. 11 de la Ley 17801) y la redacción de los asientos se lleva a cabo mediante breves notas (art. 12).

3. Tercer grupo. Países de inscripción constitutiva o necesaria.

En este tercer grupo de países sintetizaremos los rasgos más significativos. Pueden identificarse como notas comunes del grupo:

- La inscripción cumple la función de modo del acto transmisivo, sustituyendo a la tradición (arts. 756 Código de Colombia y 686 de Chile).

- En Colombia, en las adquisiciones mortis causa, la posesión legal se adquiere por ministerio de la Ley y la efectiva por la inscripción.

- Se distingue entre actos que pueden ser inscritos (condiciones, arrendamientos, sentencias decretando embargos, etc.) y actos que deben ser inscritos (dominio y demás derechos reales, títulos sucesorios, etc.).

- La calificación del Registrador no alcanza a la capacidad de las partes ni a la causa del negocio.

- La hipoteca requiere escritura pública e inscripción y está regida por los principios de especialidad (recae sobre fincas individualmente identificadas), determinación (precisión del alcance o extensión de la responsabilidad de cada finca por principal, intereses, costas, etc.) e indivisibilidad (subsistencia íntegra de la hipoteca mientras no se cancele, aunque se reduzca la obligación asegurada por pagos o amortizaciones parciales.

- El Código chileno (arts. 2407) la configura como "derecho de prenda sobre inmuebles que no dejan por ello de permanecer en poder del deudor" (se recoge aquí nuestro Derecho de las Partidas sobre los peños).

- Los libros del Registro suelen ser cuatro principales: Repertorio de petición y acceso de documentos (equivalente al Diario de las operaciones del Registro español), Libro Registro de la Propiedad, Libro Registro de Hipotecas y Gravámenes y Libro Registro de interdicciones y prohibiciones de disponer (En la Ley Hipotecaria española de 1861 se regulaban también separadamente los Libros de Hipotecas y los de Inscripciones, que se unifican en Layes posteriores en los actuales Libros únicos de Inscripciones).

4. Cuarto grupo. Países actualmente más próximos al sistema francés de transcripción y oponibilidad.

a) Venezuela.

El Registro Público de la Propiedad venezolano tiene sus orígenes en el Derecho español. Se aplicó la Real Pragmática de 1768 de los Oficios o Contadurías de Hipotecas. En el período de la Gran Colombia, el Registro se convierte en Oficina liquidadora del impuesto de hipotecas. Venezuela se separa de la Gran Colombia en 1830 y en 1836 promulga la primera Ley de Registro Público y establece las "Oficinas de Registro". Esta Ley convertía la toma de razón en simples protocolizaciones, confundiendo las funciones notarial y registral. Además, accedía al Registro todo lo que se estimaba archivable, sin tener en cuenta la naturaleza de los derechos ni los efectos asignados a cada inscripción.

La Ley de Registros y Notarías, publicada el 16 de diciembre de 2021 deroga parcialmente a la anterior, de 2014, principalmente en lo referente a los montos de las tasas aplicables a los servicios prestados por los Registros Públicos. En realidad, Venezuela no cuenta con un Registro específicamente inmobiliario. La publicidad registral territorial se encuentra inmersa en lo que se denomina Registro Público, que funciona por medio de oficinas principales, en las que se lleva un protocolo para el registro de los títulos de abogados, procuradores, médicos y demás títulos científicos y despachos militares, patentes de navegación, nombramientos de empleados públicos…; y oficinas subalternas, que son las encargadas de inscribir los actos concernientes al Registro de la Propiedad, estado civil, Registro Mercantil y testamentos, mediante el sistema de transcripción.

La Oficina de Registro Público nace como una oficina de archivo de actos jurídicos en general y no como una dependencia donde se inscriben los títulos concernientes a la propiedad territorial. Las funciones notarial y registral están concentradas en un mismo funcionario, llámese Notario o Registrador. En el caso del Registrador, la incompatibilidad es manifiesta ya que autoriza el documento, lo califica y lo inscribe; o sea, que examina y califica su propia obra y le confiere efectos jurídicos.

El sistema de registro es el de transcripción –copia o fotocopia de la totalidad del documento-, de ahí su semejanza con las legislaciones francesa e italiana. Pero esta transcripción es de documentos ("folio formal"), no de fincas, lo que impide unificar los actos relativos a un mismo predio.

Entre partes, la transmisión de la propiedad y la constitución de derechos reales opera por el consentimiento, aunque el contrato no se haya elevado a escritura pública ni registrado. Respecto de terceros solo son oponibles las transferencias, constituciones y transmisiones que hayan sido objeto de transcripción en el Registro. Son sus notas principales:

- Confusión de las funciones notarial y registral.

- Sistema de transcripción o copia íntegra del documento.

- Transmisión por el mero consentimiento.

- Inscripción meramente declarativa y efecto único de oponibilidad.

- Carencia de principios de legitimación, fe pública y especialidad.

- La calificación lo es al sólo efecto de la protocolización-transcripción del documento, consecuencia del carácter híbrido de la oficina: mitad Notaría, mitad Registro, sin cumplir eficazmente ninguno de los dos cometidos. La crítica del sistema debe ser negativa.

b) República Dominicana.

Actualmente, funcionan al mismo tiempo dos sistemas: uno de origen francés, sobre la base de una oficina de Registro; y otro, de origen sajón, el sistema Torrens, que funciona a base de un Tribunal de Tierras, de carácter judicial, encargado de sanear el título, y de una oficina de Registro, donde se inscribe el título ya saneado.

Los órganos encargados de aplicar la Ley de Tierras son: el Tribunal de Tierras; los Registros de Títulos; el Abogado del Estado; la Dirección General de Mensuras Catastrales; y la Secretaría.

Entre los principios, es novedoso el principio de imprescriptibilidad: "no podrán adquirirse por prescripción o posesión detentatoria ningún derecho o interés que hubiere sido registrado de acuerdo son las prescripciones de la ley" (art. 175 Ley Registro de Tierras). Es decir, a diferencia del sistema español no está admitida la prescripción adquisitiva "contra tabulas", ni la "secundum tabulas".

El Registrador es un funcionario administrativo nombrado por el ejecutivo y tiene asignado un sueldo. Su poder no es el que tiene el Registrador en el sistema australiano puro; más bien se asemeja al de los Registradores españoles.

BIBLIOGRAFÍA

ALIAGA HUARIPATA, L.A.:

- "El principio de publicidad en el Derecho registral peruano (Aproximación y perspectivas)", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1999, núm. 650, pp. 129-144.

- "Bloqueo registral. La reserva de prioridad registral de los derechos reales en el Perú: alcance y perspectivas", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 2005, número 692, pp. 1981 a 2003

- "A propósito de la publicidad registral, su regulación y problemática actual en el Perú", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 2004, número 684, pp. 1625 a 1635.

- "La hipoteca y sus requisitos de validez: A propósito del artículo 1099 del Código Civil de 1984", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 2005, número 690, pp. 1375 a 1387.

ÁLVAREZ MORALES, Y.-FERNÁNDEZ MARTÍNEZ, M.: "Catastro y Registro de la Propiedad en Cuba. Una visión desde los principios de especialidad y legitimación", *Revista Abogacía*, núm. 62, julio-diciembre 2019, pp. 38-50.

AMORÓS GOSÁLBEZ, M.: "Pervivencia del sistema hipotecario español en Puerto Rico, Cuba y Filipinas", pp. 93 y 505 y ss., en *Leyes Hipotecarias y Registrales de España. Fuentes y Evolución. Tomo VI, Vol.I. Huellas de la Legislación española en las Legislaciones Registrales iberoamericanas.* Centro de Estudios Hipotecarios y Editorial Castalia. Madrid, 1991.

CABRERA YDME, E.: "El principio de legalidad y la calificación registral en Perú", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1999, número 650, pp. 145-168.

CAICEDO ESCOBAR, E.I.: "La publicidad registral en Perú", *Leyes Hipotecarias y Registrales de España. Fuentes y Evolución*. Tomo VI, Volumen II-B). Huellas de la Legislación española en las Legislaciones Registrales iberoamericanas. Centro de Estudios Hipotecarios y Editorial Castalia. Madrid, 1991.

CÁRDENAS QUIRÓS, C.: "Las garantías del derecho de crédito y la reforma del Código Civil del Perú de 1984", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 2002, número 671, pp. 1041 a 1069.

Carretero García, J.M.: "Retornos al Código Civil", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario,* núm. 404-405, enero-febrero 1962, pp. 228 a 253 y 440-441, pp. 75 a 141.

Delgado Sheelje, Á.: "El documento judicial registrable y su calificación registral en Perú", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1999, número 653, pp. 1495 a 1503;

Díez Picazo, L.: "Los principios de inspiración y los precedentes de las leyes hipotecarias españolas", en *Leyes Hipotecarias y Registrales de España*, Tomo I. Centro de Estudios Hipotecarios y Editorial Castalia, Madrid, 1974.

Fajardo Acosta, O.: "La Eficacia del Asiento de Inscripción. Una Mirada desde el Derecho Registral Inmobiliario Cubano", *Anuario Iberoamericano de Derecho Notarial*, núm. 4-5, 2015-2016, pp. 417-441.

Flores Trejo, F. et al: "El sistema Registral Mexicano. Orígenes y situación actual", *Cinder,* 1991.

González Martínez, J.: *Estudios de Derecho Hipotecario*, tomo I, Ministerio de Justicia, Madrid, 1948.

Gordillo Cañas, A.: "La protección del sistema registral español dentro del Derecho Comparado", *Boletín del Colegio de Registradores de España*, 2ª época, núm. 9, noviembre 1995, pp. 2161 y ss.

Hernández Guzmán, S.: "El aseguramiento del derecho de propiedad: presupuesto para la protección efectiva a los terceros adquirentes de inmuebles *Revista Cuba Lex,* núm. 39, enero 2019, pp. 157 a 194.

Londres Osorio, M.D.- Lamas Bertrán, G y Baquero Valiente, L.: "El Derecho Registral Inmobiliario en Cuba. Retos y perspectivas", *Revista Observatorio de las Ciencias Sociales en Iberoamérica,* vol. 2, núm. 7, febrero 2021.

Luzuriaga, C.A. de.: *Concordancias, Motivos y Comentarios del Código Civil Español*. Reimpresión de la edición de Madrid 1852, al cuidado de la Cátedra de Derecho Civil de la Universidad de Zaragoza, a cargo del Profesor Lacruz Berdejo, Tomo II.

Nasarre Aznar, S.: "El crédito territorial en Cuba en la segunda mitad del siglo XIX", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 2001, núm. 663, pp.213-240

Oliver Y Esteller, B.: *Derecho Inmobiliario Español*, 2ª edición, Civitas ediciones, Pamplona, 2009.

RAMIRA RIVAS VARGAS, D.- ABRAHAM GONZÁLEZ, Y.: "La actualización de los títulos de propiedad en Cuba: Un dilema contemporáneo para la inscripción registral", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 788, diciembre 2021, pp. 3583-3600.

SALAS MARRERO, O.:

- "Cuba" en *Leyes Hipotecarias y Registrales de España. Fuentes y Evolución.* Tomo VII, Volumen II-B. Huellas de la Legislación española en las Legislaciones Registrales iberoamericanas. Centro de Estudios Hipotecarios y Editorial Castalia. Madrid, 1991, pp. 389 y ss.

- "La publicidad inmobiliaria en Puerto Rico" *Leyes Hipotecarias y Registrales de España. Fuentes y Evolución*. Tomo VI, Volumen II-B). Huellas de la Legislación española en las Legislaciones Registrales iberoamericanas. Centro de Estudios Hipotecarios y Editorial Castalia, Madrid, 1991.

VÁZQUEZ BOTE, E.: "El objeto de la hipoteca en el Derecho puertorriqueño", en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 646, 1998, pp. 675-791.

EL ARBITRAJE COMO FORMA DE RESOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS EN EL ÁMBITO DE LAS RELACIONES COMERCIALES INTERNACIONALES EN ESPAÑA

ARBITRATION AS A FORM OF DISPUTE RESOLUTION IN THE FIELD OF INTERNATIONAL TRADE RELATIONS IN SPAIN

Rev. Boliv. de Derecho Nº 37, enero 2024, ISSN: 2070-8157, pp. 722-745

Alfonso
ORTEGA
GIMÉNEZ

ARTÍCULO RECIBIDO: 18 de octubre de 2023
ARTÍCULO APROBADO: 4 de diciembre de 2023

RESUMEN: El arbitraje se trata de una forma de resolución de controversias fundamentada en la libre voluntad de las partes. Esta figura ha experimentado un crecimiento importante en los últimos años y su popularidad no deja de crecer, pues permite a las partes solucionar los conflictos que pudieran derivarse de su relación contractual de manera ágil y rápida. En este trabajo se analizará qué es el arbitraje, las clases que podemos encontrar, en qué se basa el procedimiento arbitral en España, sus ventajas, se introducen consejos sobre cómo redactar una cláusula arbitral, se explicará el uso del arbitraje en México y se comparará con el de nuestro país y, por último, se realizará una pequeña reflexión acerca de por qué el arbitraje en España no tiene tanto éxito.

PALABRAS CLAVE: Arbitraje internacional; cláusula arbitral; ley aplicable; tipos de arbitraje.

ABSTRACT: *Arbitration is a form of dispute resolution based on the free will of the parties. This figure has experienced significant growth in recent years and its popularity continues to grow, as it allows the parties to resolve disputes that may arise from their contractual relationship in an agile and rapid manner. This paper will analyse what arbitration is, the types of arbitration that can be found, what the arbitration procedure in Spain is based on, its advantages, tips on how to draft an arbitration clause, the use of arbitration in Mexico will be explained and compared with that in our country and, finally, a brief reflection on why arbitration in Spain is not so successful.*

KEY WORDS: *International arbitration; arbitration clause; applicable law; types of arbitration.*

SUMARIO.- I. CUESTIONES INTRODUCTORIAS.- 1. Definición de arbitraje.- 2. Naturaleza jurídica.- 3. Clases de arbitraje.- A) Arbitraje de derecho o equidad.- B) Arbitraje ordinario o especial.- C) Arbitraje *online* u *offline*.- D) Arbitraje *ad hoc* o institucional.- 4. Redacción de una cláusula arbitral.- A) Errores en las cláusulas.- B) Elementos a incluir en la cláusula y ejemplos.- II. ARBITRAJE COMERCIAL INTERNACIONAL.- 1. Criterios de internacionalización.- 2 Ley aplicable.- 3. Reconocimiento y ejecución. - III. FUNCIONAMIENTO DEL ARBITRAJE EN ESPAÑA COMO FORMA DE RESOLUCIÓN CONTROVERSIAS EN COMERCIO INTERNACIONAL.- 1. Conocimiento sobre el arbitraje.- 2. Uso del arbitraje.- 3. Sumisión expresa del arbitraje.- 4. Resolución de controversias.- 5. Problemas que debe afrontar el arbitraje.- A) Falta de jurisprudencia.- B) Ausencia de apelación.- C) Coste del procedimiento.- D) Resolución salomónica. - IV. CONCLUSIONES.

I. CUESTIONES INTRODUCTORIAS.

1. Definición de arbitraje.

Debido a que nuestra Ley de Arbitraje no da una definición exacta del concepto, ha correspondido a la doctrina realizar tal definición, la cual no da una respuesta única.[1]

En palabras de Vilata Nicuesa, el arbitraje es "una modalidad extrajudicial de resolución de las controversias fundamentada en la libre voluntad de las partes, quienes mediante un acuerdo confían a un tercero la solución de las controversias presentes o futuras, atribuyéndole autoridad para emitir una resolución que devendrá final y ejecutiva (laudo)".[2]

Respecto a la anterior definición, existe controversia por la consideración del arbitraje como modalidad "extrajudicial", ya que hay modalidades que permiten la intervención judicial como colaborador, y se aboga cada vez más por la inclusión del arbitraje en la vía judicial como complemento a ésta; por lo que no sería acertado hablar de mecanismos extrajudiciales.[3]

Nuestro Tribunal Constitucional lo ha definido como "un equivalente jurisdiccional, mediante el cual las partes pueden obtener los mismos objetivos que con la jurisdicción civil, esto es, la obtención de una decisión al conflicto con todos

1 *Vid.* Franco Conforti, O. D.: "Aspectos básicos y prácticos del arbitraje comercial internacional", *Diario La Ley*, 2015, nº 8612, p.2.

2 *Vid.* Vilalta Nicuesa, A. E.: *Mediación y Arbitraje Electrónicos*, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2013, p. 139.

3 *Vid.* Martín Santisteban, S.: "El arbitraje electrónico", *Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías*, nº 29, 2012, p. 1.

• Alfonso Ortega Giménez
Profesor Titular de Derecho internacional privado de la Universidad Miguel Hernández de Elche. Correo electrónico: alfonso.ortega@umh.es

los efectos de la cosa juzgada, con la declaración de los derechos y obligaciones recíprocas de las partes de la controversia, y que se encuentra revestida de *auctoritas* por imperativo de la Ley".[4]

2. Naturaleza jurídica.

En cuanto a su naturaleza jurídica, nuestro Tribunal Constitucional (TC) considera el arbitraje como un equivalente jurisdiccional –aunque de forma matizada; ya que los conflictos son resueltos por vías distintas–, que permite dictar una resolución sobre el fondo con todos los efectos de cosa juzgada, y en otros aspectos esenciales como el respeto de los principios de audiencia, contradicción e igualdad entre las partes.[5]

También, existe otra discusión presente en la doctrina acerca de la diferencia entre los jueces y los árbitros. Los árbitros no son calificados como jueces debido a la definición que otorga el artículo (art.) 117 Constitución Española (CE) (titular de la potestad jurisdiccional, competente para juzgar y hacer ejecutar lo juzgado); es decir, el juez está revestido de *imperium*, cosa que el árbitro no. El árbitro es "un particular que ejerce una función pública, para-jurisdiccional o cuasi-jurisdiccional, cuya falta de jurisdicción plena se traduce en la ausencia de poder".[6]

Esa ausencia de poder se materializa también en:

- La incapacidad de realizar cuestiones de inconstitucionalidad;

- Imposibilidad de plantear cuestiones prejudiciales al Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE);

- En la necesidad del auxilio judicial para dotar de eficacia al laudo; es decir, solo tiene potestad declarativa.

También relevante es mencionar que el arbitraje es un sistema de instancia única. No existe una organización arbitral superior que permita un sistema de recursos para revisar la decisión[7] (art. 42.2 de la Ley de Arbitraje [8]).

4 *Vid.* En este sentido, SSTC 15/1989 (Tol 80226), 62/1991 (Tol 80476), 288/1993 (Tol 82309), 146/1996 (Tol 83078), 196/1997 (Tol 80819) y 18/2011 (Tol 6442109).

5 *Vid.* San Cristobal Reales, S: "Denegación de la justicia arbitral en caso de incongruencia extra petita, por error, o mixta", *Diario La Ley*, 2016, nº 8736, p.1.

6 *Vid.* Martinez-Gijón Machuca, P: "La doctrina del Tribunal Constitucional en materia de arbitraje", *Revista de Derecho Patrimonial*, 31, Aranzadi, 2013, p. 3.

7 *Vid.* San Cristobal Reales, S: "Denegación de la justicia arbitral", cit., p. 2.

8 Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje (BOE número 309, de 26 de diciembre de 2003).

3. Clases de arbitraje.

ARIAS POU sintetiza las clases de arbitraje que ofrece nuestra Ley en cinco.[9]

- Según un criterio territorial, podemos distinguir entre arbitrajes nacionales o internacionales.

- Por la forma de resolver la controversia, existen arbitrajes de derecho y de equidad.

- Por el objeto, nos encontramos arbitrajes ordinarios y especiales.

- Por el medio con el que se resuelve, hay arbitrajes *online* y *offline*.

- Por el órgano encargado de decidir, que puede ser *ad hoc* o instituciona

A) Arbitraje de derecho o equidad.

El arbitraje de derecho consiste en la aplicación de normas jurídicas sobre el caso concreto (art. 34 de la Ley de Arbitraje). Estas normas podrán ser designadas por las partes; si no lo hicieran, el árbitro podrá elegir el derecho aplicable. Esta modalidad funciona como norma general. Si es escogida, el árbitro deberá ser jurista (art. 15.1 de la Ley de Arbitraje).

Por el contrario, el arbitraje en equidad supone eliminar la aplicación de las normas para que el caso sea regido por el principio de la buena fe y por la razón del árbitro, que no tiene que ser necesariamente un jurista. La equidad no otorga carta blanca al árbitro (STS 429/2009).

La Ley modelo de UNCITRAL contempla el arbitraje de equidad siempre y cuando las partes han decidido expresamente someterse a esta modalidad.[10]

B) Arbitraje ordinario o especial.

El arbitraje ordinario es aquel que no está regido por ninguna regla especial, siéndole de aplicación la Ley de Arbitraje. En cambio, un arbitraje especial está regido por una norma diferente, según su materia. Como tipos de arbitraje especial encontramos:

- Arbitraje de inversión.

9 *Vid.* ARIAS POU, M.; *Manual práctico de comercio electrónico*, La Ley, Madrid, 2006, p. 715.

10 El Art. 28(3) de la Ley Modelo establece que "el tribunal arbitral decidirá *ex aequo et bono* o como amigable componedor sólo si las partes le han autorizado expresamente a hacerlo así".

- Arbitraje de transporte.

- Arbitraje en la Propiedad Industrial.

- Arbitraje estatutario.

- Arbitraje de consumo.

- Arbitraje de Propiedad Intelectual.

- Arbitraje marítimo.

C) Arbitraje online u offline.

El arbitraje puede manifestarse tanto de forma electrónica como tradicional; de ahí que surjan las ODR (*online dispute resolution*). Esta variante de los métodos de resolución de conflictos surge por el Reglamento (UE) 524/2013. Es destacable la existencia de las variantes electrónicas de los mecanismos alternativos de resolución de conflictos, que son la mediación, el arbitraje y la conciliación de forma online.

Respecto a la variante online del arbitraje, su posibilidad está recogida en el art. 51.1 del Real Decreto (RD) 231/2008, la cual se define como todo arbitraje realizado íntegramente por medios electrónicos.[11] No es necesario que el objeto del arbitraje sea online, sino su sustentación: aunque sí requerirá un acuerdo entre las partes para que el procedimiento sea online. En el art. 57 de la Ley de Arbitraje, permite realizar la sumisión por medios electrónicos, y en artículos siguientes la de emitir las notificaciones electrónicas.

D) Arbitraje ad hoc o institucional.

El arbitraje institucional se trata del sometimiento de las partes a una institución arbitral para que ésta lo administre según sus propios reglamentos. Estos reglamentos suelen ser similares a un procedimiento judicial, pero se diferencian de éstos por cuanto son mucho más abreviados tanto en etapas como en plazos. Esta modalidad está recogida en el art. 14 de la Ley de Arbitraje. Las partes podrán encomendar el arbitraje a: Corporaciones de Derecho público y Entidades públicas que puedan desempeñar funciones arbitrales, según sus normas reguladoras y asociaciones y entidades sin ánimo de lucro en cuyos estatutos se prevean funciones arbitrales.

11 *Vid.* González Montes, J. L.: "El proceso arbitral de consumo (RD 231/2008, de 15 de febrero)", en Esteban de la Rosa, F. y Orozco pardo, G. (Dirs.), *Mediación y arbitraje de consumo. Una perspectiva española, europea y comparada*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, p. 93.

Se contemplan otras instituciones arbitrales al margen de la ley como:

- Consejos Cooperativos.

- Juntas Arbitrales de Consumo.

- Juntas Arbitrales de Transporte.

- La Comisión Nacional de la Energía.

- Comisión Nacional de la Propiedad Intelectual.

El arbitraje *ad hoc* se encomienda a personas físicas designadas por las partes sin que exista intermediario alguno. En este sistema prima la autonomía de la voluntad entre las partes, por lo que son ellas las que crean las normas del procedimiento y, a falta de acuerdo, serán los árbitros los que las decidan. En este tipo de arbitraje se hace necesario acudir a los tribunales para la formalización judicial del arbitraje, lo que produce dilaciones y gastos y el procedimiento de designación, generalmente el sorteo, no garantiza la competencia de la persona designada.

El sistema de remuneración es en tanto alzado y proporcional al valor del objeto, por lo que el coste puede variar y no hay seguridad en ello. El arbitraje *ad hoc* garantiza en mayor medida la confidencialidad, pues únicamente conocen de la controversia las partes y el árbitro o el tribunal arbitral y hay menos posibilidades de filtraciones.

4. Redacción de una cláusula arbitral.

A) Errores en las cláusulas.

Los requisitos del convenio arbitral se encuentran en el art. 9 Ley Arbitral (LA), el cual especifica que en el acuerdo debe constar por escrito la voluntad de las partes de someter alguna cuestión al arbitraje mediante la incorporación de la cláusula a un documento firmado por las partes que permita su observación posterior.

Se permite que el acuerdo arbitral esté en el propio contrato o en acuerdo independiente entre las partes, siempre que se haga expresamente y se pueda comprobar mediante soporte electrónico u óptico.

Una vez definida la forma de inclusión, hay que determinar su contenido, y no caer en las llamadas "cláusulas patológicas", convenios arbitrales incoherentes o viciados que añaden inseguridad jurídica a la resolución de las controversias, como las cláusulas híbridas, que recogen la posibilidad de acudir a los tribunales

no excluyendo su jurisdicción; las cláusulas carentes de certeza o las cláusulas inoperantes, es decir, cuando el compromiso arbitral nunca se pudiera llevar a cabo por imposibilidades fácticas.

Como solución a esos problemas sobrevenidos, es necesario que las partes acuerden posteriormente un nuevo convenio arbitral que permita la sobrevivencia de la cláusula.

B) Elementos a incluir en la cláusula y ejemplos.

Cordero Arce ha realizado un esquema con los elementos necesarios y contingentes que debe tener un convenio arbitral.[12]

a) Elementos esenciales:

- Designar claramente el arbitraje como método de solución de controversias, al señalar que la controversia será resuelta de acuerdo con el Reglamento de Arbitraje correspondiente.

- Establecer el ámbito de aplicación de la cláusula, preferiblemente de forma amplia.

- Hacer una referencia clara a la institución arbitral a la que se someterá el litigio.

- Establecer el carácter vinculante del arbitraje, señalando que las disputas serán resueltas definitivamente o finalmente resueltas.

- Estipular el carácter exclusivo del arbitraje. Ello se hace usando la forma imperativa: serán resueltas, se someterá y será finalmente resuelta.

b) Elementos recomendables:

- Constitución del tribunal: Número de árbitros, siempre impar. Este aspecto es muy importante en los arbitrajes *ad hoc*.

Ejemplo: "Dentro de los [30] días posteriores al inicio del arbitraje, cada parte deberá designar a una persona para que funja como árbitro. Las partes deberán designar, de común acuerdo, al árbitro presidente dentro de los [20] días posteriores al nombramiento de los árbitros nominados por cada una de las partes. Si algún árbitro no es designado dentro del plazo antes mencionado, el Centro Internacional para la Resolución de Disputas deberá, a solicitud por escrito

12 *Vid.* Cordero arce, G.: "Cláusulas Arbitrales en Contratos Internacionales. Aspectos Práctico", *Revista Chilena de Derecho*, 4- N° 1, pp. 91-105.

de alguna de las partes, hacer los nombramientos de árbitros que todavía no se hayan hecho".

- Sede del arbitraje. No necesariamente deben llevarse a cabo todas las actuaciones en ese lugar. Si las partes no señalan el lugar del arbitraje, algunas reglas de arbitraje facultan al tribunal arbitral para hacer esta determinación, atendiendo a las circunstancias del caso y de las partes.

- Idioma. Entre los factores a tener en cuenta son: La ley que rige el contrato, la sede del arbitraje, el idioma del contrato, el idioma de los demás documentos que integren el contrato, el idioma de los eventuales testigos que puedan ser citados a declarar y la disponibilidad de árbitros y abogados que puedan desempeñarse con fluidez en el idioma elegido.

- Cuestiones procedimentales. La duración del procedimiento arbitral.

"Ejemplo: Es la intención de las partes que, haciendo a un lado cualquier circunstancia extraordinaria, el procedimiento arbitral concluya dentro de los [120] días siguientes al nombramiento de los árbitros. El Tribunal Arbitral puede extender dicho plazo en el interés de la justicia. El incumplimiento de dicho plazo no constituye una causal para anular el laudo arbitral".

- Derecho aplicable al fondo. Esta determinación conviene que esté en una cláusula distinta de la cláusula arbitral para que no se confunda con la ley aplicable al procedimiento arbitral.

- Si las partes no señalan cuál será el derecho aplicable a la controversia, los reglamentos de los centros de arbitraje y las leyes de arbitraje facultan al tribunal arbitral para hacerlo, ya sea en forma directa o determinando cuál es la norma de conflicto aplicable (remisión al apartado 3.2).

c) Elementos opcionales:

- Cláusulas escalonadas: Negociación o mediación.

Ejemplo: "En caso de cualquier controversia o reclamación que surja de este contrato o que guarde relación con él o con su incumplimiento, las partes deberán consultarse y negociar entre ellas y, reconociendo sus intereses en común, tratarán de alcanzar una solución satisfactoria. Si las partes no llegan a un acuerdo dentro de un periodo de 60 días, cualquiera de las partes podrá, mediante notificación a la otra parte y al Centro Internacional para la Resolución de Disputas, iniciar una mediación, conforme al Reglamento de Mediación Internacional del Centro Internacional para la Resolución de Disputas. Si las partes no logran llegar a un

acuerdo dentro de los 60 días siguientes a la notificación de una solicitud de medición por escrito, cualquier controversia o reclamación que no haya sido resuelta será sometida a arbitraje administrado por el Centro Internacional para la Resolución de Disputas de conformidad con su Reglamento de Arbitraje Internacional".

- Cualidad de los árbitros. Nacionalidad, experiencia, edad, idioma, especialización, etc., pero no hay que restringir demasiado esos criterios; ya que puede dar lugar a una cláusula inoperante.

- Confidencialidad, respecto de las propias partes y abogados.

Ejemplo: "Excepto por lo ordenado en la ley, ninguna de las partes, ni sus representantes, pueden revelar la existencia, contenido, o resultados de un arbitraje seguido conforme a este acuerdo sin el consentimiento por escrito de (todas las/ambas) partes".

- Cláusulas arbitrales en contratos plurilaterales. Para evitar el conflicto entre las partes, la designación de los árbitros puede delegarse en las instituciones arbitrales.

II. ARBITRAJE COMERCIAL INTERNACIONAL.

1. Criterios de internacionalización.

Nuestra Ley de Arbitraje considera que un arbitraje es internacional cuando (art. 3):

a) En el momento de celebración del convenio arbitral, las partes tengan sus domicilios en Estados diferentes.

b) 1) El lugar del arbitraje, determinado en el convenio arbitral o con arreglo a éste; 2) El lugar de cumplimiento de una parte sustancial de las obligaciones de la relación jurídica de la que dimane la controversia; o, 3) El lugar con el que ésta tenga una relación más estrecha, esté situado fuera del Estado en que las partes tengan sus domicilios.

c) La relación jurídica de la que dimane la controversia afecte a intereses del comercio internacional. Esto ocurre, según Gómez Jene cuando la operación tiene un carácter transfronterizo.[13]

13 *Vid.* Gómez Jené, M.: *El arbitraje internacional en la Ley de arbitraje de 2003*, COLEX, Madrid, 2007, p.53.

2. Ley aplicable.

Debemos diferenciar entre la ley aplicable al fondo (*lex causae*) y la ley aplicable al convenio y al procedimiento arbitral (*lex arbitri*).

La ley aplicable al procedimiento puede derivar de dos fuentes: 1) Indirectamente, de la sede arbitral escogida, la cual se aplicarán las normas procesales del Estado que acoja el procedimiento, y 2) Directamente, las partes pueden incluir referencias procesales en el contrato, o añadir reglamentos concretos para su resolución.

A su vez, puede determinar indirectamente la ley aplicable al fondo; ya que, si no se acuerda entre las partes la ley sobre el fondo, pero sí la *lex arbitri*, deberemos atender a las normas procedimentales elegidas para determinar la ley sobre el fondo.

La *lex causae* tampoco tiene que coincidir con la ley aplicable a la validez del acuerdo arbitral. En principio, la ley sustantiva aplicable al contrato, ya sea elegida por las partes o por elección de una norma específica para su procedimiento, hace extender sus efectos a la validez sustancial del convenio; pero tanto la validez del convenio arbitral, como del contrato, como la cláusula de ley aplicable es independientes entre sí.[14]

La forma más adecuada para añadir el derecho aplicable es mediante una cláusula incorporada en el propio contrato.

Por otra parte, las partes tienen diversas opciones en cuanto a cuerpos normativos a la hora de aplicarlos al fondo del asunto. Estas pueden, por ejemplo, optar por la aplicación de cualquier derecho estatal, lo que no supone la exclusión de los usos y costumbres del comercio internacional.

En segundo lugar, las partes pueden designar un conjunto normativo que no tiene que tener un origen estatal, como son los Principios UNIDROIT sobre los contratos comerciales internacionales, y el proyecto Marco Común de Referencia para el Derecho contractual europeo.

Por último; se permite la adopción de la *lex mercatoria* como elección genérica.

3. Reconocimiento y ejecución.

El estudio del reconocimiento y ejecución de los laudos arbitrales debe hacerse desde el ámbito convencional con el Convenio de Nueva York de 1958

14 *Vid.* Sánchez Lorenzo, S.: "Derecho aplicable al fondo de la controversia en el arbitraje comercial internacional", *Revista de Estudios de Derecho Internacional*, vol. 61, 2009, p. 71.

y el Convenio europeo de 1961, y desde el ámbito autónomo con la Ley de Cooperación Jurídica Internacional. Cabe recordar que el Reglamento (UE) 1215/2012 excluye de su ámbito de aplicación al arbitraje.

El reconocimiento de los laudos extranjeros es competencia de las salas de lo civil de los Tribunales Superiores de Justicia (TSJ) (arts. 8.6 de la Ley de Arbitraje y 73.1 c) de la Ley Orgánica del Poder Judicial). No se aplicaría el art. 52.1 y 2 de la Ley Cooperación Judicial Internacional. En cuanto a su ejecución, será competentes los Juzgados de primera instancia (arts. 8.5 LA y 86 de la Ley Cooperación Judicial Internacional). Los Juzgados de lo mercantil no tienen competencia en la ejecución de los laudos.

El procedimiento para el *exequatur* aplicable es el del art. 54 de la Ley Cooperación Judicial Internacional, debido a la inexistencia de leyes especiales para ello. En cuanto a los motivos de denegación, debemos ponderar los ofrecidos por el Convenio de Nueva York de 1958 y el Convenio europeo de 1961. El art. 46 de la Ley de Arbitraje determina que el exequátur se determinará por el Convenio de Nueva York, salvo en aquellas disposiciones en los que otra norma sea más favorable a su reconocimiento. Cabe destacar que el Convenio Europeo ofrece, de alguna manera, un reconocimiento más fácil, en cuanto contempla como una causa de denegación que el laudo arbitral extranjero haya sido basado en alguno de los motivos del art. IX. En cambio, el Convenio de Nueva York exige que el laudo se haya anulado en el estado de origen, sin que sea exigible ningún motivo.

III. FUNCIONAMIENTO DEL ARBITRAJE EN ESPAÑA COMO FORMA DE RESOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS EN COMERCIO INTERNACIONAL.

El arbitraje es un medio alternativo de resolución de controversias al que suelen acudir muchas empresas o profesionales, aunque también esté disponible para personas físicas que no sean profesionales.

A pesar de las reiteradas afirmaciones sobre su mayor coste económico que un proceso judicial, existe cierta percepción por parte de los usuarios del arbitraje en España de que no es más caro que la vía judicial, además de considerarlo transparente e independiente.

Este medio alternativo de resolución de controversias se presenta como un mecanismo ideal por su especialización y el conocimiento técnico sobre la materia, por la cualificación exigida al árbitro, como por la rapidez del procedimiento. Son éstas las 3 bazas argumentativas que nos impulsa a considerar el arbitraje como opción.

Sin embargo, en la práctica vemos una clara distinción entre conocimiento y uso del arbitraje: Muchas personas conocen de su existencia, pero pocos recurren a él. Uno de los deberes a realizar es conocer la razón de que no haya una equivalencia entre el conocimiento y el uso de este medio.

Actualmente, es el medio de resolución de controversias elegido por antonomasia en la contratación mercantil internacional, existiendo en muchos modelos de contratos la cláusula de sumisión expresa "tipo" a una Corte de Arbitraje determinada. Las empresas rehúsan de acudir a los tribunales, sino que prefieren la celeridad del Arbitraje, aunque pueda considerarse que es un cauce más costoso a nivel económico.

Cabe recordar que para las empresas "el tiempo es dinero", y un procedimiento arbitral emite resolución en una media de nueve meses, mientras que uno judicial puede llegar a demorarse más de dos años.

Ante este escenario, es preciso analizar por qué el arbitraje no funciona en España y por qué hay tanta diferencia entre conocimiento y uso. Así también, ahondaremos en la evolución del uso, percepción y conocimiento del arbitraje por parte de las empresas, que son las mayores usuarias de esta vía.

1. Conocimiento sobre el arbitraje.

Conviene empezar a analizar el funcionamiento del arbitraje a través de su conocimiento por parte de las partes que intervienen, como por quienes nunca lo han hecho. Empezando por los letrados, la gran mayor parte de ellos conoce de su existencia, aunque existen diferencias importantes según la edad.

Son los abogados mayores de 60 años los que menos parecen estar al tanto sobre ello, aunque los profesionales en este rango de edad suelen conocer la existencia de este medio de resolución de controversias.

El conocimiento por parte de abogados es esencial de cara a su posterior uso porque suelen ser quienes redactan los contratos mercantiles, ya sea en el ámbito internacional o no. En dichos contratos suele haber una cláusula de sumisión expresa a un órgano concreto, judicial o no. Unos optan por la mediación, pero a nivel empresarial internacional la mayoría opta por una Corte de Arbitraje con una ley aplicable concreta. La razón descansa en que la mediación está destinada a resolver conflictos menos mercantiles o comerciales, no teniendo la especialización del arbitraje que es aceptada de buena gana por los usuarios. Además, la fuerza vinculante del laudo arbitral es más interesante si lo comparamos a un acuerdo de mediación que no tiene fuerza por sí solo, requiriendo su homologación por la autoridad judicial.

Queda clara, entonces, la necesidad de que los abogados conozcan la existencia de esta vía. En lo que atañe a los empresarios, la mayoría conoce la existencia del arbitraje, pero nos vamos a una cifra inferior del 85%: No se puede dar por hecho que conozcan esta solución.

A pesar de ello, la mayoría de empresas consideran que la redacción de una cláusula arbitral es esencial y determinante cuando se negocia un contrato.

Con todo esto, y según las últimas encuestas, no se usa de manera uniforme por todo el territorio nacional, sino que la mayoría de encuestados conocen la Corte de Arbitraje de Madrid (CAM), quedándose muy atrás la participación en la Corte de Arbitraje de Barcelona (CAB).

En España, la institución arbitral a la que más se acude es la Corte de Arbitraje de Madrid, mientras que a nivel internacional la elegida es la Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional con sede en París.

Los motivos de elección de una institución arbitral determinada pueden ser 3:

- La experiencia de la institución arbitral.

- La garantía de imparcialidad e independencia en el nombramiento de árbitros.

- La especialización de la institución en una disputa determinada.

Por tanto, las empresas estarían mandando un mensaje claro a la hora de encomendar la solución de una controversia a un tercero: Buscan árbitros consolidados para obtener una cierta garantía sobre la especialización de éstos sobre la materia.

2. Uso del arbitraje.

Al principio se ha mencionado que existen grandes diferencias entre el conocimiento y el uso del arbitraje, y lo segundo a analizar es cómo y con qué frecuencia se acude a este medio de solución de controversias.

Solo un 50%[15] de abogados ha participado en un arbitraje en la Corte de Madrid, mientras que los números son tremendamente inferiores si nos vamos a Cataluña u otras comunidades autónomas.

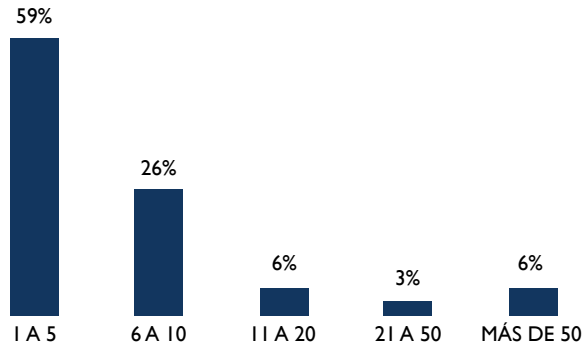
15 *Vid.* Informe Encuesta de Arbitraje, Mediación y otros MASCs, p.11.

Es más, los abogados jóvenes entre 30-40 años acuden más a esta vía que los mayores de 60 años, lo que deja claro que la visión de esta vía está mucho más asimilada en las últimas generaciones de juristas.

Yendo a la frecuencia del uso del arbitraje, la encuesta anteriormente mencionada hace referencia a que la mayoría ha acudido de 1 a 5 veces[16] al arbitraje. De entrada, estos datos hacen saltar las alarmas sobre la poca consideración de este medio para resolver controversias, y nos empuja a indagar sobre las causas que lo producen.

Los resultados anteriores coinciden con el Informe de Roca Junyent.

2. NÚMERO DE PROCEDIMIENTOS ARBITRALES EN LOS ULTIMOS 5 AÑOS



Fuente: Estudio de Roca Junyent (2022)

Hay que destacar que la diversidad en la selección de árbitros no es apreciada como amplia por un grueso importante de las empresas españolas. Mientras que en el proceso judicial encontramos la Tutela Judicial Efectiva junto con la figura del juez predeterminado por Ley, en el Arbitraje se seleccionan los árbitros.

Parece ser un problema que no existe una diversidad tan clara de árbitros a la hora de elegirlos. Este sería uno de los principales motivos por los que el arbitraje no termina de funcionar en España, ya que la libertad de elección se ve mermada.

Por otro lado, las empresas que más facturan son las que más acuden al arbitraje, siendo menos considerada esta vía para las empresas que facturan menos. Esto se puede deber a la percepción de que es un procedimiento más caro y a la visión cortoplacista de ciertas empresas.

16 *Vid.* Informe Encuesta de Arbitraje, Mediación y otros MASCs, p.13.

3. Sumisión expresa del arbitraje.

Llama la atención que muchas empresas incorporan la cláusula arbitral si lo solicita la otra parte con la que negocian. Este *modus operandi* supone dejar al arbitrio y a la consideración de la buena fe de la otra parte someter los posibles futuros conflictos derivados del contrato.

De este modo, no serán pocos los casos en los que dos empresas negocien un contrato y no incorporen una cláusula de sumisión expresa a una Corte de Arbitraje determinada.

La incorporación de esta cláusula estaría supeditada al tipo de contrato, la ley aplicable y al órgano jurisdiccional en defecto de arbitraje. Sin embargo, esta práctica no se puede considerar "costumbre" porque hay muchas empresas que no prevén otro mecanismo alternativo al arbitraje.

4. Resolución de controversias.

El conocimiento de los abogados de la existencia de este medio de resolución de controversias junto a la sumisión expresa en contratos de forma extendida, empujan a pensar que el arbitraje es considerado un buen medio de resolución de controversias.

El estudio de Roca Junyent[17] revela que el 89% de las empresas consideran que el arbitraje es un método idóneo para la resolución de disputas internacionales. Dicho esto, la mayoría de empresas encuestadas se mantienen neutral sobre si el arbitraje proporciona una solución adecuada y recomendable.

Por tanto, esta sería otra de las grandes razones por las que el arbitraje no funciona en España. Resulta complicado incitar a su uso cuando no se consigue ofrecer una experiencia satisfactoria a la mayoría de usuarios. A priori, podríamos pensar que esta conclusión necesariamente de que "unos ganan y otros pierden", por lo que raramente logrará este medio el 100% de satisfacción.

No obstante, en la misma encuesta, vemos que las empresas contemplan 3 desventajas del arbitraje:

- La tendencia del árbitro a alcanzar una decisión salomónica.

- Inexistencia de jurisprudencia.

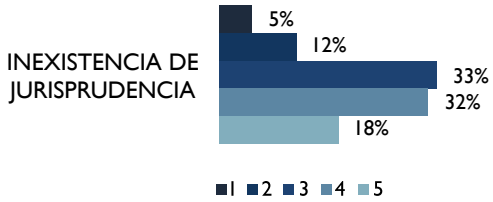
- Costes del procedimiento.

17 *Vid.* Encuesta de Roca Junyent: El Primer Estudio de Arbitraje en España, p. 11.

5. Los problemas que debe afrontar el arbitraje.

No solo existen 3 desventajas, sino que hay que hacer énfasis en varias cuestiones que tienen vital importancia para que la gran mayoría opte finalmente por esta vía, en vez de ir al proceso judicial.

A) Falta de jurisprudencia.



Fuente: Estudio de Roca Junyent (2022)

(1 es una desventaja muy poco importante y 5 una desventaja muy importante).

En primer lugar, considero útil apuntar a la falta de jurisprudencia y a las reglas procesales. No resulta convincente para los abogados que el laudo arbitral no siente precedente de cara a un futuro conflicto similar con el objeto de que los usuarios obtengan resoluciones con un criterio uniforme por parte de un órgano que va a decidir sobre un asunto con fuerza ejecutiva.

Esto proporciona incertidumbre e inseguridad jurídica, pero resulta interesante destacar que la inexistencia de jurisprudencia no es considerada tal desventaja dependiendo del sector: para la hostelería no es un problema, mientras que para sectores como industrias extractivas, sector sanitario o servicios profesionales sí que es esencial.

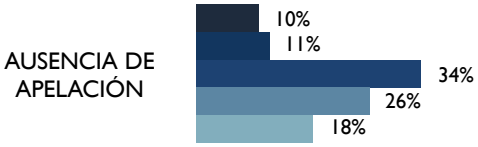
De todas maneras, sí es una preocupación para todos los sectores, en mayor o menor medida. Existen iniciativas de unificar y recopilar sentencias de Tribunales de Justicia de habla hispana y lusoparlantes que se pronuncian sobre el arbitraje.

Sin embargo, no sería suficiente dicho esfuerzo debido a que los usuarios del arbitraje buscan que exista una jurisprudencia en las Cortes de Arbitraje, derivada de sus propios pronunciamientos.

Aun así, seguiríamos con un problema, ¿qué es la jurisprudencia de la Corte de Arbitraje? En España, la jurisprudencia es la doctrina que el Tribunal Supremo establece a la hora de interpretar una norma jurídica y su modo de aplicarla al caso concreto. Por tanto, nos remitimos a la última instancia del Poder Judicial en España para obtener una interpretación unificada sobre las normas y su aplicación, salvo que se trate de derechos y libertades fundamentales.

En el Arbitraje no existen instancias como tal, teniendo en cuenta que la acción de anulación y revisión del laudo establecidos en la Ley de Arbitraje no son un recurso como tal. Simplemente, hay una Corte que es elegida por las partes para que decida y resuelva un conflicto a la que ambos se someten voluntariamente. Si comenzaran a recopilar pronunciamientos, pronto observaríamos una contradicción entre las Cortes de Arbitraje en los criterios para resolver un conflicto de una materia concreta.

B) Ausencia de apelación.



Fuente: Estudio de Roca Junyent (2022)

Efectivamente, no existe una instancia de apelación como ocurre con la figura de la Audiencia Provincial en España. De este modo, los abogados y empresas ven acudir al arbitraje como un "todo o nada", lo que genera nerviosismo e intranquilidad.

Así lo establece el artículo 43 de la Ley de Arbitraje: "*El laudo produce efectos de cosa juzgada y frente a él sólo cabrá ejercitar la acción de anulación y, en su caso, solicitar la revisión conforme a lo establecido en la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil para las sentencias firmes*".

Por un lado, la acción de anulación debe estar basada en los motivos expresados en el artículo 41 del mismo texto legal. En concreto, son 6 motivos:

- Que el convenio arbitral no existe o no es válido.

- Que no ha sido debidamente notificada de la designación de un árbitro o de las actuaciones arbitrales o no ha podido, por cualquier otra razón, hacer valer sus derechos.

- Que los árbitros han resuelto sobre cuestiones no sometidas a su decisión.

- Que la designación de los árbitros o el procedimiento arbitral no se han ajustado al acuerdo entre las partes, salvo que dicho acuerdo fuera contrario a una norma imperativa de esta Ley, o, a falta de dicho acuerdo, que no se han ajustado a esta ley.

- Que los árbitros han resuelto sobre cuestiones no susceptibles de arbitraje.

- Que el laudo es contrario al orden público.

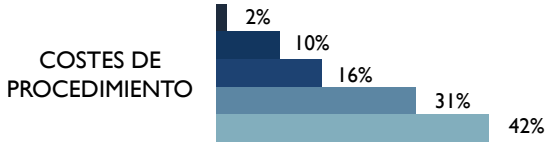
Finalmente, el laudo arbitral acaba en las Salas de lo civil Penal del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma donde se haya dictado, siendo éste órgano jurisdiccional encargado en dictar sentencia firme, ya que no cabe recurso frente a ella.

Por otro lado, está la acción de revisión de sentencias firmes, cuyos motivos están más aún tasados. Se hace uso para dejar sin efecto resoluciones firmes y la competencia para conocer de esta acción la tiene normalmente el Tribunal Supremo, teniendo competencia el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma donde haya sido dictado el laudo en materias de derecho propio de la comunidad autónoma.

Dicho esto, en caso de ser estimada, se rescinde el laudo arbitral anteriormente dictado. Así, podemos instar un nuevo procedimiento en la misma Corte, en otra distinta, someterlo a mediación o ir directamente a un procedimiento judicial.

Cuestión distinta son los laudos extranjeros: No se pueden usar los mecanismos de anulación o revisión ante tribunales españoles. Aquí nos tendríamos que ir a la aplicación del Convenio de Nueva York sobre reconocimiento y ejecución de las sentencias arbitrales extranjeras del 10 de junio de 1958, concretamente el artículo 5.

C) Coste del procedimiento.



Fuente: Estudio de Roca Junyent (2022).

Esta cuestión no solo no es discutida, sino que puede ser el principal problema por el que el arbitraje no funciona en España. Respecto a ello, la Corte Española de Arbitraje[18] ofrece gratuitamente una calculadora virtual en su página web para que los posibles abogados o usuarios puedan conocer o prever cuál será el coste del procedimiento.

Las costas del arbitraje, de acuerdo al artículo 56.3 del Reglamento de Arbitraje, son las siguientes:

18 *Vid.* Corte Española de Arbitraje: https://www.cearbitraje.com/es/calculadora.

- Los derechos de admisión y administración de la Corte, con arreglo al Anexo I del Reglamento y, en su caso, los gastos de alquiler de instalaciones y equipos para el arbitraje.

- Los honorarios y los gastos razonables de los árbitros, que fijará o aprobará la Corte de conformidad con el Anexo II del Reglamento.

- Los honorarios de los peritos nombrados, en su caso, por los árbitros.

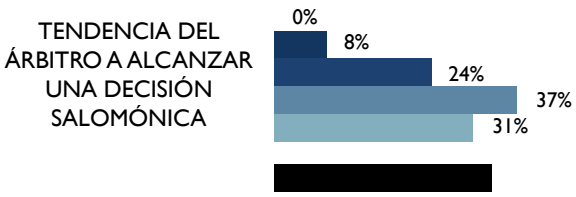
- Los gastos razonables incurridos por las partes para su defensa en el arbitraje.

Las 2 primeras costas se cubren a través de una provisión de fondos abonada al principio del arbitraje, pudiendo la Corte solicitar provisiones de fondos durante el proceso en determinadas circunstancias (por ejemplo, cuando hay reconvención). Estas cantidades se pagan por el demandante y demandado a partes iguales, salvo acuerdo contrario por las partes.

El problema reside cuando queremos una Corte con 3 árbitros, una configuración estándar, ya que encomendar el asunto a uno solo no es una opción muy considerada por abogados y empresas. Por ejemplo, en un procedimiento con una cuantía de 30.000€, el coste del arbitraje aproximado es de más de 17.000€, lo que supone el 56% de la cuantía de la demanda. Sí es cierto que es un coste que se suele dividir entre las partes, por lo que cada una asumiría unos 9000€ aproximadamente del procedimiento (todo ello sin peritos de por medio).

Sin duda, este sería uno de los problemas observados por las partes a la hora de elegir el arbitraje como medio alternativo de resolución de controversias.

E) Resolución salomónica.



Fuente: Estudio de Roca Junyent (2022)

Es cierto que acudir al arbitraje pueda acarrear una decisión que no satisfaga a ninguna de las dos partes por ser demasiado "salomónica". Efectivamente, hacemos referencia a satisfacer parcialmente a las partes, un *modus operandi* que puede generar insatisfacción a las partes.

Esto quiere decir que podemos encontrar laudos arbitrales que no dan la razón a ninguna de las partes, habiéndose abonado unas costas de arbitraje altas sin una resolución que satisfaga ninguna de las pretensiones.

Antes, hacíamos referencia a la distinta percepción de los sectores sobre las distintas desventajas, y en el caso de la resolución salomónica parece estar presente en todos los sectores.

IV. CONCLUSIONES.

Podemos concluir que hay problemas más y menos relevantes, pero que todos afectan al funcionamiento del arbitraje, como al convencimiento de su uso por parte de usuarios potenciales.

Si se busca conseguir un mayor uso por parte de empresas, abogados y otros usuarios, es esencial acercar este medio de controversias alternativo a través de un coste de procedimiento más reducido, decisiones menos salomónicas y proporcionar mayor seguridad jurídica con un sistema de jurisprudencia o plataforma análoga que permita a los abogados saber los criterios utilizados a la hora de resolver problemas de determinadas materias.

Debemos hacer hincapié en que las decisiones salomónicas combinadas con que el arbitraje solo tenga una única instancia, no pudiendo recurrir los laudos arbitrales a otra instancia, lo único que genera es intranquilidad a los usuarios. La vía judicial es más lenta y, podemos llegar al acuerdo de que, a la larga, puede ser más costosa, pero dispone de hasta dos instancias superiores (Audiencia Provincial y Tribunal Supremo) para poder recurrir la resolución de Primera Instancia.

Por tanto, los mecanismos de acción de anulación y de revisión son insuficientes porque no son recursos a tal efecto, sino instrumentos excepcionales que solo se pueden ejercer en supuestos muy tasados.

Cierto es que existen otras desventajas apreciadas por los usuarios del arbitraje, como es el caso de la falta de diversidad de árbitros, la dificultad del procedimiento cuando afecta a varias partes. Sin embargo, no parece que esos sean los problemas vitales de cara a usarlo.

Llama la atención el uso de las Cortes de Arbitraje y sus grandes diferencias entre las comunidades autónomas. De las encuestas expuestas anteriormente, el arbitraje más conocido es el de Madrid para pasar directamente a la Corte de Arbitraje Internacional de París. Cierto es que el tráfico mercantil que existe en la capital es claramente mayor que el resto de España, pero las diferencias con el arbitraje de Barcelona son importantes en cuanto a su uso.

Podemos finalizar las conclusiones sobre por qué es necesario mejorar el arbitraje en España. En primer lugar, para descongestionar al Poder Judicial de España de asuntos que se pueden resolver por otros medios alternativos, como son la mediación y el arbitraje. En segundo lugar, y relacionado con lo anterior, reducir el coste de la Administración de Justicia, desviando los asuntos más privados (como son los mercantiles) hacia una vía totalmente especializada.

BIBLIOGRAFÍA

Arias Pou, M.; *Manual práctico de comercio electrónico*, La Ley, Madrid, 2006, p. 715.

Cordero Arce, G.: "Cláusulas Arbitrales en Contratos Internacionales. Aspectos Práctico", *Revista Chilena de Derecho*, 4- N.º 1, pp. 91-105.

Franco Conforti, O. D.: "Aspectos básicos y prácticos del arbitraje comercial internacional", *Diario La Ley*, 2015, nº 8612, p.2.

Gómez Jené, M.: *El arbitraje internacional en la Ley de arbitraje de 2003*, COLEX, Madrid, 2007, p.53.

González Montes, J. L.: "El proceso arbitral de consumo (RD 231/2008, de 15 de febrero)", en Esteban de la Rosa, F. y Orozco pardo, G. (Dirs.), *Mediación y arbitraje de consumo. Una perspectiva española, europea y comparada*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, p. 93.

Martinez-Gijón Machuca, P: "La doctrina del Tribunal Constitucional en materia de arbitraje", *Revista de Derecho Patrimonial*, 31, Aranzadi, 2013, p. 3.

Martín Santisteban, S.: "El arbitraje electrónico", *Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías*, nº 29, 2012, p. 1.

San Cristobal Reales, S: "Denegación de la justicia arbitral en caso de incongruencia extra petita, por error, o mixta", *Diario La Ley*, 2016, nº 8736, p.1.

Sánchez Lorenzo, S.: "Derecho aplicable al fondo de la controversia en el arbitraje comercial internacional", *Revista de Estudios de Derecho Internacional*, vol. 61, 2009, p. 71.

Vilalta Nicuesa, A. E.: *Mediación y Arbitraje Electrónicos*, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2013, p. 139.

DE LOS CONTRATOS EN FAVOR DE TERCEROS (ARTS. 526-530 CC BOLIVIANO)

OF CONTRACTS IN FAVOR OF THIRD PARTIES (ARTS. 526- 530 CC BOLIVIAN CC)

Rev. Boliv. de Derecho Nº 37, enero 2024, ISSN: 2070-8157, pp. 746-761

Almudena
CARRIÓN
VIDAL

ARTÍCULO RECIBIDO: 16 de octubre de 2023
ARTÍCULO APROBADO: 4 de diciembre de 2023

RESUMEN: El presente trabajo lleva a cabo un comentario de carácter fundamentalmente exegético de los arts. 526 a 530 del CC de Bolivia, en los que se contiene la regulación de los contratos en favor de tercero, señalando sus diferencias y analogías con aquellos otros cuerpos legales tomados en consideración por el legislador boliviano en el diseño de la figura.

PALABRAS CLAVE: Contrato; tercero; interés; estipulante; promitente; beneficiario; aceptación; eficacia inicial y eficacia final; revocación.

ABSTRACT: *The present work carries out a commentary of a fundamentally exegetical nature of the arts. 526 to 530 of the CC of Bolivia, which contain the regulation of contracts in favor of third parties, pointing out their differences and analogies with those other legal bodies taken into consideration by the Bolivian legislator in the design of the figure.*

KEY WORDS: *Contract; third party; interest; stipulator; promisor; beneficiary; acceptance; initial effectiveness and final effectiveness; revocation.*

SUMARIO.- I. VALIDEZ DEL CONTRATO A FAVOR DE TERCEROS.-1. Preliminar.- 2. La exigencia de un interés lícito en el estipulante.- 3. Actuación del estipulante en nombre propio.- 4. El interés del estipulante no ha de ser necesariamente de naturaleza patrimonial.- II. EFECTOS Y REVOCABILIDAD.- 1. Referencia a la discusión doctrinal.- 2. Eficacia inicial y eficacia final del contrato a favor de terceros.- 3. La aceptación del beneficiario.- 4. La existencia de pacto en contrario.- 5. El poder de revocar.- 6. Revocación por parte del estipulante.- 7. Relación entre estipulante y promitente; entre estipulante y tercero beneficiario; entre promitente y tercero.- III. DESTINO DE LA PRESTACIÓN EN CASO DE REVOCACIÓN.-1. El art. 528 CC boliviano.-2. Supuestos contemplados.- 3. Alcance de la revocación.- 4. La negativa del tercero beneficiario a aprovechar la estipulación.-5. La admisibilidad del pacto en contrario.- 6. Quedará la prestación en beneficio del estipulante.-IV. REVOCABILIDAD EN CASO DE PRESTACIÓN POSTERIOR A LA MUERTE DEL ESTIPULANTE.- 1. Naturaleza de la estipulación cuando la prestación deba cumplirse después de la muerte del estipulante.-2. La admisibilidad de la renuncia a la facultad de revocación pone de manifiesto que su naturaleza no es la propia de las disposiciones de última voluntad.-3. Referencia al art. 1412 CC italiano.-4. La facultad de revocar del estipulante ¿se transmite a los herederos de este? -5. Premoriencia del tercero beneficiario respecto del estipulante.- V. EXCEPCIONES OPONIBLES POR EL PROMITENTE.- 1. ¿Qué excepciones puede oponer el promitente frente a la acción del tercero beneficiario? -2. Otras excepciones.- 3. Excepciones derivadas de la relación entre estipulante y promitente.-4. La posición del CC boliviano.

I. VALIDEZ DEL CONTRATO A FAVOR DE TERCEROS.

A tenor del art. 526 CC, "Es válida la estipulación en favor de un tercero, cuando el estipulante, actuandoen nombre propio, tiene un interés lícito en hacerlo".

1. Preliminar.

Principio fundamental en materia contractual es el de la ineficacia delcontrato respecto de terceros.

Una excepción a este principio viene constituida por el contrato a favor de tercero; excepción que se justifica por el hecho de que, en este caso, el tercero no asume obligaciones, sino que sólo adquiere derechos.

En el contrato a favor de tercero se concita el interés de tres sujetos. Los contratantes, estipulante y promitente, y el tercero beneficiario. Las partes del contrato son aquí, de una parte, el estipulante, que es aquél que contrata a favor de un tercero, y el promitente, que es aquél que se obliga frente al estipulante a ejecutar la prestación a favor del tercero beneficiario.

El promitente se compromete, pues, a realizar una prestación a favor de un tercero (beneficiario), designado éste último por el estipulante.

• Almudena Carrión Vidal
Profesora-Tutora UNED de Derecho Civil. Doctora en Derecho por la Universidad de Valencia. Correo electrónico: almudenacarrionvidal@hotmail.com

Es posible así, por ejemplo, pactar una compraventa en favor de un tercero: Tizio vende un bien a Caio; Caio se obliga frente al vendedor (Tizio) a pagar el precio, pero se obliga a pagarlo no a Tizio, sino a Sempronio, que no es parte del contrato, sino el tercero a favor del cual Tizio ha contratado.

Típico es el caso del seguro sobre la propia vida a favor de un tercero: el asegurado contrata con la aseguradora y se obliga a pagar a ésta la prima del seguro; pero a la muerte del asegurado el asegurador pagará un capital o una renta al tercero designado por el asegurado (generalmente, el cónyuge o los hijos).

El contrato puede tener, generalmente lo tendrá carácter oneroso, como lo tienen los dos supuestos antedichos, pero puede también tenerlo gratuito (así, cuando el estipulante hace una donación al promitente, y asumiendo éste la obligación de pagar las deudas contraídas por el donante, antes de la donación, con el tercero).

En cuanto a la capacidad, los contratantes han de tener capacidad para contratar y la que en particular requiera el tipo de contrato que se celebre. El tercero (beneficiario), no siendo parte en el contrato, sólo precisará de capacidad jurídica para adquirir derechos.

A diferencia de lo que ocurre en el contrato por persona a designar, en la figura en estudio no se precisa la aceptación del tercero: éste adquiere el derecho frente al promitente por efecto o consecuencia de la estipulación a su favor.

La aceptación del tercero no es requisito de perfección del contrato. A partir del momento de la perfección, el contrato es eficaz; siquiera cabrá distinguir entre eficacia inicial y final del contrato.

La eficacia inicial se concreta en que, desde la perfección del contrato, el promitente queda obligado a realizar la prestación, y existe ya el derecho a favor del tercero, quien podrá exigir su cumplimiento, siempre que la estipulación no haya sido revocada.

Puesto que el derecho atribuido al tercero existe con independencia de su aceptación, si éste muriese sin aceptar el derecho a su favor se transmitirá a sus herederos.

La eficacia final del contrato se produce con la aceptación del tercero beneficiario.

La aceptación a que se hace referencia es una declaración de voluntad recepticia, que habrá de comunicarse al promitente (obligado), siendo lógico se comunique asimismo al estipulante a fin de evitar que la atribución del derecho sea revocada.

Ciertamente es posible que el tercero declare que no quiere aprovecharse de la estipulación a su favor; es posible asimismo que el estipulante revoque la estipulación a favor del tercero (pero sólo hasta que éste no haya declarado que quiere beneficiarse de ella.

La prestación, en estos casos, quedará a beneficio del estipulante, salvo que las partes hayan dispuesto otra cosa, o que la naturaleza del contrato no lo permita.

La estipulación en favor de un tercero será válida, tal como declara expresamente el artículo que se comenta, cuando el estipulante tenga un interés lícito en hacerlo.

Es fácil comprender la razón de una tal exigencia del legislador, con sólo considerar que todo contrato debe tener una causa, es decir, una justificación económico-social de la autonomía contractual.

Es preciso, pues, que el estipulante tenga un interés propio en procurar un beneficio al tercero; este interés propio del estipulante puede ser de naturaleza patrimonial y derivar del hecho de que entre el estipulante y el tercero preexista una relación interna (denominada relación de provisión) y en virtud de la cual el estipulante sea deudor del tercero.

Así, en el ejemplo al que se ha hecho referencia anteriormente, de la compraventa con pago del precio a favor de un tercero; si el estipulante es deudor del tercero, en base a un contrato preexistente, aquél podrá tener interés en extinguir, y estipulando a favor de su acreedor, consigue el resultado de que su deudor pague a su acreedor (esta nueva relación entre estipulante y tercero recibe la denominación de relación de valuta).

2. La exigencia de un interés lícito en el estipulante.

El artículo CC boliviano que se comenta, al igual que su correspondiente del CC italiano (art. 1411. 1), exigen que el estipulante tenga interés. Sólo en tal caso, será válida esa estipulación a favor del tercero.

El CC boliviano habla de interés lícito, exigencia ésta que asimismo hay que suponer coincidente con la del CC italiano, y que conlleva de suyo la exigencia de que ese interés no contradiga leyes imperativas o prohibitivas, la moral o el orden público del ordenamiento de que se trate.

Como se ha dicho, la falta de ese interés en el estipulante hace nula la estipulación en favor del tercero; así en el ejemplo anterior, si se probase que el contrato preexistente entre estipulante y tercero, y en base al cual el primero se

consideraba deudor del segundo, era nulo, y que el débito por tanto no llegó a surgir; la consecuencia será que la nulidad de este contrato preexistente hará nula asimismo la posterior estipulación a favor del tercero.

Ésta carecerá de causa, es decir, carece de justificación el acto de disposición a favor de otro: en definitiva, la nulidad de la llamada relación de provisión repercute así sobre la llamada relación de valuta, haciéndola nula.

3. Actuación del estipulante en nombre propio.

La norma del CC boliviano no se limita a exigir la existencia de un interés lícito en el estipulante, sino además que éste actúe en nombre propio.

La actuación en nombre propio del estipulante excluye desde luego la posibilidad de que aquél actúe por representación, al menos por representación directa (la representación propiamente tal) en la que el representante actúa en nombre de otro y los efectos jurídicos se producen directamente en cabeza del representado.

Ciertamente, como se ha dicho, la actuación en nombre propio no se ofrece excluyente del juego, en su caso, de la llamada representación indirecta, en la que el representante actúa en su propio nombre, produciéndose para él, es decir, en su propia esfera jurídica, los efectos de su actuación; siquiera esos efectos hayan de ser trasladados al representado en un momento posterior.

Con todo, aunque en el plano jurídico la actuación en nombre propio no quepa considerarla equivalente a que el interés lícito que asimismo exige el precepto sea asimismo propio del estipulante, quizá para el legislador boliviano esa exigencia de actuación en nombre propio venga a identificarse, en definitiva, con la de que ese interés lícito sea también propio del estipulante.

El art que se comenta no cabría así relacionarlo o ponerlo en conexión con la temática de la representación y las modalidades de ésta última, sino con la exigencia de que, junto a la exigencia de la licitud del interés, se precise asimismo la de que ese interés lícito sea también propio del estipulante.

4. El interés del estipulante no ha de ser necesariamente de naturaleza patrimonial.

Aunque generalmente, o al menos en la gran mayoría de casos, el interés (lícito) del estipulante lo será de carácter patrimonial, no necesariamente deberá serlo de esta naturaleza, y presuponer en consecuencia una preexistente relación de provisión entre estipulante y tercero: quien estipula un seguro sobre la propia

vida a favor del cónyuge o de los hijos, tiene ciertamente un determinado interés (el de procurar a sus familiares un capital o una renta para cuando no pueda proveer a las necesidades de aquellos); pero éste interés se fundamenta sobre las relaciones afectivas que le ligan a su propia familia, y que obviamente no tienen naturaleza patrimonial.

Pero incluso en este caso, el acto dispositivo tiene una causa, que es (como en la donación) el espíritu de liberalidad. Pero en la hipótesis de que el matrimonio fuere declarado nulo, caería ese seguro sobre la propia vida a favor del que nunca fue cónyuge.

II. EFECTOS Y REVOCABILIDAD.

A tenor del art. 527 CC: "I. El tercero adquiere, en virtud de lo estipulado e independientemente de que acepte o no, derecho a la prestación, contra el obligado a prestarla, excepto pacto en contrario. II. El estipulante tiene, asimismo, el derecho de exigir al promitente el cumplimiento, salvo lo estipulado. Pero podrá el estipulante revocar o modificar la estipulación antes que el tercero haya declarado, expresa o tácitamente, que quiere aprovecharla".

1. Referencia a la discusión doctrinal.

Una de las cuestiones debatidas en la doctrina respecto de la figura del contrato a favor de terceros, y de carácter nuclear en el tratamiento de aquella, es la relativa a la función que desempeña en ella la aceptación del tercero, y si el derecho que se le atribuye en el contrato existe desde que el contrato se perfecciona o sólo desde el momento en que la aceptación se notifica.

Es claro que la aceptación del tercero no es requisito de perfección del contrato. Esta es la posición que adopta el legislador del CC boliviano.

En consecuencia, a partir del momento de la perfección el contrato es eficaz, aunque aquí habrá de aplicarse la distinción a que se hizo referencia anteriormente entre eficacia inicial, de un lado, y eficacia final del contrato, de otro.

2. Eficacia inicial y eficacia final del contrato a favor de terceros.

La eficacia inicial se concreta en que, desde la perfección del contrato, el promitente queda obligado a realizar la prestación, y desde ese mismo momento cabe entender que existe el derecho a favor del tercero, el cual podrá exigir su cumplimiento, siempre que la estipulación no haya sido revocada.

Si se parte, como necesariamente ha de partirse, tal y como establece el art que se comenta, de que el derecho atribuido al tercero existe con independencia

de su aceptación, si aquél muriese sin aceptar parece claro que el derecho atribuido a su favor se transmitirá a sus herederos.

Y a su vez, esta transmisión parece dogmáticamente defendible puesto que la declaración del tercero de querer aprovechar la estipulación operaría a modo de evento condicionante únicamente respecto de la llamada eficacia final del contrato, pero no respecto de la llamada eficacia inicial del mismo.

En consecuencia, el fallecimiento del tercero con anterioridad al cumplimiento del evento condicionante no impediría la transmisión a sus herederos de un derecho ya adquirido por él y contenido en la masa patrimonial deferida a sus herederos.

La eficacia final del contrato se produce con la aceptación del tercero beneficiario.

3. La aceptación del beneficiario.

La aceptación del tercero beneficiario, necesaria como se ha dicho, en orden a la eficacia final del contrato es una declaración de voluntad, y más concretamente perteneciente al marco de las llamadas declaraciones de voluntad recepticias, en cuanto dirigida a otra u otras personas.

Aunque el art que se comenta no hace referencia a quién o a quienes habrá de dirigirse esa declaración de voluntad del tercero beneficiario, parece lógico entender que tal declaración deberá dirigirse al promitente (obligado). Así lo dispone el art. 1257, párrafo segundo, CC español. Y lógico parece asimismo se dirija también al estipulante, a fin de evitar que la atribución del derecho sea revocada.

Los llamados efectos finales del contrato no se producirán en el caso de que la estipulación fuere revocada.

4. La existencia de pacto en contrario.

El párrafo primero del art. que se comenta permite la posibilidad de que por pacto en contrario la adquisición del derecho por el tercero beneficiario se haga depender, en su caso, de la aceptación de éste.

Tratándose de una materia en la que prima, como principio general, el de la autonomía privada de los particulares, nada hay que objetar a que las partes, en uso de esa autonomía, establezcan que la adquisición del derecho por parte del tercero beneficiario no se produzca por la perfección del contrato, sino que se subordine a la aceptación del tercero beneficiario.

5. El poder de revocar.

El legislador boliviano atribuye exclusivamente el poder de revocar o modificar la estipulación al estipulante (art. 527. II CC boliviano). Ninguna duda cabe en cuanto a que, en línea de principio, esta es la regla general, pero nada impediría pactar, al amparo de ese mismo principio de autonomía privada, que la revocación se haga conjuntamente por estipulante y promitente.

6. Revocación por parte del estipulante.

Si la revocación corresponde al estipulante, deberá ser notificada al tercero beneficiario.

¿Cuáles son las consecuencias de esa revocación? El legislador boliviano parte del presupuesto de que la adquisición del tercero se produce en virtud de lo estipulado e independientemente de que acepte o no.

Se trata por tanto de una adquisición que ha ingresado ya en el patrimonio del tercero beneficiario. Ésta es desde luego la posición del legislador boliviano, para el cual la revocación será efectiva siempre que se produzca con anterioridad al momento en el que el tercero haya declarado, expresa o tácitamente, que quiere aprovecharla (la estipulación, se entiende).

Se trata así la adquisición del tercero de una adquisición ya existente, pero de carácter no definitivo o claudicante, por cuanto no será firme o definitiva hasta que se produzca la aceptación; aceptación que (según el tenor literal del art que se comenta), es una declaración de voluntad del tercero beneficiario de querer aprovechar la estipulación.

Por tanto, producida la revocación antes de la declaración de voluntad del tercero de querer aprovechar la estipulación, el efecto revocatorio será el de hacer salir del patrimonio del tercero beneficiario esa adquisición de carácter no definitivo o claudicante, producida en el momento de la perfección del contrato entre estipulante y promitente.

El juego entonces de la declaración del tercero de querer aprovechar la estipulación parece se asimila al propio de las condiciones suspensivas: acontecimiento incierto, y consiguientemente futuro, de que un negocio surta los efectos que le son propios, siquiera en el caso la eficacia de la condición sólo cabría referirla a los efectos propios de la que se ha denominado eficacia final del contrato.

La notificación de la revocación por el estipulante al tercero no excluye desde luego que aquélla deba hacerse asimismo al promitente, a fin de que éste pueda rechazar la exigibilidad de la estipulación.

7. Relación entre estipulante y promitente; entre estipulante y tercero beneficiario; entre promitente y tercero.

La relación entre estipulante y promitente, llamada de cobertura, es la que surge en virtud del contrato a favor de terceros. En ella cada uno de los contratantes puede exigir del otro las prestaciones que constituyen el objeto de las obligaciones asumidas por cada uno de ellos. A esta relación se refiere expresamente el art que se comenta, al afirmar en el II de sus apartados que, el estipulante tiene, asimismo, el derecho a exigir al promitente el cumplimiento, salvo lo estipulado.

La eficacia de esta relación es distinta según se haya producido o no la aceptación del tercero. Antes de que el tercero haya declarado, expresa o tácitamente, que quiere aprovecharla (la estipulación), estipulante y promitente podrán, de común acuerdo, dejar sin efecto el contrato o resolverlo por incumplimiento.

El art. 527.II atribuye al estipulante la facultad "de revocar o modificar la estipulación"; hay que entender pues que, tratándose de la revocación no precisa el estipulante del acuerdo del promitente, puesto que libera a éste del cumplimiento de la prestación pactada a favor del tercero; por contra, tratándose de la modificación de la estipulación, el acuerdo del promitente será necesario desde luego cuando esa modificación conlleve alteración en más, o agrave de cualquier modo, lo inicialmente pactado.

Como se dijo anteriormente, esa posibilidad de revocación o modificación de la estipulación por parte del estipulante habrá de producirse en todo caso con anterioridad a la declaración expresa o tácita del tercero de querer aprovechar la estipulación.

La relación entre el estipulante y el tercero, denominada de valuta, puede responder a diferentes causas. Al contratar a favor del tercero, la causa puede consistir en una atribución patrimonial gratuita del estipulante al tercero (causa donandi), en el cumplimiento de una obligación del estipulante frente al tercero (causa solvendi) o en la prestación al tercero de una atribución patrimonial onerosa, como en el caso de que la cantidad de que la estipulante entrega al promitente deba ser restituida por el tercero al estipulante (causa credendi).

La relación entre promitente y tercero. Esta relación se deriva del contrato a favor de terceros, y en cuya virtud el tercero beneficiario adquiere un derecho

frente al promitente, siquiera con las características a que se ha hecho referencia anteriormente.

A la reclamación del derecho por el tercero, o mejor, y según el tenor literal del CC boliviano, a la declaración por éste de que quiere aprovecharla (la estipulación), el promitente podrá oponer las excepciones derivadas del contrato entre estipulante y promitente, pero no las que procedan de una relación contractual distinta.

III. DESTINO DE LA PRESTACIÓN EN CASO DE REVOCACIÓN.

A tenor del art. 528 CC, "En caso de revocarse la estipulación hecha en favor de terceros o de negarse éste a aprovecharla, quedará la prestación en beneficio del estipulante, si no resulta otra cosa del convenio o de la naturaleza del contrato".

1. El art. 528 CC boliviano.

El precepto es transcripción literal del art. 1411, apartado tercero, del CC italiano, y trata de dar solución al problema debatido en la doctrina acerca del destino de la prestación a la que el promitente estaba obligado en caso de revocarse la estipulación, o de negarse el tercero a aprovecharla.

2. Supuestos contemplados.

Dos son los supuestos contemplados, el de revocación de la estipulación y el de la negativa del tercero beneficiario a aprovecharla.

El primero se proyecta sobre la llamada eficacia inicial del contrato; el segundo incide sobre la denominada eficacia final del mismo.

3. Alcance de la revocación.

De conformidad con lo que establece el apartado 1 del art. 527, el tercero adquiere, en virtud de lo estipulado, e independientemente de que acepte o no, derecho a la prestación. Ante una afirmación tan categórica, urge preguntarse cuál sea exactamente el alcance de la revocación si ésta se produce.

Que el tercero es titular de un derecho subjetivo desde el momento de la perfección del contrato es innegable, si bien sujeto en cuanto a su efectividad a un acontecimiento incierto y, por tanto, futuro, como lo es la revocación por el estipulante con anterioridad a la aceptación del tercero. El tercero no es titular de una mera expectativa jurídica, sino de un derecho subjetivo. El mecanismo entonces a tener en cuenta no parece pueda ser otro sino el propio de las

condiciones suspensivas, siquiera el evento condicionante no afectaría aquí al derecho en sí sino a su efectividad.

Si la revocación se produce no tendrá lugar la llamada eficacia final del contrato, pero la revocación carece de incidencia sobre la llamada eficacia inicial, puesto que desde la perfección del contrato el promitente quedó obligado a la realización de la prestación. La revocación no elimina lo anterior. El derecho del beneficiario existió, aunque sujeto a un evento incierto que, de producirse, impedirá la consolidación y efectividad del derecho del tercero.

4. La negativa del tercero beneficiario a aprovechar la estipulación.

Dicha negativa incide sobre la llamada eficacia final del contrato. La aceptación del tercero, o si se prefiere, la declaración de voluntad de éste de querer aprovechar la estipulación es una conditio iuris para la efectividad y consolidación del derecho adquirido por el tercero desde el momento en que el contrato se perfeccionó, y que viene exigida a su vez por aplicación del elemental principio jurídico según el cual la adquisición de derechos exige voluntad de adquirirlos por parte de quien vaya a ser titular de los mismos.

5. La admisibilidad del pacto en contrario.

Tratándose de una materia sujeta al principio de autonomía privada, nada impide desde luego que las partes contratantes pacten en su caso que el nacimiento mismo del derecho a favor del tercero se haga depender de la aceptación de éste. En tal caso, no cabría entender exista derecho alguno a su favor en tanto no se haya producido la aceptación. La perfección del contrato entre estipulante y promitente no generaría en tal caso sino una simple expectativa jurídica, que se traducirá en derecho subjetivo efectivo y consolidado cuando la aceptación se produzca.

6. Quedará la prestación en beneficio del estipulante.

La regla del CC boliviano admite la posibilidad de que el quedar la prestación en beneficio del estipulante venga excluida porque resulte otra cosa del convenio o de la naturaleza del contrato.

Probablemente la solución deba venir determinada por el carácter oneroso o gratuito del contrato a favor de tercero. Si, por ejemplo, el estipulante crea a favor del tercero beneficiario un derecho de renta vitalicia, entregando el promitente un capital en bienes muebles o inmuebles, la revocación del derecho atribuido al tercero o la renuncia de éste a aprovechar la estipulación determinará que sea el estipulante el destinatario de la prestación convenida.

Si, diversamente, el contrato a favor de tercero se otorgare a título gratuito, como, por ejemplo, haciendo una donación al promitente y asumiendo éste la obligación de realizar una prestación al tercero, la revocación del derecho a favor del tercero o la renuncia de éste al beneficio no excluye la atribución patrimonial a título gratuito hecha al promitente. Salvo que en la donación del estipulante al promitente la atribución del derecho al tercero se hubiese configurado como condición de la donación.

IV. REVOCABILIDAD EN CASO DE PRESTACIÓN POSTERIOR A LA MUERTE DEL ESTIPULANTE.

A tenor del art. 529 CC, "El estipulante puede revocar o modificar la estipulación, aún si el tercero hubiera declarado que quiere aprovecharla, siempre que la prestación deba cumplirse después de la muerte del primero, salva renuncia expresa a la facultad de revocación".

1. Naturaleza de la estipulación cuando la prestación deba cumplirse después de la muerte del estipulante.

La norma del CC boliviano es idéntica a la contenida en el art. 1412 CC italiano, siquiera ésta última presente mayor extensión y haga referencia a aspectos omitidos en aquella.

Se trata de una excepción a la regla general examinada con anterioridad, y según la cual no cabe la revocación o modificación de la estipulación por el estipulante con posterioridad al momento en el que el tercero haya declarado, expresa o tácitamente, que quiere aprovecharla (art. 527. II CC boliviano).

La excepción parece haya que atribuirla, en una primera e inexacta aproximación, a la naturaleza misma que para el legislador boliviano presenta la estipulación, cuando la prestación que constituye su contenido deba cumplirse después de la muerte del estipulante, lo que conduce a entender que una tal disposición participa de la naturaleza de las (disposiciones) de última voluntad y, consiguientemente, deba quedar sujetas a la revocabilidad propia de aquéllas salva renuncia expresa a la facultad de revocación.

2. La admisibilidad de la renuncia a la facultad de revocación pone de manifiesto que su naturaleza no es la propia de las disposiciones de última voluntad.

La revocabilidad es tan consustancial a las disposiciones de última voluntad, que la cláusula por la que el disponente excluya o limite la posibilidad de su revocación habrá de tenerse por no puesta. Consiguientemente, se impone concluir que no participa de la naturaleza de aquéllas.

3. Referencia al art. 1412 CC italiano.

En ambos Códigos Civiles, la posibilidad de revocar del estipulante es posible, aunque el tercero haya declarado querer aprovecharse de la estipulación. En ello reside precisamente la excepción a la regla general. La excepción no tiene a su vez más excepción que la circunstancia de que el estipulante haya renunciado expresamente al poder de revocar. Mientras el CC italiano se refiere a que esa renuncia se haya hecho constar por escrito, el CC boliviano parece presentar un menor grado de exigencia al respecto, al hablar únicamente de renuncia expresa. Con todo, en la práctica generalidad de los casos el carácter expreso de la renuncia se plasmará en un escrito de renuncia, sin que quepa excluir asimismo la posibilidad de una renuncia expresa hecha verbalmente ante testigos que, aun sin hacerse por escrito, tendría también carácter de expresa.

Nada se opone a que esa revocación de la estipulación se contenga en una disposición testamentaria, lo que admite expresamente el CC italiano, y tiene también cabida en el art. que se comenta.

En la doctrina científica española la posibilidad de revocar, incluso en testamento, cuando la prestación que constituye el contenido de la estipulación deba cumplirse después de la muerte del estipulante, es generalmente admitida, siendo asimismo opinión común la de que tal circunstancia no atribuye a aquella naturaleza de acto mortis causa.

4. La facultad de revocar del estipulante ¿se transmite a los herederos de este?

Es cuestión discutida si la facultad de revocar del estipulante (tanto si la prestación deba cumplirse en vida de éste o después de su muerte) se transmite a los herederos de éste. La posición negativa se fundamenta en la consideración de la facultad revocatoria como un derecho personalísimo, y en la consideración de que la muerte del estipulante sin haber revocado manifiesta la intención de otorgar definitivamente el derecho. Con todo, autorizada doctrina entiende que ambos argumentos distan de ser decisivos. Es muy dudoso que el derecho a revocar quepa considerarlo como personalísimo (ya que ninguna duda cabe en cuanto a la posibilidad de su ejercicio por representación, o por los acreedores mediante acción subrogatoria). De otra parte, la intención de hacer la adquisición definitiva resulta difícil deducirla del hecho puramente negativo de la no revocación.

Con todo, el ejercicio de esta facultad de revocar operará de distinto modo según que la prestación deba cumplirse en vida del estipulante, o tras su muerte, en cuanto que en el primer caso deberá ejercerse antes de la declaración de voluntad del tercero de querer aprovecharse de la estipulación; en tanto que en

el segundo la aceptación del tercero no es obstáculo al ejercicio de la facultad de revocar.

5. Premoriencia del tercero beneficiario respecto del estipulante.

El CC italiano establece en el segundo párrafo de su art. 1412 el derecho de los herederos del tercero beneficiario a exigir el cumplimiento de la prestación en el supuesto de premoriencia del tercero beneficiario respecto del estipulante, con tal que la prestación no haya sido revocada, o el estipulante no haya dispuesto diversamente.

La regla es una simple consecuencia de la consolidación del derecho y, consecuentemente, del ingreso de este en el patrimonio del tercero premuerto, deferido mortis causa (herencia). La prestación contenida de la estipulación forma así parte de la masa hereditaria, y deferida a los herederos del premuerto.

V. EXCEPCIONES OPONIBLES POR EL PROMITENTE.

A tenor del art. 530 CC, "Las excepciones derivadas del contrato son oponibles por el promitente aún contra el tercero".

1. ¿Qué excepciones puede oponer el promitente frente a la acción del tercero beneficiario?

Ninguna duda cabe de que podrá oponer las excepciones derivadas de la falta de validez del contrato (por ejemplo, nulidad por falta de causa, etc.) y que podrá asimismo oponer aquellas que deriven de las condiciones objetivas de exigibilidad del derecho del tercero beneficiario (por ejemplo, falta de vencimiento, prescripción, etc.)

2. Otras excepciones.

Debe entenderse asimismo que será posible oponer las excepciones derivadas de relaciones diversas, pero existentes entre promitente y tercero beneficiario (por ejemplo, compensación del crédito del tercero beneficiario con una deuda de él respecto del promitente, si se dieran los requisitos exigidos

3. Excepciones derivadas de la relación entre estipulante y promitente.

Mayor grado de dificultad presenta la respuesta acerca de si cabrá oponer las excepciones derivadas de la relación entre estipulante y promitente.

Esta cuestión se plantea singularmente respecto de la excepción de contrato no cumplido (en el caso de que el estipulante no hubiese cumplidos sus obligaciones

para con el promitente), y con la compensación de un crédito del promitente frente al estipulante.

En el marco de la doctrina española, la posición favorable a que puede el promitente rehusar la ejecución mediante la excepción de contrato no cumplido, se ha tratado de fundamentar en el argumento de que el derecho del tercero no es un derecho autónomo, sino dependiente y derivado, cuya causa se encuentra en el contrato entre estipulante y promitente.

Con todo, el parecer predominante es contrario a esta posibilidad, negando así al promitente frente al tercero beneficiario las excepciones que, en su caso, podría aquél oponer frente al estipulante.

4. La posición del CC boliviano.

La posición del legislador boliviano es la misma que la del legislador italiano: art. 1413 CC italiano, que viene redactado en los siguientes términos:

El promitente puede oponer al tercero las excepciones fundadas en el contrato del que el tercero deriva su derecho, pero no aquellas otras fundadas sobre otras relaciones entre promitente y estipulante.

El CC boliviano opta, pues, como premisa general para la resolución de la cuestión, por considerar el derecho del tercero como un derecho derivado del contrato entre estipulante y promitente; es decir, un derecho no autónomo o independiente. Consecuentemente, el promitente podrá oponer al tercero las excepciones derivadas de ese contrato, que cabría denominar contrato base, y fundamento mismo del derecho del tercero.

Las excepciones derivadas del contrato son oponibles aún contra el tercero.

El contrato al que el art se refiere no puede ser otro sino el celebrado entre estipulante y promitente, y en el que el tercero beneficiario no es parte. De ese contrato base deriva, no obstante, el derecho del tercero, que, al no ser un derecho autónomo o independiente, resulta afectado por las vicisitudes de la relación jurídica básica de la cual depende.

El empleo del término aún contra el tercero es claramente indicativo de que el juego de las excepciones que, en su caso, deriven de ese contrato base extienden su ámbito de oponibilidad también frente al tercero beneficiario.

LAS COMPLEJAS INTERRELACIONES EXIGIDAS POR LOS CONTRATOS EN LÍNEA. ABSTRACCIÓN, TRANSPARENCIA INFORMÁTICA Y TRANSPARENCIA JURÍDICA

COMPLEX RELATIONSHIPS REQUIRED BY ONLINE AGREEMENTS. ABSTRACTION, COMPUTING TRANSPARENCY AND LEGAL TRANSPARENCY

Rev. Boliv. de Derecho Nº 37, enero 2024, ISSN: 2070-8157, pp. 762-791

Carlos TUR
FAÚNDEZ

ARTÍCULO RECIBIDO: 5 de noviembre de 2023
ARTÍCULO APROBADO: 4 de diciembre de 2023

RESUMEN: La abstracción, es una técnica imprescindible, tanto para la creación normativa como para el desarrollo de aplicaciones informáticas destinadas a la contratación en línea. En dicho ámbito se crean relaciones jurídicas y tecnológicas muy complejas entre las partes y otros sujetos coadyuvantes. Consecuentemente, la generalización conceptual y la flexibilidad de las normas puede provocar incertidumbre jurídica de indeterminación de los sujetos responsables en determinados supuestos de incumplimiento.

PALABRAS CLAVE: Contratos en línea; aplicaciones informáticas; abstracción; transparencia; responsabilidad por hecho ajeno.

ABSTRACT: *Abstraction is an essential tool, both for the creation of rules and for the development of software applications aimed at the creation of online agreements. In this area, highly complex legal and technological relationships are created between the parties and other contributors. As a result, the conceptual generalization and flexibility of the rules can lead to legal uncertainty and a lack of clarity regarding who is liable in certain cases of non-compliance.*

KEY WORDS: *Online agreements; software applications; abstraction; transparency; third-party liability.*

SUMARIO.- I. PLANTEAMIENTO.– II. LA ABSTRACCIÓN.– III. TRANSPARENCIA INFORMÁTICA Y TRANSPARENCIA JURÍDICA.– 1. Transparencia informática.– 2. Transparencia jurídica.– IV. LA COMPLEJIDAD QUE SUBYACE A LOS CONTRATOS EN LÍNEA.– 1. Negocios jurídicos comunes a ambas partes.– 2. Negocios jurídicos específicamente exigidos al usuario del servicio.– 3. Negocios jurídicos específicamente exigidos al prestador del servicio.– 4. Otros negocios jurídicos ajenos a las partes, pero vinculados a la contratación en línea.- V. CONCLUSIÓN.

I. PLANTEAMIENTO.

Con carácter general, podemos afirmar que los contratos *online,* o en línea, se perfeccionan mediante el uso de aplicaciones informáticas. Tales aplicaciones están constituidas por un conjunto ordenado de archivos digitales (de software, de imagen, de sonido, etc.) cuya ejecución simultánea y relacional, permite al destinatario del servicio el conocimiento de la oferta contractual y la prestación del consentimiento. Dichos archivos se hallan alojados en un servidor controlado por el empresario titular del comercio electrónico.

La abstracción es un proceso cognitivo por virtud del cual se simplifica o se generaliza un concepto, idea, objeto o situación, eliminando detalles específicos o características secundarias para centrarse en las esenciales o más relevantes.

En el desarrollo de aplicaciones informáticas comporta simplificar y generalizar elementos de programación para facilitar su uso y comprensión. V.g., las funciones y clases, en programación, permiten agrupar y encapsular bloques de código que realizan tareas específicas, de manera que puedan ser reutilizados y modificados fácilmente sin afectar al resto del programa[1]. Además, la abstracción de datos permite representar y manipular información de manera más eficiente y coherente, independientemente de su representación física en la memoria del ordenador.

La abstracción en el Derecho es un proceso esencial para la creación, interpretación y aplicación de las normas jurídicas. Del mismo modo que en las ciencias de la computación, permite generalizar y simplificar conceptos legales,

1 En programación orientada a objetos, una clase es una categoría genérica. Así, por ejemplo, podemos definir, en un programa la clase Cliente, que tendrá, a su vez, una serie de atributos: nombre, apellidos, dirección, fecha de nacimiento, teléfono, mail, NIF, cuenta bancaria, etc. A su vez a dicha clase se le pueden añadir una serie de comportamientos o acciones posibles que recibirán el nombre de métodos. Un ejemplo sería una función en la que se felicitara el cumpleaños del cliente, por el sistema, remitiendo un email, el día correspondiente. No debe olvidarse que una clase, en tanto que es una categoría general, puede contar con múltiples objetos, cada uno de ellos con sus propios atributos. En este caso puede haber miles de clientes, cada uno con sus respectivos datos. Puede obtenerse información clara y detallada sobre la cuestión en Joyanes Aguilar, L.: *Fundamentos de programación. Algoritmos, estructura de datos y objetos*, Mc Grau Hill, Madrid, pp. 573 y ss.

• Carlos Tur Faúndez
Doctor en Derecho y Profesor Asociado de Derecho Procesal en la Universidad de las Islas Baleares.

facilitando la comprensión y adaptación de la norma jurídica a una variedad de situaciones y contextos. De otra parte, la categorización y clasificación de conceptos legales, facilita la aplicación del Derecho al caso concreto.

En ciencias de la computación se recurre a una noción de transparencia, muy próxima al concepto de abstracción, que se aparta de los cánones clásicos entendidos por los juristas. La voluntad de alcanzar la máxima transparencia exige que la construcción de las aplicaciones se efectúe mediante la implementación de módulos (librerías o bibliotecas) estandarizados cuya funcionalidad es conocida y generalmente aprobada por la comunidad, por lo que no se analiza ni cuestiona su contenido. La transparencia entendida como invisibilidad de aquello cuyo conocimiento resulta innecesario para el usuario no es exclusiva de la esfera informática, sino que goza de amplia presencia en la contratación online, donde, a menudo, las relaciones jurídicas, se sintetizan, dejando a un lado elementos que, si bien no forman parte del acuerdo de voluntades principal, resultan imprescindibles para que este pueda hacerse efectivo.

En el presente trabajo, tratamos de poner de relieve, la multiplicidad de los negocios jurídicos que concurren en la contratación online para coadyuvar a la celebración del contrato principal. Como es natural, todos ellos, por ser de carácter oneroso, generan un incremento de costes que acaba siendo repercutido en el precio final del producto o servicio adquirido por el usuario.

A mayor abundamiento, el incumplimiento o, en su caso, el cumplimiento defectuoso, de las prestaciones obligacionales del contrato en línea, pueden traer causa del previo incumplimiento de otros negocios jurídicos que, en una suerte de *reacción en cadena*, condicionan la viabilidad de este. Es imprescindible, identificar todos los e*slabones de la cadena,* puesto que, de lo contrario, resultará, de todo punto, imposible, determinar, en qué medida puede, el deudor justificar la concurrencia de un supuesto de prestación imposible ocaso fortuito, como causa de exoneración de su incumplimiento y, en su caso, de su obligación de indemnizar los daños y perjuicios irrogados.

2. LA ABSTRACCIÓN.

"De estos argumentos se concluye que, cada realidad singular y su esencia son una y la misma cosa, y no accidentalmente, y que conocer una realidad singular no es sino conocer su esencia, de modo que incluso por inducción (se muestra) que ambas son una misma cosa". (Aristóteles[2])

2 Aristóteles: *Metafísica* (traducción de Tomás Calvo Martínez), Editorial Gredos, Madrid, Primera Edición, 335-322 a.C, pp. 297 y ss.

Fue Aristóteles quien, entre los años 335 y 322 a.C, puso, por primera vez, de manifiesto que, el medio para alcanzar el conocimiento de las cosas es la abstracción[3]. Según Aristóteles, la abstracción consiste en disociar la forma (o esencia) de la materia, en una sustancia dada. De este modo se formulan los conceptos inherentes a cada una de las cosas.

La abstracción, resulta absolutamente necesaria para el conocimiento científico en tanto que, si cada supuesto se percibe como una singularidad, sin establecer identidades generales, resulta imposible establecer postulados generales por lo que la ciencia se debe limitar a una exposición descriptiva de múltiples experiencias empíricas.

El Derecho, como ciencia orientada a la resolución de conflictos sociales, se nutre de la experiencia, obtenida por los seres humanos, en la búsqueda de fórmulas que permitan garantizar la convivencia y la paz social. Esas múltiples experiencias, a través de la abstracción, se reducen, en las normas jurídicas, a categorías generales. Tal abstracción, supone la desvinculación del supuesto fáctico previsto en la norma jurídica respecto de toda situación real, ya que tal supuesto debe observar una situación actual o futura, pero, siempre hipotética que, en el caso de que se produzca, generará la consecuencia jurídica prevista en la ley.

En el ámbito de las ciencias de la computación, la abstracción[4] resulta imprescindible para comprender y administrar sistemas complejos en los que se han implementado multitud de datos, y relaciones. Atendida la extrema complejidad de los programas actuales, y la pluralidad de lenguajes de programación que pueden ser utilizados, se ha producido una clara tendencia orientada a un uso creciente de la abstracción. Cuando se requiere un programa cuya finalidad es resolver un problema muy simple, es plausible que, un solo archivo (sin importación de librerías) nos proporcione una solución estructurada en un único componente. Si el problema es de mayor envergadura (y por ende se requieren, v.g. miles o cientos de miles de líneas de código fuente), el desarrollador, ante la imposibilidad de manejar con soltura una cantidad de datos tan ingente, va a necesitar acudir a la descomposición, en partes independientes, pero que pueden interactuar entre ellas. Estas partes independientes, reciben el nombre de módulos. La metodología modular, está basada en la abstracción, facilita el desarrollo de las aplicaciones, su modificación y mantenimiento e incrementa la calidad del software obtenido.

3 Aristóteles utiliza el término griego clásico ἀφαίρεσις *(aphaeresis),* con el significado de *quitar, llevarse*. De dicho vocablo griego deriva la palabra española *aféresis* que conserva el mismo significado.

4 Garrido, a. "Abstracción en programación". p. 2. URL: https://ccia.ugr.es/~jfv/abstraccion.pdf .
"La abstracción permite estudiar complejos sistemas usando un método jerárquico en sucesivos niveles de detalle. Así, un sistema se puede descomponer en distintos módulos. Dado que nuestra intención es manejar, en un instante, el menor número de características, cada módulo deberá exportar la menor cantidad de información siempre que, con ello, permita, al resto de los módulos, realizar su labor de forma sencilla y correcta".

En aplicaciones de tamaño mediano o grande, la descomposición modular es imprescindible para la participación de diversos profesionales en módulos diferentes in interferir en la labor de otros, por lo que se multiplica la capacidad de crecimiento de la aplicación.

Sin embargo, el recurso a la abstracción no siempre genera resultados óptimos, en tanto que, el tránsito de los específico a lo general o, desde la perspectiva jurídica, de la multiplicidad casuística a la singularidad de la norma, requiere un conocimiento exhaustivo de los supuestos posibles.

Si recurrimos a la lógica aristotélica, podemos afirmar que, es imprescindible conocer, a través de los sentidos, la singularidad de las cosas, si quiere determinarse, con exactitud su esencia.[5] La esencia o entidad de las cosas, de los problemas o de los supuestos fácticos determinada mediante la abstracción, debe partir de una correcta percepción de la multiplicidad pues en caso contrario, en la esfera jurídica puede provocar que, el legislador cree normas erróneas que no se ajustan a los supuestos facticos reales o, en su caso, normas insuficientes en tanto que no regulan la multiplicidad de supuestos fácticos existentes.

En uno y otro caso, los sujetos jurídicos, en general y, los juristas, en particular, van a colisionar con el muro de la incertidumbre y, en el mejor de los casos, con la necesidad de acudir al recurso de la interpretación que, puede llevarse a efecto con mayor o menor acierto. Sólo la jurisprudencia y, en su caso, la doctrina científica, podrán remediar, mediante interpretación jurídica, los vacíos que el proceso de abstracción ha generado en la norma. No obstante, lo anterior, es imprescindible que, en la voluntad del legislador, esté presente, *ab initio,* el firme propósito de conocer, en la mayor proporción posible, la multiplicidad de supuestos fácticos existentes a fin de que, el proceso abstractivo, genere normas jurídicas eficaces.

En la esfera de las ciencias de la computación, el desarrollo de módulos o librerías que no contemplan la generalidad de los problemas a resolver va a generar, sin duda, problemas, a los nuevos desarrolladores, que deberán formular ingentes cantidades de código para solucionar el supuesto práctico que se les plantee. Ello obviamente puede provocar errores en la ejecución del software, hasta que su funcionamiento no haya sido debidamente examinado y aprobado por la comunidad científica.

Como se ha indicado *ut supra*[6], el legislador, se nutre de la experiencia humana y extrae, tras la observación de la casuística, un supuesto fáctico genérico al que anuda unas determinadas consecuencias jurídicas. Al establecer el marco

5 Vid. Aristóteles: *Metafísica,* cit., pp. 294 y ss. Aristóteles hace uso del término griego οὐσία, ousía, para aludir a la esencia de las cosas.

6 Vid. II LA ABSTRACCIÓN.

regulatorio de las nuevas tecnologías, la observación de las técnicas utilizadas o utilizables, debe ser exhaustiva y no limitarse a aquellas de las que, comúnmente, se valen los prestadores de servicios de la sociedad de la información, para la creación de aplicaciones destinadas a la contratación en línea y ello por cuanto, normalmente, las tecnologías y mecánicas empleadas, serán aquellas que mejor se adapten a los intereses del empresario que controla la aplicación y, por consiguiente, a la obtención de beneficios.

Por otra parte, el legislador, no puede, cobijarse bajo una pretendida equivalencia funcional *y* presuponer que, una norma que incluye un supuesto fáctico, vago o impreciso, es una norma flexible, con amplio alcance y, por ende, preparada para el futuro. Como bien sabemos, el futuro es incierto y en el campo de las nuevas tecnologías, ignoto a muy corto plazo. No puede regularse, jurídicamente, aquello que, simplemente, se desconoce.

Veamos un ejemplo de indeterminación normativa. El artículo 60 del TRLGDCU, regula la información que, el empresario debe proporcionar al consumidor, con carácter previo a la celebración de los contratos, sean estos *online,* o no lo sean. Por virtud de lo dispuesto en el art. 82.6 del Real Decreto-ley 24/2021, de 2 de noviembre. Ref. BOE-A-2021-17910 que entró en vigor el pasado 28 de mayo de 2022, se modificó la letra i) del apartado 2, quedando redactada como sigue:

"Serán relevantes las obligaciones de información sobre los bienes o servicios establecidas en esta norma y cualesquiera otras que resulten de aplicación y, además:

…i) La funcionalidad de los bienes con elementos digitales, el contenido y los servicios digitales, incluidas las medidas técnicas de protección aplicables, como son, entre otras, la protección a través de la gestión de los derechos digitales o la codificación regional".

En primer lugar, debemos comprender, a qué se refiere el legislador, cuando alude a la *funcionalidad*. La definición del concepto, la hallamos en el precedente artículo 59 bis, que también ha sido modificado tras la entrada en vigor del, ya invocado, Real Decreto-ley 24/2021, de 2 de noviembre:

"l) "Funcionalidad": la capacidad de los contenidos o servicios digitales de realizar sus funciones teniendo en cuenta su finalidad."

De la lectura conjunta de ambos preceptos, alcanzamos la conclusión de que, a propósito de los contenidos digitales (que según la definición que nos proporciona la letra d) del artículo 59 bis TRLGDCU, son *los datos producidos y suministrados en formato digital*), "es relevante que se informe al consumidor de la capacidad de los

datos digitales, que se le proporcionan, de servir para cumplir las funciones que le son propias."

Pues bien, como ya se ha expuesto, todos los archivos, sin excepción posible, que se ponen a disposición, de un usuario, a través de redes de información o sistemas de almacenamiento electrónicos, son subsumibles en la categoría de contenidos digitales y, todos ellos, cumplen una determinada finalidad que, en algunas ocasiones se limita a hacer posible la ejecutabilidad de un determinado programa informático. En ocasiones, un programa informático, es un archivo en el que, a su vez, se importan otros archivos o librerías (ese es precisamente el supuesto que concurre en el bloque de código de la *figura 1* y al que se aludirá específicamente) que, a su vez, se hallan compuestos por miles de líneas de código fuente.

Nos formulamos, entonces, la siguiente pregunta: ¿Debe, un prestador de servicios que proporciona contenidos digitales, entre los que se encuentra un determinado software que importa el módulo mencionado, explicar, detalladamente, la finalidad de los miles de líneas de código fuente que, de algún modo, pone a disposición del usuario final? Si la explicación no debe ser exhaustiva, sino general ¿dónde se halla el límite? ¿Cuándo puede considerarse que, el prestador de servicio está dando cumplimiento a las exigencias del TRLGDCU?

En el caso que nos ocupa, la imprecisión de la norma trae causa del desconocimiento o falta de información sobre la tecnología subyacente. El legislador, con tal actitud, va a generar una gran incertidumbre que sólo podrá ser reparada, mediante la modificación de la norma o mediante la futura labor interpretativa de los órganos jurisdiccionales. Ahora bien, en el ejemplo propuesto, las normas referidas (artículo 59 bis y 60 apartado 2, letra i) del TRLGDCU) nacieron como consecuencia de la transposición de los artículos 2 y ss. de la Directiva (UE) 2019/770 de 20 de mayo de 2019 relativa a determinados aspectos de los contratos de suministro de contenidos y servicios digitales, por consiguiente, la interpretación, última, de las mismas, no incumbe a los órganos jurisdiccionales españoles, sino al Tribunal de Justicia de la Unión Europea, fundamentalmente, a través de la cuestión prejudicial de interpretación regulada en el artículo 267 del Tratado Fundacional de la Unión Europea. Las funciones del TJUE, se definen en el artículo 19, apartado 3, del Tratado de la Unión Europea.[7]

7 "El Tribunal de Justicia de la Unión Europea se pronunciará, de conformidad con los Tratados:
a) sobre los recursos interpuestos por un Estado miembro, por una institución o por personas físicas o jurídicas;
b) con carácter prejudicial, a petición de los órganos jurisdiccionales nacionales, sobre la interpretación del Derecho de la Unión o sobre la validez de los actos adoptados por las instituciones;
c) en los demás casos previstos por los Tratados."

Así pues, al hallarse la imprecisión en la propia norma comunitaria, será el TJUE, quien deberá adoptar la condición de *segundo legislador,* al objeto de enmendar los errores padecidos por el redactor de la norma. No está de más recordar que, el TJUE, al definir, con carácter vinculante, la interpretación que debe ser conferida a una norma europea, está desarrollando, una actividad, que afecta al Orden Público de todos los ciudadanos europeos. Se trata, en este caso, de creación del Derecho y no de simple interpretación orientativa. Por otra parte, no cabe esperar que, ni los Abogados Generales ni los miembros del Tribunal tengan amplios conocimientos en materia de ciencias de la computación o en otras tecnologías específicas. Comoquiera que la interpretación, de una norma, en la que se regula la información sobre los contenidos digitales (como la del ejemplo que nos ocupa)[8] requiere un conocimiento exhaustivo del alcance y dimensión que pueden ostentar dichos datos, es de esperar que, el Tribunal, sin perjuicio de las que proporcionen, quienes sean parte del proceso o estén autorizados a formular observaciones en el mismo[9], recabe cuantos medios sean necesarios para poder disponer de información

III. TRASPARENCIA INFORMÁTICA Y TRASPARENCIA JURÍDICA.

La transparencia es una cualidad atribuible, a objetos, arquitecturas, ideas, conductas, etc. que puede ser observada desde una doble perspectiva, de modo que, es transparente, tanto aquello que permite ver a través de sí mismo, como aquello que es claro y evidente y se comprende sin duda ni ambigüedad. Si analizamos ambas definiciones, con cierto detenimiento, llegaremos, necesariamente, a la conclusión de que se observa cierta contradicción entre ambas por cuanto, dicho de otro modo:

- Es transparente, aquello que no se ve. (dado que, por su propia naturaleza es atravesado, sin obstáculos por la luz)

- Es transparente, también, aquello que muestra sus detalles, con claridad y precisión.

8 O cualquier otra norma que regule cuestiones relacionadas con las nuevas tecnologías.

9 El artículo 96 del Reglamento del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, prevé la posibilidad de que en los procedimientos basados en cuestiones prejudiciales puedan participar, además de las partes del litigio principal:
- Los Estados miembros;
- La Comisión Europea;
- La institución que haya adoptado el acto cuya validez o interpretación se cuestiona.
- Los Estados parte en el Acuerdo EEE que no sean Estados miembros y el Órgano de Vigilancia de la AELC, cuando se haya sometido al Tribunal una cuestión prejudicial que concierna a alguno de los ámbitos de aplicación de este Acuerdo;
- Los Estados terceros partes en un acuerdo celebrado por el Consejo referente a un ámbito determinado, cuando este acuerdo así lo disponga y un órgano jurisdiccional de un Estado miembro someta al Tribunal una cuestión prejudicial que concierna al ámbito de aplicación de este acuerdo.

En el primer caso, estamos aludiendo a la transparencia inherente a las propiedades físicas del objeto del que se predica, mientras que, en el segundo, caso hacemos referencia a una transparencia derivada, a lo que puede verse con claridad, precisamente porque lo que pueda haber frente a aquello de lo que se predica, es transparente, "per se".

En el ámbito de las ciencias jurídicas, como bien es sabido, predomina, la noción de transparencia, entendida como claridad y visibilidad, mientras que, en la esfera de las ciencias de la computación, predomina el segundo concepto, esto es, invisibilidad o imperceptibilidad.

1. Transparencia informática.

Por todos es sabido que, las ciencias de la computación han alcanzado, en los últimos años, hitos absolutamente insospechados. Ahora bien, debe tenerse en cuenta que, en la actualidad, cualquier aplicación, mínimamente funcional, está constituida por una estructura extremadamente compleja.

Sirvámonos, a título de ejemplo, del concepto de vivienda, para describir una estructura compleja. Una vivienda puede ser entendida como unidad[10]. Esa unidad está integrada por otros elementos, igualmente unitarios, como: puertas, ventanas, vigas, ladrillos, etc. A su vez, cada uno de esos elementos unitarios, puede descomponerse en otras unidades. Así, una viga de hormigón podrá descomponerse en malla metálica y hormigón, pudiendo, este último, descomponerse en grava, cemento (que a su vez puede ser descompuesto en otras materias primas), agua, etc. A tenor de lo expuesto, podemos afirmar que, un constructor, no necesita conocer con detalles cada una de las materias primas que integran cada una de las unidades empleadas en la edificación, para desarrollarla correctamente. Ahora bien, no es menos cierto que, algún artesano o técnico, debe conocer detalladamente la unidad que ha desarrollado y proporcionar las instrucciones necesarias para que, un tercero, pueda utilizarla correctamente en el proceso constructivo.

Gracias a los movimientos de software libre, término que fue acuñado por el informático RICHARD M. STALLMAN en los años 80,[11] nació la Free Software

10 Que a su vez puede integrarse en otras estructuras complejas, como edificaciones plurifamiliares o, incluso, pueblos o ciudades.

11 MALDITA.ES.: "Qué es el software libre, por qué surgió, qué ventajas tiene y en qué se diferencia del código abierto", 18 de septiembre de 2021, *URL*: https://maldita.es/malditatecnologia/20211115/software-libre-surgio-ventajas-diferencias-codigo-abierto/.
"STALLMAN, trabajaba en el Massachusetts Institute of Technology (MIT), en un momento en el que la colaboración entre los diferentes sistemas era vital para la expansión de la informática y de los ordenadores. Hasta que, con los avances logrados, muchos desarrolladores y empresas comenzaron a "cerrar" su código al ver la oportunidad de convertirlo en un producto y venderlo.
Fundó la Free Software Foundation, para expandir la filosofía del software libre: programas y aplicaciones en los que todo el mundo pudiese participar y tuviese la libertad de hacer con ellos lo que quisieran.

Foundation[12] cuyos principios, afortunadamente, gozan de gran aceptación en las diferentes comunidades[13] de desarrollo de software y eso es, precisamente, lo que ha permitido el crecimiento exponencial de la eficacia de la programación. Los desarrolladores contribuyen con sus creaciones (programas, aplicaciones, módulos, librerías o API) al sostenimiento y mejora de los diversos lenguajes de programación, recurriendo al código abierto que publican en repositorios públicos.[14] De este modo, el conocimiento global, está a disposición de los informáticos, sin que se les requiera para el pago de derechos de propiedad intelectual. Puede afirmarse, pues, sin ningún género de dudas que, la inmensa mayoría de las aplicaciones de software actuales, están integradas por estructuras complejas que integran módulos, construidos, en cierto modo, por toda la comunidad de desarrollo de software.

Uno de los principales trabajos realizados en octubre de 1985 por la *Free Software Foundation*[15], fue la creación de una *biblioteca (library)* para el lenguaje de programación C. Desde entonces, el concepto de reutilización del código ha sido y es una consigna en la ingeniería de software. Evitar "reinventar la rueda" constituye la razón fundamental para utilizar bibliotecas de software[16] que no son otra cosa que colecciones de código *open source*, debidamente estructuradas, que se ponen a disposición de la comunidad de desarrolladores para su reutilización. El código está mantenido y probado por sus creadores por lo que, el programador, que importa una *biblioteca* en su aplicación tiene la certeza de que va a funcionar correctamente sin que, para ello, tenga que conocer los detalles del código. En este

De esta forma, todos se beneficiaban de las mejoras de los demás y no se dependía de las decisiones centralizadas de las empresas. Todo ello, a través de la creación de la licencia GPL (GNU General Public License), de copyleft, una práctica que permite el libre uso y distribución de la obra y sus derivadas".

12 La Free Software Foundation es una organización sin ánimo de lucro, cuya misión es promover la libertad de los usuarios de computadores. En la página de inicio de su *URL*: https://www.fsf.org/ indica que:
"El software libre significa que los usuarios tienen la libertad de ejecutar, editar, contribuir y compartir el software. Así, el software libre es una cuestión de libertad, no de precio". (Traducción propia del autor del texto original: *Free software means that the users have the freedom to run, edit, contribute to, and share the software. Thus, free software is a matter of liberty, not price.*)

13 De entre las comunidades de desarrollo de software, no específicas, además de las mencionadas en la nota a pie de página subsiguiente, pueden ser destacadas: Stack Overflow, *URL*: https://stackoverflow.com/questions; Reddit, *URL: https://www.reddit.com/;* Hacker News, *URL*: https://news.ycombinator.com/ , Hacker Noon, *URL* : https://hackernoon.com/ ; Hashnode, *URL:* https://hashnode.com/; Salesforce developers, *URL:* https://developer.salesforce.com/forums#!/feedtype=RECENT&criteria=ALLQUESTIONS&; Women Who Code, *URL:* https://www.womenwhocode.com/ y Dev, *URL* : https://dev.to/ , entre otras.
Respecto a las comunidades específicas, entre otras muchas: Google Developers, *URL:* https://developers.google.com/community; SitePoint (php), *URL*: https://www.sitepoint.com/ ; Python community, *URL*: https://www.python.org/community/ y Java community, *URL*: https://www.oracle.com/java/technologies/javacommunity.html

14 Actualmente, los repositorios de software más populares entre los desarrolladores son GitHub, *URL*: https://github.com/ y GitLab, *URL*: https://about.gitlab.com/.

15 Stallman, R.: "Transcript of a speech that was given at New York University", in New York, NY, 29 de mayo de 2001, *URL:* https://www.gnu.org/philosophy/rms-nyu-2001-transcript.en.html.

16 Soares, L.: "Choosing a software library or framework", Medium, Codex, 9 de abril de 2018, URL: https://medium.com/codex/choosing-a-software-library-or-framework-57cfa98f321b.

sentido, el software que integra la librería es funcional, a pesar de ser *transparente (invisible)* para el desarrollador.

En el *script o* pequeño programa que hemos escrito en Python y que aparece en la *figura 1*, podemos observar la transparencia del código fuente que integra una biblioteca de software. En este caso hemos importado de la librería *datetime*, el módulo date. Al asignar a la variable "hoy" la función date.today(), el computador es capaz de asignar a la misma, la fecha del día en el que programa se ejecute. Crear "ex novo" el software necesario para que el sistema pudiera llevar a término cálculos de fechas e intervalos temporales, sería una tarea inabordable a corto plazo. Puede consultarse la documentación de la biblioteca *datetime (Python)* en la *URL*: https://docs.python.org/3/library/datetime.html.

Figura 1. Pequeño *script* o programa elaborado en el lenguaje Python

```
from datetime import date

hoy = date.today()

print("La fecha de hoy es", hoy)

#Output (lo que el programa imprimirá en pantalla):

La fecha de hoy es (……) #(dependerá de la fecha de ejecución)
```

Fuente: Elaboración propia.

Nota: Puede verificarse el funcionamiento del programa[17] en la URL: https://paiza.io/projects/fzheEk_CYExpUJvGOV_2iw?language=python3

Pero, en el ámbito de las ciencias de la computación, desde hace ya casi dos décadas, predomina la noción de transparencia equivalente a invisibilidad. no solo para los desarrolladores que buscan trabajar con mayor eficacia, sino muy especialmente para los usuarios. Esto implica que, los usuarios, no necesitan conocer los detalles de la tecnología subyacente, únicamente deben preocuparse por los servicios que necesitan. La computación transparente promueve sistemas orientados a resolver los problemas de los usuarios evitando que, estos, tengan conocimiento de lo que está ocurriendo. En este sentido, transparente significa invisible. Los dispositivos son invisibles o transparentes en tanto que funcionan sin la interacción consciente del usuario.

17 Si se desea comprobar el funcionamiento del *script*, solo deben copiarse y pegarse las tres primeras líneas y hacer "clic" sobre el botón "RUN"

2. Transparencia jurídica.

Las ciencias jurídicas, sostienen un concepto unívoco de transparencia que equivale a claridad y precisión. Es más, podemos afirmar que el deber de transparencia es, en definitiva, el deber de poner, a disposición de los sujetos jurídicos, información, clara, suficiente y veraz.

En el ámbito del Derecho Público, dicho deber de información, alcanza su máxima expresión en la *Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno* que según el contenido del propio portal de transparencia de la Administración General del Estado[18]: *Tiene por objeto ampliar y reforzar la transparencia de la actividad pública, regular y garantizar el derecho de acceso a la información relativa a aquella actividad y establecer las obligaciones de buen gobierno que deben cumplir las personas que ejercen una responsabilidad pública.*

Aun cuando las normas que se aludirán a continuación no siempre hacen mención expresa de los medios a través de los cuales se lleva a término la perfección del negocio jurídico, en el ámbito de las relaciones jurídico-privadas y, en particular, en el de la contratación en línea, la exigencia de transparencia y el deber de información, se pone de manifiesto, con carácter general en las siguientes disposiciones:

- La Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal.

- En el artículo 5.5 de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación:

- En el TRLGDCU.

- En el Capítulo III, Sección 1 del Reglamento (UE) General de Protección de Datos así como en el artículo 11 de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales.

Sin perjuicio de lo expuesto, es evidente que, también en el ámbito jurídico, se recurre, a la transparencia, entendida como invisibilidad, de una parte, o del todo, al describir el relato de los hechos jurídicamente relevantes, subsumibles en unas u otras normas jurídicas.

El recurso a la transparencia, en este sentido, es mera consecuencia del proceso abstractivo (en ocasiones involuntario) por el que se configura la norma jurídica en el tránsito que discurre, desde la multiplicidad fáctica, hasta la elaboración del supuesto genérico. Veamos un ejemplo. En las normas reguladoras del derecho civil y mercantil y, en particular en materia de contratación *online,* se hace uso,

18 Portal de la Transparencia de la Administración General del Estado. URL: https://transparencia.gob.es/transparencia/transparencia_Home/index/MasInformacion/Ley-de-Transparencia.html.

con frecuencia, a términos como "el pago" o los "medios de pago" para aludir a la contraprestación pecuniaria[19] presente en múltiples negocios jurídicos. En los contratos más tradicionales, el pago (en dinero) consiste en una operación relativamente sencilla que se produce en el momento en el que, el *solvens,* entrega al *accipiens,* la cantidad en efectivo que ha sido pactada. Sin embargo, en la esfera de la contratación *online* el pago es un mecanismo complejo, tanto en el plano informático, como en el plano jurídico, que requiere la intervención de múltiples sujetos jurídicos (solvens, banco depositario de los fondos del solvens, accipiens, banco depositario de los fondos del accipiens, empresa titular de la pasarela de pagos y red de tarjetas) y múltiples elementos tecnológicos entre los que pueden destacarse; la existencia de un servidor en el que se aloja la aplicación principal que, a su vez, incorpora múltiples programas en los que, asimismo, se importan múltiples módulos o librerías de tercero para su funcionamiento; *plugins* o aplicaciones complementarias para el funcionamiento de la solución de pagos; sistema informático de todos los bancos intervinientes, sistema informático y de red de las organizaciones de tarjetas, API[20] de interconexión entre unos y otros sistemas, aplicaciones móviles complementarias de autenticación, etc.

La transparencia, en este caso, se hace evidente en el hecho de que se alude al pago o a los medios de pago, ocultando los múltiples elementos y "capas intermedias" que, necesariamente, deben concurrir para que, la realización de la prestación sea posible. Esa ocultación, trae causa de la abstracción fáctica, puesto que, la experiencia del jurisprudente o del legislador, ha evidenciado que, en la mayoría de los supuestos, la resolución del problema jurídico planteado no requiere que se tomen en consideración todos y cada uno de los elementos objetivos y subjetivos concurrentes. Sin embargo, en algunas ocasiones, la transparencia

19 Ello no obsta que, el pago, como realización de la prestación debida que extingue la obligación, no pueda consistir en una obligación de dar o hacer, e incluso en un no hacer. El Código Civil, dedica, al pago, los artículos 1157 a 1181 y regula, asimismo, la imputación de pagos, el pago por cesión de bienes y la consignación.

20 API son las siglas correspondientes al acrónimo anglosajón *Application Programming Interface,* es decir, interfaz de programación de aplicaciones.
Son, prácticamente, inexistentes las aplicaciones online, destinadas a la contratación, que pueden funcionar sin establecer comunicación con servidores, de terceros, ajenos a la relación contractual. Como ya se ha expuesto, en el apartado precedente, cuando una de las contraprestaciones, de un contrato online, es pecuniaria, se requiere la intermediación de terceros, lo que, en un entorno digital, significa la necesaria concurrencia de aplicaciones de terceros y la intercomunicación entre estas y la aplicación destinada a la contratación.
Observamos, por tanto, que pueden coexistir múltiples aplicaciones informáticas, pertenecientes a diferentes actores y, muy probablemente, desarrolladas en lenguajes distintos que, sin embargo, requieren de un sistema de comunicación ágil y constante. ¿Cómo puede conseguirse que tal comunicación se haga efectiva? Pues, para ello, deviene, imprescindible la implementación de una API en la que se definen las reglas que se deben seguir para comunicarse con otros sistemas de software. Los desarrolladores exponen o crean API para que unas aplicaciones puedan comunicarse con otras mediante programación. Ahora bien, para evitar conflictos, debe buscarse un estándar que funcione con todos los lenguajes de programación y con unos protocolos y reglas preestablecidos. REST (siglas correspondientes al acrónimo anglosajón *Representational State Transfe*r, es decir, transferencia de estado representacional) es el estándar más lógico, eficiente y habitual en la creación de API para servicios de Internet

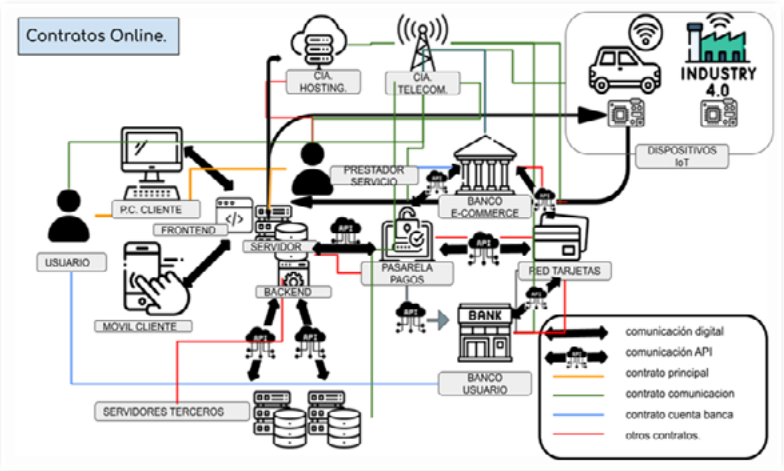
jurídica, entendida como "aféresis conceptual de elementos[21] irrelevantes" puede acarrear graves errores de aplicación normativa.

IV. LA COMPLEJIDAD QUE SUBYACE A LOS CONTRATOS EN LÍNEA. NEGOCIOS JURÍDICOS IMPRESCINDIBLES.

Como ya anunciábamos al inicio del presente trabajo, la perfección y consumación de los contratos en línea exige la ejecución y, por ende, el cumplimiento de múltiples negocios jurídicos. En el apartado subsiguiente, describiremos, de forma somera (y sin ánimo de ser exhaustivos) aquellos que, con carácter general, secundan el cumplimiento de los primeros.

Hemos reiterado, en varias ocasiones, a lo largo del presente trabajo, que la teoría de la equivalencia funcional y la necesidad de flexibilidad normativa, no pueden erigirse en una suerte de salvoconductos permanentes para eludir la exhaustiva comprensión y regulación de los elementos jurídico-tecnológicos que subyacen a los contratos en línea. La transparencia (entendida como invisibilidad) de tales elementos, puede resultar útil, en el estudio y análisis de determinados supuestos, pero, en otros, puede ser un recurso arriesgado que conduce a la indeterminación jurídica y, por ende, a la incertidumbre.

Figura 2: Esquema de relaciones contractuales y de comunicación digital existentes entre los diversos sujetos jurídicos intervinientes en la contratación online.



Fuente: Elaboración propia.

21 Nos estamos refiriendo a la abstracción observada desde la perspectiva aristotélica, consistente, en la remoción, de cuanto no es determinante de la "esencia". En este caso, al hablar de transparencia, damos un paso más allá. Los elementos transparentes son aquellos que forman parte de la cosa, pero son invisibilizados por el ser humano por cuanto enturbian la comprensión general del concepto.

En la, *figura 2,* podemos observar el complejo entramado de negocios jurídicos que subyacen a un contrato online automatizado. Las líneas negras, definen las redes de telecomunicaciones digitales. En todo contrato online que implique una prestación pecuniaria obligatoria, resulta ineludible contar con determinadas líneas de comunicación electrónica como requisito mínimo. Estas líneas de comunicación electrónica incluyen:

- Conexión entre el computador (cliente) del prestatario del servicio, sea este un PC u otro dispositivo electrónico y el servidor en el que se halla alojada la aplicación web del PSSI[22].

- Conexión entre el computador (servidor) del PSSI y los siguientes servidores o computadores de terceros:

a) Aquel perteneciente a la compañía de *hosting*, en el que se halla alojada la aplicación web[23].

b) Aquel correspondiente a la empresa que proporciona los servicios de pasarela de pago implementados en la aplicación principal.

c) Ocasionalmente, con el computador o placa de control que actúa como procesador encargado de la automatización de dispositivos IoT. En el supuesto de que nos hallemos ante un contrato en línea, plenamente automatizado en el que alguna de las prestaciones no sea digital sino física (v.g. funcionamiento de elementos mecánicos, suministros, etc.) La comunicación debe ser bidireccional si el servidor del PSSI se halla a la espera de la recepción de datos procedentes de sensores.

d) Ocasionalmente, con los servidores de terceras empresas que, a través de API, proporcionan información necesaria para el cumplimiento del contrato en línea.

- Líneas de comunicación digital entre servidores de empresas que, si bien no intervienen de forma directa en la formación del contrato en línea, son imprescindibles para que este pueda llevarse a efecto. Sin perjuicio de que puedan existir otras, cabe destacar las siguientes:

22 PSSI. Acrónimo de Proveedor de Servicios de la Sociedad de la Información.

23 Es posible el alojamiento de una página web en un servidor propio dedicado. Dicho servidor, puede alojarse en la misma ubicación en la que se halla el centro de gestión del PSSI o en una ubicación remota. En este último caso, la telecomunicación entre el dispositivo de control y el servidor sería también imprescindible. Sin embargo, lo habitual es recurrir al alojamiento en los servidores "en la nube" (remotos) proporcionados por una compañía especializada en *hosting,* al objeto de evitar los altos costes derivados de la adquisición y mantenimiento de los recursos de hardware durante las 24 horas del día. El uso de servidores propios suele quedar reservado a empresas con alto volumen de facturación *online*

a) Interconexión entre el servidor del PSSI y los servidores del proveedor de servicio de pasarela de pagos o tpv virtual.

b) Interconexión entre la pasarela de pagos o tpv virtual y el banco o entidad financiera con la que, el PSSI ha suscrito un contrato de cuenta corriente.

c) Interconexión entre el servidor del banco mencionado anteriormente y los servidores de la red de tarjetas (Visa o MasterCard)

d) Interconexión de los servidores de la red de tarjetas y la entidad financiera con la que, el prestatario del servicio mantiene en vigor un contrato de cuenta corriente y un contrato de emisión de tarjeta de crédito o débito.

e) Comunicación digital entre cualesquiera de los servidores antes mencionados y terceras entidades que proporcionan datos a través de API.

1. Negocios jurídicos comunes a ambas partes.

Las relaciones de comunicación digital existentes entre los computadores implican, a su vez, la existencia de una relación contractual entre los titulares de estos. En ocasiones dichos negocios jurídicos deben ser previamente suscritos por cada una de las partes del contrato en línea. Entre ellos, deben ser destacados los que a continuación se relacionan.

A) El contrato de cuenta corriente en entidad bancaria.

Vicent Chuliá, lo definió como un contrato mercantil atípico de carácter mixto, en el que prevalece la noción de mandato o comisión, por el cual el banco se obliga a realizar cobros y pagos por cuenta del cliente, y a admitir ingresos o reingresos por parte de éste, generalmente los reintegros y pagos, atendiendo cheques librados por el cliente a cargo de dicha cuenta.[24]

En la actualidad, podemos afirmar sin duda que, con muy escasas excepciones[25], en la contratación online desarrollada a través de aplicaciones informáticas una de las contraprestaciones suele consistir en el pago, puntual o periódico de una prestación pecuniaria. Si el pago se efectúa con moneda de curso legal[26], el sistema financiero vigente requiere, inexcusablemente que, tanto el proveedor como el receptor del servicio posean una cuenta corriente en una institución bancaria,

24 Vicent Chuliá, F.: *Compendio crítico de derecho mercantil*, E. Bosch, Barcelona, 1986, pp. 421 a 425.

25 Tales excepciones suelen coincidir con negocios jurídicos aparentemente gratuitos en los que, sin embargo, el PSSI obtiene algún tipo de ventaja oculta. La contraprestación, que confiere al contrato carácter oneroso, con frecuencia, consiste en la cesión de datos personales que pueden ser utilizados para distintos fines,

26 Los *smart legal contracts*, sobre los que nos pronunciaremos en las páginas constituyen una excepción, por cuanto, con independencia de que, la criptomoneda, pueda ser considerada dinero, o no, resulta incuestionable su condición de medio de pago.

con el objetivo de que se pueda gestionar la transferencia de fondos entre ambas partes.

La existencia de este tipo de contratos se describe mediante el grafiado de una línea azul en la *figura 1* y, como se observa, vincula tanto al prestador, como al prestatario del servicio. No obstante, lo anterior, puede afirmarse, en la actualidad que, un comerciante, no puede prescindir de un contrato de cuenta corriente bancaria para el desarrollo ordinario de sus operaciones. Pues bien, dicha afirmación, casi, no admite excepciones en el entorno digital y por esa razón, las terceras empresas, titulares de servidores que proporcionan información a través de API, deberán disponer, también, de cuenta corriente bancaria, a fin de hacerse cobro, de forma automática, de los servicios que proporcionan al PSSI.

B) El contrato de telecomunicaciones.

Sobre el papel, siempre y cuando se dé cumplimiento a los requisitos exigidos en la Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones[27] y el Real Decreto 123/2017, de 24 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento sobre el uso del dominio público radioeléctrico, no existe inconveniente para que determinadas personas, sean estas físicas o jurídicas puedan desarrollar su propia red de telecomunicaciones. En la práctica, es patente y manifiesta la extraordinaria complejidad y el alto coste que supondría tal iniciativa para la que se requiere la ubicación subterránea de kilómetros de cable, instalación de antenas y la obtención de las autorizaciones legales requeridas a tal fin. Por ello, para cualquier comunicación entre computadores situados a cierta distancia (no es el caso[28], por ejemplo, de las comunicaciones entre dispositivos mediante Bluetooth, rayos infrarrojos, RFID o NFC[29] será imprescindible la firma previa de un contrato de

27 El 16 de noviembre de 2021, fue objeto de aprobación el texto del Proyecto de Ley General de Telecomunicaciones Este texto se enviará al Parlamento para su discusión y aprobación. Una vez finalizada esa tramitación y publicada en el BOE, la nueva ley sustituirá a la actualmente vigente Ley General de Telecomunicaciones del año 2014. El texto transpone la Directiva (UE) 2018/1972 por la que se establece el Código Europeo de las Comunicaciones Electrónicas

28 Los dispositivos que utilizan tales tecnologías utilizan las bandas de radiofrecuencia denominadas CIM (para usos científicos, industriales o médicos), la atribución de tales bandas está regulada en el artículo 5 del Reglamento de Radiocomunicaciones de la UIT (en concreto en los apartados 5.138, 5.150 y 5.280 y su uso es libre para los usuarios sin requerir licencia alguna.

29 RFID (del inglés *Radio Frecuency Identification*) Este sistema puede hacer uso de dos bandas en baja frecuencia (125-134 KHz y 140-148,5 KHz), la banda de alta frecuencia de 13,56 MHz y también la banda CIM de 2,4 GHz. Para más información ver *URL*: https://www.ionos.es/digitalguide/servidores/know-how/rfid/.
Las siglas NFC corresponden a su denominación en inglés, *Near Field Communication*, que se puede traducir como comunicación de campo cercano. Se trata de una tecnología inalámbrica de alta frecuencia, pero con un radio de acción muy corto. A lo sumo 10 o 15 cm del dispositivo con el que se produce la comunicación. El sistema, basado en la inducción electromagnética, tiene una doble vertiente, de una parte, permite la transmisión de energía eléctrica desde el mecanismo activo al pasivo (v.g, desde un tpv a una tarjeta de crédito, reloj inteligente o móvil) y de otra parte, gracias a dicha energía, permite la activación del microcontrolador del dispositivo NFC, pasivo y la obtención de los correspondientes datos.
La diferencia más interesante entre RFID y NFC es los dispositivos que integran NFC suelen ser programables. Esto significa que, en lugar de limitarse a entregar datos estáticos desde la memoria, pueden generar contenido único para cada intercambio y devolverlo al iniciador. Puede hallarse información muy

telecomunicaciones con una entidad operadora de redes. Debe tenerse en cuenta que, dicho contrato deberá suscribirse tanto por el usuario (quien, lógicamente, requiere acceso a internet si desea contratar online) como por el PSSI, quien no podrá ofertar productos o servicios en su sitio web si el servidor, en el que la aplicación está desplegada, no está permanentemente conectado a la red. No obstante, lo habitual es que, el PSSI, suscriba un contrato de hosting. En tal caso, será el proveedor de servicios de hosting el que, a su vez, tendrá, deberá cumplir los requerimientos necesarios para que sus servidores (donde se alejará la aplicación web del empresario) tengan una conexión a internet con anchura de banda suficiente para atender todo el tráfico de peticiones y respuestas (requests and responses) del negocio online. Entre tales requerimientos se halla, evidentemente, la suscripción de un contrato de telecomunicaciones, en particular, de conectividad a internet que garantice el correcto funcionamiento y disponibilidad de la totalidad de las webs alojadas.

En la *figura 2,* la existencia de un contrato de telecomunicaciones se grafía mediante una línea verde y, como puede verificarse, atañe a todos los sujetos jurídicos que, directa o indirectamente, intervienen en la perfección y consumación del contrato en línea.

C) El contrato de servicios de banca electrónica o a distancia.

Este contrato tiene por objeto regular las relaciones entre el usuario y la entidad financiera, a través de los canales de banca a distancia (Internet, teléfono y otros que en, en su caso pudieran implantarse). Por medio de estos canales, el usuario puede operar en los diversos contratos asociados a este servicio, ya sea realizando consultas, enviando órdenes o contratando productos y servicios (incluido el movimiento de fondos), dentro de la operatoria que en cada momento se encuentre disponible y siempre con sujeción al régimen regulado en cada una de las relaciones contractuales en las que se pretenda operar. Las operaciones, suelen llevarse a efecto mediante la utilización de las correspondientes contraseñas a las que se les confiere la consideración de firma contractual, con el mismo valor que su firma manuscrita.

D) El contrato de suministro eléctrico.

Aunque pueda parecer obvio, la comunicación digital no es posible sin electricidad. A priori, el contrato de suministro eléctrico no es un requisito imprescindible para la conexión a internet, en tanto que, el uso de baterías o generadores eléctricos autónomos puede suplir la falta de conexión a la red

detallada sobre RFID y NFC en Igoe, T., Coleman, D. y Jepson, B.: *Beginning NFC,* O'Reilly Media Inc, Sebastopol, California, 2014.

eléctrica. Aun así, como es sabido, la práctica totalidad de los sujetos, suscriben contratos de suministro con compañías distribuidoras autorizadas y, con ello, recargan, si es necesario, las baterías de sus dispositivos móviles.

2. Negocios jurídicos específicamente exigidos al usuario del servicio.

A) Contrato de emisión de tarjeta de crédito o débito.

En los contratos en línea, habitualmente, la prestación obligacional del usuario consiste en efectuar un pago pecuniario. Para cumplir con esta obligación, en el entorno de transacciones electrónicas, se hace necesario implementar un medio de pago automatizado y virtual en la aplicación principal. Esto se debe a que resulta, lógicamente, inviable realizar pagos, en efectivo, en negocios jurídicos electrónicos. El método de pago más frecuentemente utilizado es aquel que se realiza mediante tarjetas de crédito o débito.

García Solé[30], define el contrato de emisión de tarjeta de crédito o débito como "aquel en virtud del cual una entidad de crédito, emisora de la tarjeta, se obliga a abonar, por cuenta del titular de aquella, las obligaciones de pago que este asuma derivadas de la adquisición de bienes y servicios en establecimientos que hayan acordado con el emisor o con el sistema de medios de pago, y en su caso, a facilitar dinero en efectivo u otros servicios de caja, reintegrando el titular posteriormente al emisor y/o gestor las cantidades abonadas por éste a los establecimientos, las entregadas por el banco emisor (u otro banco adherido al sistema) al titular, en los plazos convenidos, con los intereses pactados, obligándose el titular a usar ésta con la debida diligencia y en la forma acordada".

Tras la entrada en vigor del Real Decreto-ley 19/2018, de 23 de noviembre, de servicios de pago y otras medidas urgentes en materia financiera, con muy escasas excepciones, este medio de pago requiere la implementación de un sistema de autenticación reforzada del cliente[31]

3. Negocios jurídicos específicamente exigidos al prestador del servicio.

Es el PSSI, quien debe adoptar la diligencia de un ordenado comerciante, en el cumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato en línea. Para que ello

30 García Solé, J.: "El contrato de emisión de tarjetas de crédito", en AA.VV: *La contratación bancaria* (coord. E. Gadea Solé y A. Sequeira Martín), Dykinson, Madrid, 2007, pp. 480 y ss. Vid., asimismo, Romeo Martínez-Cañavate, J.: "El contrato de emisión de tarjeta de crédito bancaria", *RGD*, nº 567, 1981, p. 10100, y Martí Lacalle, R.: "El embargo de saldo de la tarjeta de crédito", *RDBB*, nº 102, 2006, p. 159.

31 También denominado *SCA (Strong Custommer Authentication),* se regula en el artículo 3.5 del texto legal mencionado: "la autenticación basada en la utilización de dos o más elementos categorizados como conocimiento (algo que solo conoce el usuario), posesión (algo que solo posee el usuario) e inherencia (algo que es el usuario), que son independientes –es decir, que la vulneración de uno no compromete la fiabilidad de los demás–, y concebida de manera que se proteja la confidencialidad de los datos de identificación".

sea posible se requiere, indefectiblemente, la conclusión de los contratos que a continuación se relacionan en tanto que, de otro modo, la prestación de servicios a través de una aplicación web deviene imposible.

A) El contrato de hosting.

El contrato de hosting[32], también conocido como acuerdo de servicios de alojamiento web o contrato de hospedaje web, es un contrato mercantil[33] y atípico, por cuya virtud, un proveedor de servicios de alojamiento web (host) se obliga a proporcionar a un prestatario de servicios, denominado cliente, un espacio en la memoria de su servidor y los requisitos de software y hardware necesarios para que, este último pueda alojar su sitio web, su aplicación web o cualesquiera datos o archivos, recibiendo en contraprestación un precio determinado.

El contrato de hosting suele aparejar, además, determinados servicios complementarios, como cuentas de correo electrónico vinculadas al dominio del sitio web, un determinado ancho de banda para el tráfico de datos, soporte técnico y tiempo de actividad garantizado.

B) El contrato de registro de dominio[34].

Al igual que el anterior, se trata de un contrato mercantil, atípico, por virtud del cual, el registrador (la entidad que administra el registro del dominio) cede, al registrante, el derecho de uso de un determinado nombre de dominio con el objeto de que este pueda vincularlo a su sitio web, por un precio determinado, que suele satisfacerse mediante el pago de un canon anual. Dichos acuerdos, pueden prorrogarse indefinidamente, siempre y cuando, el pago periódico, sea satisfecho en el plazo acordado.

C) El contrato de creación y mantenimiento de aplicación web.

Se trata de un contrato mercantil, atípico, entre el futuro titular del *e-commerce* y un proveedor de servicios de desarrollo web cuya finalidad es establecer los términos y condiciones relacionados con el diseño, desarrollo y mantenimiento de una aplicación web. El contrato aborda aspectos como el alcance del proyecto, los plazos, la cesión de la propiedad intelectual, el precio que debe ser satisfecho, tanto

32 Sobre el contrato de hosting, vid., Llaneza González, P.: *Econtratos. Modelos de contratos, cláusulas y condiciones generales comentadas*, Editorial Bosch, Barcelona, 2004, p. 96. Vid., asimismo De Miguel Asensio, P.A.: *Derecho Privado de Internet*, Editorial Cívitas, Madrid, 2001, pp. 67 y 68.

33 En puridad, nada obsta para que, un contrato de hosting pueda celebrarse entre un proveedor de servicios y un consumidor, en tanto que los archivos que pueden alojarse en la memoria del servidor pueden ser de naturaleza muy diversa. Un ejemplo de ello puede ser una página web dedicada a un simple blog personal.

34 Sobre el sistema de registros de nombres de dominio, vid., Lobato García Miján, M.: "Nombres de dominio y extensión del derecho de marca", *Revista jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*, nº 5, 2001, pp. 101-137.

en lo que hace referencia a la creación de la aplicación como a su mantenimiento y actualizaciones.

D) Contrato de implementación y habilitación de funcionamiento de pasarela de pago o TPV virtual.

Como ya se ha expuesto, anteriormente, en aquellos contratos en línea en los que la prestación que incumbe al prestatario del servicio es de naturaleza pecuniaria, el pago se realiza, con carácter general, mediante el uso de una tarjeta de débito o crédito. Para que ello sea posible, la aplicación, debe incorporar una solución de pagos adecuada. En la mayoría de los casos se recurre a la implementación de una pasarela de pagos o un TPV virtual. Las diferencias entre uno y otro sistema radican en que el TPV virtual lo proporciona el banco adquirente, es decir aquel en el que el titular del e-*commerce* dispone de su cuenta corriente, mientras que la pasarela de pagos se contrata directamente con la empresa proveedora de dicho servicio.

Con independencia de la solución elegida por el comerciante online, la puesta en producción de la aplicación requiere, como es natural, que se otorgue un contrato mercantil en el que se definan los servicios proporcionados, los costes, tarifas o comisiones aplicadas, el cumplimiento de los estándares de seguridad, la duración del acuerdo y las responsabilidades y obligaciones de cada una de las partes.

E) Contrato de licencia de servicios API.

Las aplicaciones destinadas a la contratación online requieren, habitualmente, la conexión con servidores de terceros. De hecho, las soluciones de pago mencionadas, en el apartado precedente, no pueden funcionar si no existe una interconexión entre el software mediante el que se configuran y las bases de datos de las entidades financieras y las redes de tarjetas que forman parte del proceso de pago. Dicha conexión suele realizarse a través de un sistema estandarizado que recibe la denominación de API Rest[35] o API JSON.

Pero, lo cierto, es que la interconexión con servidores de terceros, no se circunscribe a las soluciones de pago, puesto que los datos que pueden ser proporcionados por terceros, pueden ser de características muy diversas y pueden actuar como condición de la perfección o, en su caso de la ejecución del contrato en línea.

35 Vid., nota a pie de página n.º 21.

Algunos servicios API, son proporcionados de forma gratuita por determinadas instituciones, tal es el caso, por ejemplo, de la API del Instituto Nacional de Estadística, (INE)[36] si bien, en la mayoría de las ocasiones, los datos no son proporcionados de forma gratuita. En consecuencia, el titular de la aplicación deberá otorgar un contrato mercantil, atípico, de licencia de servicios de API con la empresa proveedora de los datos en el que se regularán diversos aspectos entre los que cabe destacar las condiciones de acceso y uso, incluyendo el volumen de datos transferible, los precios y las condiciones de pago, así como las garantías y limitaciones de responsabilidad en cuanto al rendimiento de la API.

4. Otros negocios jurídicos ajenos a las partes, pero vinculados a la contratación en línea.

Hemos adelantado, en el apartado precedente, que los sistemas o soluciones de pagos que normalmente se implementan en las aplicaciones destinadas a la contratación online, requieren de múltiples interconexiones, normalmente, implementadas mediante la interfaz de comunicación API Rest. La interconexión es bidireccional y vincula, sucesivamente, en un recorrido de ida y vuelta, los siguientes elementos:

- Aplicación destinada a la contratación,

- Pasarela de pagos o TPV virtual,

- Banco adquirente (aquel en el que el comerciante ha abierto su cuenta corriente),

- Red de tarjetas (Visa, MasterCard, etc.)

- Banco emisor (aquel que ha emitido la tarjeta de crédito o débito del prestatario del servicio).

Cada uno de los tramos de comunicación mencionados en la relación precedente, requiere de un acuerdo comercial (normalmente confidencial, de difícil acceso para el público y negociado individualmente) en el que, de forma detallada, se especifican las tarifas, la gestión de los riesgos, las responsabilidades y otros aspectos operativos.

En los contratos online, plenamente automatizados que implican acciones en el mundo físico a través de dispositivos IoT[37], habrá que verificar si, dichos

36 Puede accederse a la API JSON del Instituto Nacional de Estadística y a las instrucciones para la descarga de datos en la *URL:* https://www.ine.es/dyngs/DataLab/es/manual.html?cid=45

37 Acrónimo anglosajón correspondiente a las siglas de *Internet of Things* (Internet de las Cosas)

dispositivos, han sido instalados por el titular del *e-commerce,* por el propio usuario o por un tercero.

En cualquier caso, habrá que tomar en consideración, también, los contratos existentes entre el fabricante del dispositivo IoT (incluyendo sensores y actuadores) y el adquirente de este, así como las relaciones jurídicas habidas entre posibles instaladores, encargados de mantenimiento y otros sujetos jurídicos cuya intervención pueda resultar determinante para el cumplimiento de las prestaciones obligacionales.

V. CONCLUSIÓN.

La abstracción es, en definitiva, la ocultación de los pormenores. Como es obvio, el prestatario del servicio (menos aún si ostenta la condición de consumidor) no necesita conocer los detalles técnicos relativos al software y al hardware de la aplicación, ni el entramado de relaciones contractuales necesarias para que el contrato en línea sea posible.

Sin embargo, como se ha expuesto detalladamente, en el presente trabajo, los contratos en línea se articulan sobre la existencia de una multiplicidad de relaciones jurídicas indisolublemente unidas a una larga cadena de comunicaciones digitales. La interrupción o falla en cualquiera de los eslabones de esta, ocasionará, indefectiblemente, o bien, la imposibilidad de que el contrato se perfeccione o lo que es peor, el incumplimiento de alguna de las prestaciones obligacionales.

Si se entiende que, entre los fines perseguidos por el legislador, se hallan, la preservación de los derechos fundamentales y la defensa del justo equilibrio de las contraprestaciones no puede aceptarse que, bajo el falso paraguas de la equivalencia funcional, queden fuera de regulación, las cuestiones que atañen a la tecnología utilizada para la perfección y consumación de los contratos online. Como hemos expuesto, las aplicaciones destinadas al comercio electrónico se construyen bajo el prisma del beneficio del PSSI. Sólo la intervención del legislador puede equilibrar la balanza de las relaciones contractuales y proporcionar las directrices necesarias para que los medios tecnológicos empleados sean los más adecuados para el interés general.

Del mismo modo, el profesional del derecho no puede evadir la realidad técnico-jurídica del contrato, ya que su comprensión es esencial para determinar quién puede ser considerado responsable en caso de incumplimiento. Adicionalmente, es crucial discernir, si aquella parte a la que incumbe el cumplimiento de una prestación obligacional ha obrado diligentemente y, por consecuencia, si concurre un supuesto de caso fortuito que, en su caso, pueda eximirle de la obligación de resarcir los daños y perjuicios irrogados.

El artículo 1903 CC, regula la responsabilidad por el hecho ajeno, si bien, lo hace con referencia a la responsabilidad extracontractual y no es ese el supuesto que nos ocupa. Como afirma Díez Picazo[38], nuestro código civil, no hace referencia general a esta cuestión, en materia de responsabilidad contractual.[39]

La solución que propone el autor consiste, según sus propias palabras, por atribuir "una responsabilidad extracontractual al autor directo del daño ex artículo 1902 y sólo una responsabilidad, también extracontractual del deudor, en virtud de la norma del artículo 1903. Mas prescindiendo de que el artículo 1.903 parece fundado también en la idea de culpa *in eligendo* o *in vigilando* (cfr. art. 1.903, in fine), se llegaría a una exoneración o a una limitación de la responsabilidad del concedente".

En el supuesto que nos ocupa, no existe una relación de dependencia entre el responsable directo del incumplimiento y el titular del e-*commerce* por lo que, bajo nuestro criterio, no es posible tampoco la responsabilidad *in eligendo* o *in vigilando* de este último, dado que carece de facultades de control o vigilancia sobre el funcionamiento de las restantes tecnologías vinculadas a la aplicación principal.

A la vista de cuanto antecede, para un adecuado tratamiento jurídico de los supuestos de responsabilidad por hecho ajeno que pueden darse en la contratación en línea deberán llevarse a efecto las siguientes verificaciones:

- Determinar, en primer lugar, si nos hallamos ante contratos de consumo o contratos que quedan excluidos de la aplicación del TRLGDCU.

- De hallarnos en el último caso, habrá que estar al contenido de la oferta contractual para determinar si ha existido un pacto que, expresamente, exonera de responsabilidad al deudor, para supuestos de no realización de la prestación, por fallo informático o por otra causa similar. El juego del principio de la autonomía de la voluntad puede atribuir eficacia a aquellos acuerdos en los que el prestatario del servicio renuncia a exigir responsabilidad frente al PSSI. No obstante, lo anterior, deberá averiguarse si dichos pactos pueden considerarse nulos de pleno derecho por ir en contra de la buena fe y el justo equilibrio de las contraprestaciones exigidos, con carácter general por el artículo 7 CC.

38 Díez Picazo, L. y Gullón, A.: *Sistema de Derecho Civil,* 6ª ed., vol. II, Tecnos, Madrid, 1992, p. 208.

39 Sí lo hace de forma específica para referirse a la sujeción del arrendatario a responsabilidad por los deterioros causados por las "personas de su casa" (art. 1564); la del contratista por los trabajos ejecutados por las personas que haya ocupado en la obra (art. 1596); la del mandatario por la gestión de su sustituto, cuando no se le haya dado facultad para nombrarlo o se le haya dado tal facultad, pero sin designar persona y el nombrado fuera notoriamente incapaz o insolvente (art. 1721); y la del fondista o mesonero por los daños ocasionados en los efectos de los viajeros por los dependientes de aquél (art. 1784).

- De no existir pactos exoneratorios de responsabilidad, debe precisarse, con mayor exactitud, quien es el tercero al que cabe atribuir la responsabilidad del incumplimiento:

a) Si el responsable es el desarrollador del software de la aplicación y ha existido una relación de dependencia laboral o una interacción directa y continuada entre este y el PSSI, que ha contribuido al nacimiento de la aplicación, puede concluirse la existencia de responsabilidad contractual *in eligendo* o *in vigilando* derivada del hecho ajeno.

b) Si el responsable, es un tercero, que se halla en un eslabón más lejano de la cadena de negocios jurídicos imprescindibles para el nacimiento del contrato en línea, con toda probabilidad, concurrirá un elemento de ajenidad, que impida la imputación de responsabilidad al PSSI. En este último caso, si el prestador de servicios se ha conducido, en su actuación, con la diligencia de un ordenado comerciante, nos hallaremos ante un supuesto de prestación imposible, por caso fortuito, a tenor de lo dispuesto en el artículo 1105 CC.

Fuera de los casos expresamente mencionados en la ley y, aquellos otros en los que se pacte expresamente, nadie responderá de aquellos sucesos que no hubieran podido preverse, o que, previstos, fueran inevitables.

- Si el contrato en línea puede ser calificado como contrato de consumo (B2C), nos hallaremos, precisamente, frente a uno de los casos expresamente mencionados en la ley (ex. Art. 1105 CC), en los que se establece un marco regulatorio diverso para la determinación de la responsabilidad por incumplimiento. El TRLGDCU regula en sus artículos 115 y ss. el régimen jurídico relativo a la conformidad de los bienes y contenidos o servicios digitales. El artículo 117 TRLGDCU, determina la responsabilidad objetiva del PSSI, respecto a cualquier falta de conformidad que exista en el momento de la entrega del bien, contenido o servicio digital, pudiendo el consumidor o usuario, mediante una simple declaración, exigir al empresario la subsanación de dicha falta de conformidad, la reducción del precio o la resolución del contrato. A lo anterior cabe añadir la facultad de desistimiento que se confiere al consumidor en los artículos 68 y ss. de la norma mencionada.

Sin perjuicio de lo expuesto, el carácter objetivo de la responsabilidad contractual no determina, la obligación automática de indemnizar los daños y perjuicios causados al consumidor. El artículo 116 TRLGDCU, se limita a establecer que, en todo caso, el consumidor o usuario tendrá derecho, de acuerdo con la legislación civil y mercantil, a ser indemnizado por los daños y perjuicios derivados de la falta de conformidad. A la vista del tenor literal de la ley, a nuestro juicio, la única interpretación posible es que el consumidor que, en su caso, ejercite una acción de resarcimiento frente al PSSI, habrá de estar a la aplicación de las

reglas generales de responsabilidad contractual (arts.1101 y ss. del Código Civil), debiendo invocar como fundamento jurídico de su pretensión la concurrencia de dolo o culpa, sin perjuicio de que, bien sea por aplicación del criterio general establecido en el TRLGDCU, o el de la mayor disponibilidad y facilidad probatoria previsto en el artículo 217.7 LEC, deba ser el empresario a quien corresponda probar que ha actuado como un ordenado comerciante en la prestación del servicio sin que quepa imputarle dolo o negligencia.

BIBLIOGRAFÍA

Aristóteles.: *Metafísica* (traducción de T. Calvo Martínez) Editorial Gredos, Madrid, Primera Edición, 335-322 a.C.

De Miguel Asensio P. A.: *Derecho Privado de Internet*, Editorial Cívitas, Madrid, 2001.

Díez Picazo, L. y Gullón, A.: *Sistema de Derecho Civil*, 6ª ed., vol. II, Tecnos, Madrid, 1992

García Solé, J.: "El contrato de emisión de tarjetas de crédito", en AA.VV.: *La contratación bancaria* (coord. E. Gadea Soler y A. Sequeira Martín), Dykinson, Madrid, 2007.

Garrido, A.: "Abstracción en programación", URL: https://ccia.ugr.es/~jfv/abstraccion.pdf.

Igoe, T., Coleman, D. y Jepson, B.: *Beginning NFC*, O'Reilly Media Inc, Sebastopol, California, 2014.

Joyanes Aguilar, L.: *Fundamentos de programación. Algoritmos, estructura de datos y objetos*, Mc Grau Hill, Madrid.

Lobato García Miján, M.: "Nombres de dominio y extensión del derecho de marca", *Revista jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*, nº 5, 2001, pp. 101-137.

Llaneza González, P.: *Econtratos. Modelos de contratos, cláusulas y condiciones generales comentadas*", Editorial Bosch, Barcelona, 2004.

Maldita.es.: "Qué es el software libre, por qué surgió, qué ventajas tiene y en qué se diferencia del código abierto", 18 de septiembre de 2021, URL: https://maldita.es/malditatecnologia/20211115/software-libre-surgio-ventajas-diferencias-codigo-abierto/.

Martí Lacalle, R.: "El embargo de saldo de la tarjeta de crédito", *RDBB*, nº 102, 2006, p. 159.

Martinicco, G.: "The interpretative rulings of the ECJ as a legal source in the EC Law", Sant'Anna Legal Studies, Stals Research Paper N. 2/2008, URL: https://www.stals.santannapisa.it/sites/default/files/stals_Martinico.pdf

Rodríguez-Izquierdo Serrano, M.: "La posición de las sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el Sistema constitucional de Fuentes", *UNED*, Teoría y Realidad Constitucional, nº 39, 2017, pp. 483-514.

Romeo Martínez-Cañavate, J.: "El contrato de emisión de tarjeta de crédito bancaria", *RGD*, nº 567, 1981, p. 10.100

Soares, L.: "Choosing a software library or framework", MEDIUM, *Codex*, 9 de abril de 2018, URL: https://medium.com/codex/choosing-a-software-library-or-framework-57cfa98f321b.

Stallman, R.: "Transcript of a speech that was given at New York University", in New York, NY, 29 de mayo de 2001, URL: https://www.gnu.org/philosophy/rms-nyu-2001-transcript.en.html.

Vicent Chuliá, F.: *Compendio crítico de derecho mercantil*, E. Bosch, Barcelona, 1986.

EVOLUCIÓN JURÍDICA Y EL IMPACTO DE LAS RECOMENDACIONES DE LA CIDH EN EL DERECHO INTERNACIONAL Y LOS DERECHOS HUMANOS

LEGAL EVOLUTION AND THE IMPACT OF THE IACHR RECOMMENDATIONS ON INTERNATIONAL LAW AND HUMAN RIGHTS

Rev. Boliv. de Derecho Nº 37, enero 2024, ISSN: 2070-8157, pp. 792-805

Fernando
CUELLAR
NÚÑEZ

ARTÍCULO RECIBIDO: 3 de noviembre de 2023
ARTÍCULO APROBADO: 4 de diciembre de 2023

RESUMEN: El artículo examina el impacto de las recomendaciones de la CIDH en el derecho internacional y los derechos humanos. Explora la evolución de su interpretación por parte de la Corte IDH, pasando de no vinculantes a moral y legalmente obligatorias. Destaca la importancia de estas recomendaciones en la promoción de los derechos humanos en el continente americano y aboga por su consideración consciente en la práctica jurídica internacional.

PALABRAS CLAVE: Recomendaciones CIDH; Corte IDH; Derecho Internacional; derechos humanos; control de convencionalidad.

ABSTRACT: *The article examines the impact of the I/A Court H.R. recommendations on international law and human rights. It explores the evolution of their interpretation by the Inter-American Court of Human Rights, shifting from non-binding to morally and legally obligatory. The article highlights the importance of these recommendations in promoting human rights in the Americas and advocates for their conscious consideration in international legal practice.*

KEY WORDS: *I/A Court Recommendations; Inter-American Court of Human Rights, International Law; human rights; conventionality control. Principio del formulario.*

SUMARIO.- I. INTRODUCCIÓN.- II. INFLUENCIA FILOSÓFICA EN EL CONSTITUCIONALISMO Y LA EVOLUCIÓN DEL VALOR JURÍDICO DE LAS RECOMENDACIONES DE LA CIDH.- 1. Interpretación Jurídica de la Corte IDH sobre las recomendaciones de la CIDH. 2. Obligatoriedad y ejecución de sentencias de la Corte IDH según la Convención Americana sobre Derechos Humanos.- 3. Cómo se entiende que deben ser ejecutados los fallos de la Corte IDH.- 4. Efectos de las sentencias de la Corte IDH en el marco de la Convención Americana de Derechos Humanos.- 5. La función de la Corte IDH en la supervisión y ejecución de sus fallos.- 6. Marco jurídico-legal en el que se hallan los fundamentos del ejercicio de esta función de supervisión por parte de la Corte IDH.- III. CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN.

Las recomendaciones de la CIDH representan un punto de encuentro entre el derecho internacional de los derechos humanos y la soberanía estatal. Los Estados, al ser parte de la Organización de los Estados Americanos (OEA) y al suscribir la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), se comprometen a considerar las recomendaciones de la CIDH, lo que a veces implica adaptar sus legislaciones y políticas nacionales para cumplir con los estándares internacionales de derechos humanos.

Las recomendaciones de la CIDH han influido en la reforma de leyes y políticas en varios Estados miembros. Por ejemplo, en casos de violaciones de derechos humanos, las recomendaciones de la CIDH han llevado a los Estados a revisar sus procedimientos judiciales y prácticas administrativas para asegurar la protección efectiva de los derechos humanos.

Existe una interacción dinámica entre las recomendaciones de la CIDH y las prácticas jurídicas nacionales. Por un lado, las recomendaciones se basan en un análisis de la jurisprudencia y las prácticas existentes en los Estados; por otro lado, una vez emitidas, pueden influir en la evolución de esa jurisprudencia y práctica.

Las recomendaciones de la CIDH contribuyen al desarrollo progresivo del derecho internacional de los derechos humanos. Al abordar situaciones específicas en los Estados miembros y al proporcionar orientaciones detalladas, la CIDH ayuda a precisar y expandir el entendimiento y la aplicación de los derechos humanos a nivel internacional.

Un desafío constante es la implementación efectiva de estas recomendaciones. Aunque su impacto es significativo, la variabilidad en la aceptación y aplicación por

• Fernando Cuellar Núñez
Abogado, Postulante a Doctor en Derecho con mención en Sistema Jurídico Plural de UAGRM. Correo electrónico: fernandocuellarn@gmail.com

parte de los Estados miembros sugiere la necesidad de estrategias más robustas para asegurar su cumplimiento efectivo.

En el vasto y complejo entramado del derecho internacional y los derechos humanos, las recomendaciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) ocupan un lugar preeminente. El análisis de su influencia y efecto jurídico en los sistemas legales de los Estados miembros ofrece una ventana hacia la comprensión de cómo las normativas y los principios de derechos humanos se entrelazan con la soberanía estatal y la práctica jurídica. Este artículo se sumerge en el análisis de la naturaleza jurídica de las recomendaciones de la CIDH, explorando su impacto y relevancia en el marco del derecho internacional de los derechos humanos.

En primer lugar, se aborda cómo las corrientes filosóficas a lo largo de la historia han moldeado el pensamiento constitucional, particularmente en los Estados Unidos. Desde San Agustín hasta Montesquieu, cada pensador ha dejado una huella indeleble en la concepción de la ley, la soberanía y la igualdad, cimentando los fundamentos de lo que eventualmente se materializaría en el constitucionalismo moderno.

Esta disertación traza un hilo conductor desde las primeras nociones de pacto social y la supremacía de la ley, pasando por la influencia del puritanismo inglés y el racionalismo francés, hasta llegar a la era contemporánea, donde la interacción entre las recomendaciones de organismos internacionales y la soberanía estatal presenta un desafío constante.

El foco central del artículo se dirige hacia la interpretación y el valor que se otorga a las recomendaciones de la CIDH en diversos contextos jurídicos. A través de un análisis crítico y detallado, se examina la evolución de la postura de la Corte IDH sobre estas recomendaciones, destacando el cambio de una percepción no vinculante a una consideración de obligatoriedad moral y legal bajo ciertas circunstancias. Este cambio refleja una tendencia creciente hacia la integración y el respeto de las normativas de derechos humanos en el ámbito internacional.

El artículo se enriquece con perspectivas doctrinales, ofreciendo un análisis profundo de opiniones y argumentos de renombrados juristas y académicos. Esta pluralidad de voces proporciona un entendimiento más amplio de la dinámica entre las recomendaciones de la CIDH y su implementación práctica por los Estados, resaltando la importancia de estos lineamientos en la interpretación y aplicación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Este estudio no solo busca clarificar el estatus jurídico de las recomendaciones de la CIDH, sino también subrayar su significado en la promoción y protección

efectiva de los derechos humanos en el continente americano. La investigación aboga por una consideración consciente y reflexiva de estas recomendaciones en la práctica jurídica, reconociendo su papel vital en la configuración de un marco jurídico justo y equitativo en la esfera internacional.

II. INFLUENCIA FILOSÓFICA EN EL CONSTITUCIONALISMO Y LA EVOLUCIÓN DEL VALOR JURÍDICO DE LAS RECOMENDACIONES DE LA CIDH.

El estudio de cómo las filosofías de diversas épocas han influido en el desarrollo del pensamiento constitucional en Estados Unidos es fascinante. Figuras históricas como San Agustín han dejado una huella profunda con sus conceptos de pacto social, supremacía de la ley y principio de igualdad, reflejados en el Fuero Juzgo y posteriormente en la Constitución de Estados Unidos.

Otro pilar importante en la historia del constitucionalismo es la Carta Magna de 1215, que limitó el poder monárquico y sentó las bases para la supremacía legal. Santo Tomás de Aquino introdujo ideas cruciales sobre la soberanía popular y la unidad política, fundamentales para el desarrollo posterior del pensamiento democrático y constitucional.

Durante los siglos XVII y XVIII, el puritanismo inglés y el racionalismo francés proporcionaron una base ideológica clave para el emergente constitucionalismo estadounidense. Estos movimientos filosóficos contribuyeron a un marco que aún hoy es relevante.

John Locke, destacado puritano inglés, aportó significativamente a la teoría política y constitucional en su "Ensayo sobre el gobierno civil". Locke desarrolló el concepto de pacto social, donde el pueblo delega poder al Estado, particularmente al legislativo, considerado supremo en su época. Su obra también introdujo la teoría de la separación de poderes, un pilar del constitucionalismo moderno, con un enfoque en la protección de la propiedad individual, entendida en un sentido amplio que incluye la vida y la libertad[1].

Montesquieu, en el siglo XVIII, añadió dos elementos cruciales a esta teoría: el principio de especialidad funcional, que asigna funciones específicas a cada órgano del Estado, y un sistema de equilibrio y control para evitar el abuso de poder.

Locke y Montesquieu coincidieron en la teoría de la separación de poderes y en el respeto por las libertades individuales y la soberanía popular. Sin embargo, es notable que ambos no consideraron al Poder Judicial dentro de esta teoría. Locke

1 Mora Méndez, J.A.: *El Control de Convencionalidad: Un replanteamiento de principios y fuentes de derechos*", Bogotá, Universidad Cooperativa de Colombia, 2019, p. 87.

no lo menciona, lo que ha llevado a críticas de su doctrina. Montesquieu, por su parte, no veía la función judicial como un poder políticamente independiente[2].

Para entender la conexión entre estos conceptos, Blanco Valdés señala que mientras en Europa se consideró la Constitución como un documento político, en América siempre se vio como un documento jurídico, lo que conlleva diferentes implicaciones y consecuencias para su vigencia[3].

Ante el silencio constitucional, surge el interrogante sobre el alcance de las recomendaciones. A continuación, se analizará la interpretación y el valor de las recomendaciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos según la Corte IDH.

La Corte IDH ha tenido una postura variable sobre este tema. Inicialmente, en casos como "Caballero Delgado y Santana" y "Genie Lacayo", se sostuvo que las recomendaciones no eran decisiones jurisdiccionales obligatorias. Sin embargo, en el caso "Loayza Tamayo", la Corte modificó su postura, argumentando que los Estados deben esforzarse por aplicar las recomendaciones de la Comisión, un órgano principal de la OEA encargado de promover y defender los derechos humanos[4].

La doctrina mayoritaria considera que las recomendaciones tienen un perfil obligatorio. Méndez argumenta que las decisiones de un Tribunal internacional deben ser imperativas si los Estados han cedido voluntariamente parte de su soberanía. Monterisi cita a Hitters y Fappiano, quienes sostienen que, aunque la Comisión no tiene naturaleza jurisdiccional, sus decisiones tienen un valor jurídico y moral importante[5].

Faúndez Ledezma afirma que las recomendaciones del art. 50 de la CADH son obligatorias y los Estados deben tomar acciones para cumplirlas. Bidart Campos y Albanese argumentan que son obligatorias en virtud de la regla pacta sunt servanda y el principio de buena fe en las relaciones internacionales[6].

Fix Zamudio ofrece una perspectiva intermedia, sugiriendo que las recomendaciones deberían tratarse seriamente y no ignorarse completamente, aunque no sean vinculantes en el sentido estricto. Bazán sostiene que son

2 Morello Augusto, M., Sosa Gualberto, L, Berizonces, R.: *Códigos procesales en lo civil y comercial de la provincia de Buenos Aires y de la Nación*, La Plata, Platense, 1993, p. 255.

3 Bianchi, Alberto B.: *"Orígenes históricos del derecho constitucional (Un estudio sobre la formación de la constitución inglesa)", RAP,* 2002, n° 289, p. 71.

4 Carnota, W., Marianello, P. : *Derecho Constitucional.* La Ley, Buenos Aires, 2008, p. 41.

5 Méndez López, J.: *El sistema interamericano*, Astrea, Buenos Aires, 2015, p. 35.

6 Faundez Ledezma, H.: *El sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos. San José de Costa Rica*, Astrea, Buenos Aires, 2005, p. 56.

vinculantes debido a la función de la Comisión en la tutela efectiva de los derechos humanos[7].

Las recomendaciones son vinculantes en base a la obligación internacional de los Estados de respetar y garantizar los derechos fundamentales. La propia CADH les atribuye carácter obligatorio en su art. 51.

Las recomendaciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos tienen implicaciones significativas en la práctica jurídica y en la protección de los derechos humanos, con un debate en curso sobre su carácter vinculante y su aplicación práctica.

1. Interpretación jurídica de la Corte IDH sobre las recomendaciones de la CIDH.

La posición de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) en relación con las recomendaciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) ha experimentado una evolución significativa a lo largo del tiempo. En las etapas iniciales, como se observa en casos como "Caballero Delgado y Santana vs. Colombia (1995)" y "Genie Lacayo vs. Nicaragua (1997)", la Corte interpretó el término "recomendación" en su acepción más literal, basándose en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, art. 31.1. En estos casos, la Corte sostuvo que las recomendaciones no poseen la obligatoriedad de una decisión jurisdiccional, cuyo incumplimiento podría acarrear responsabilidades estatales. Se entendió que los Estados no tenían la intención de conferir a las recomendaciones un carácter diferente al especificado en el art. 31.4 de la Convención, y por tanto, no incurrirían en responsabilidad internacional por no acatarlas.

Sin embargo, esta postura evolucionó notablemente en casos posteriores, especialmente a partir del caso "Loayza Tamayo". En este contexto, la Corte IDH adoptó una interpretación que considera el principio de buena fe, consagrado en el art. 31.1 de la Convención de Viena. Según esta perspectiva, si un Estado suscribe y ratifica un tratado internacional, particularmente en el ámbito de los derechos humanos, está implícitamente comprometido a realizar sus mejores esfuerzos para aplicar las recomendaciones emitidas por un órgano de protección de derechos humanos como la CIDH, que además es uno de los órganos principales de la Organización de los Estados Americanos (OEA), con la misión de promover y defender los derechos humanos en el continente (Carta de la OEA, arts. 52 y 111).

7 Fix Zamudio, H.: *La responsabilidad del Estado en el contexto del Sistema Interamericano de la Protección de los Derechos Humanos,* Ediar, Buenos Aires, 2018, p. 63.

El art. 33 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) establece que tanto la Comisión como la Corte IDH son órganos competentes para revisar el cumplimiento de los compromisos asumidos por los Estados miembros. Por lo tanto, al ratificar la CADH, los Estados se comprometen a atender las recomendaciones aprobadas por la Comisión en sus informes.

2. Obligatoriedad y ejecución de sentencias de la Corte IDH según la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

La Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) establece claramente en su art. 68.1 la obligatoriedad de las sentencias emitidas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH). Según esta disposición, los Estados que son parte de la CADH deben cumplir con las decisiones de la Corte en todos los casos en los que estén implicados. Además, el art. 69 de la CADH indica que estas sentencias no solo se notificarán a las partes involucradas en el caso, sino que también se comunicarán a todos los Estados parte de la Convención. Este mandato se fundamenta en el principio de protección internacional colectiva, bajo el cual todos los Estados parte de la Convención Americana están comprometidos, ya que las sentencias de la Corte proporcionan interpretaciones autorizadas de la Convención y, por ende, se integran a ella.

Ayala Corao subraya que las sentencias de la Corte IDH son de cumplimiento obligatorio para los Estados parte, además de ser definitivas e inapelables, conforme a lo estipulado en los arts. 67 y 68.1 de la CADH. Estas sentencias deben ejecutarse directamente dentro del Estado concernido, sin necesidad de un procedimiento de validación o exequatur en el derecho interno. Sin embargo, es importante considerar lo que establece el art. 63.1 de la CADH, que especifica que la parte del fallo que ordene una indemnización compensatoria puede ejecutarse en el país respectivo utilizando el procedimiento interno vigente para la ejecución de sentencias en contra del Estado[8].

3. Cómo se entiende que deben ser ejecutados los fallos de la Corte IDH.

La ejecución de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) se fundamenta en el derecho a una tutela judicial efectiva frente a violaciones de derechos humanos cometidas por los Estados parte de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH). Según el art. 25 de la CADH, este derecho implica que toda persona tiene derecho a un recurso sencillo, rápido y efectivo ante jueces o tribunales competentes para ampararla contra actos que violen sus derechos reconocidos por la Convención. Esencialmente, para que la tutela sea efectiva, es imperativo que los Estados

8 Ayala Corao, C.: *La ejecución de sentencias de la Corte Interamericana, Ad Hoc,* Buenos Aires, 2007, pp. 84-98.

parte se comprometan a garantizar el cumplimiento de toda decisión que declare procedente dicho recurso. En otras palabras, una decisión no puede considerarse efectiva si, ante la resistencia del país obligado a cumplirla, resulta ser inejecutable.

En relación con este punto, Ayala Corao advierte que las sentencias de la Corte IDH son de cumplimiento obligatorio por los Estados parte, además de ser definitivas e inapelables según los arts. 67 y 68.1 de la CADH. Estas sentencias deben ejecutarse directamente dentro del Estado concernido, sin necesidad de un procedimiento de validación o exequatur en el derecho interno. Sin embargo, según el art. 63.1 de la CADH, si el fallo implica una indemnización compensatoria, su ejecución puede realizarse en el respectivo país mediante el procedimiento interno vigente para la ejecución de sentencias contra el Estado[9].

De acuerdo con los arts. 62.3 y 68 del Pacto de San José de Costa Rica, así como con la jurisprudencia de la Corte IDH, las decisiones de este tribunal son obligatorias no solo en su parte resolutiva para el caso específico, sino que también sus fundamentos son extensivos a todos los poderes del Estado, aplicables a una variedad de casos especiales. Hitters destaca que la obligación de los Estados de acatar las sentencias de la Corte IDH se basa en el principio de buena fe, preexistente al origen mismo de la Corte y de la Convención que lo establece.

La Corte IDH, conforme al art. 27 de la Convención de Viena sobre los Tratados de 1969, ha manifestado que los Estados no pueden evadir su responsabilidad internacional alegando razones de orden interno. Esto implica que la normativa interna de cada Estado, incluyendo su Constitución, no puede contraponerse a las responsabilidades internacionales que tiene el Estado.

En el contexto de los Estados federales, la ejecución de los fallos de la Corte IDH debe considerar los arts. 1.1°, 2°, 28° y 68.1° de la CADH. El art. 28 establece como deber fundamental de los países, ya sean unitarios o federales, el respeto de los derechos y garantías emanados de la CADH. El art. 1.1 estipula el compromiso de los Estados parte de respetar y garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos y garantías reconocidos en la Convención a todas las personas bajo su jurisdicción. Además, el art. 2° establece que, si un Estado carece de medidas legislativas u otras para efectivizar el ejercicio de los derechos y garantías reconocidos en la Convención, se compromete a adoptar las medidas necesarias al respecto.

Una interpretación integral de estos preceptos jurídicos revela que, en un régimen federal, los habitantes de los Estados autónomos también están sujetos a la CADH, a sus organismos y a las decisiones que estos emitan.

9 Ayala Corao, C.: *La ejecución de sentencias,* cit., pp. 84-98.

Cualquier incumplimiento del Pacto por parte de estos Estados puede generar responsabilidad internacional para el Estado nacional.

4. Efectos de las sentencias de la Corte IDH en el marco de la Convención Americana de Derechos Humanos.

En su competencia contenciosa, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) distingue cuatro tipos de procedimientos: excepciones preliminares, fondo del caso, reparaciones y la interpretación de sentencias. En este análisis, nos centraremos en las sentencias de fondo y las relativas a reparaciones, en línea con la temática central de este estudio.

Las sentencias de fondo de la Corte IDH, en casos concretos, generan efectos correlativos al control de convencionalidad ejercido por los órganos supranacionales, dependiendo de si el Estado ha sido parte del proceso. Los efectos se dividen entre los que impactan directamente a las partes involucradas - el Estado demandado y condenado, las víctimas y la Comisión IDH - y los efectos generales o erga omnes. Las sentencias tienen carácter definitivo e inapelable según el art. 67 de la CADH, adquiriendo así la calidad de res iudicata y obligando al cumplimiento por el Estado condenado, según el art. 68.1 de la CADH. Si la Corte encuentra que un Estado ha violado algún derecho establecido en la Convención, lo declarará y ordenará al Estado reparar el daño ocasionado.

Además, la Corte puede ordenar reparaciones a través de indemnizaciones a las víctimas, entre otras medidas. Estas sentencias tienen un carácter doble, siendo declarativas de las violaciones cometidas y condenatorias, obligando al Estado a reparar el daño.

En cuanto a los efectos generales, las sentencias de la Corte IDH pueden influir indirectamente en todos los Estados parte de la CADH y en otras víctimas no involucradas en el caso. Estas sentencias pueden tener un efecto radiactivo y expansivo, posiblemente implicando responsabilidad internacional para otros Estados que infrinjan derechos similares.

Ayala Corao enfatiza que las decisiones de la Corte IDH son interpretaciones auténticas de la CADH y deben ser consideradas en cualquier aplicación futura de la Convención. El art. 69 de la CADH asegura que todas las sentencias sean notificadas a las partes y comunicadas a todos los Estados miembros, promoviendo una interpretación y aplicación uniforme de la Convención.

Las sentencias de la Corte IDH también cumplen una función unificadora de la jurisprudencia regional, similar a la del tribunal del Tratado de Roma, según Hitters. Esto contribuye a la homogeneización en la interpretación de la CADH,

definiendo el control de convencionalidad como un mecanismo de integración entre el derecho interno y el interamericano.

Por último, las sentencias relativas a reparaciones se dividen en específicas y generales. Las específicas se orientan a cumplir con el objetivo de reparar a la víctima y sus familiares, mientras que las generales se extienden más allá, impactando a toda la sociedad, como modificar leyes internas o adoptar estándares internacionales en determinados sectores.

5. La función de la Corte IDH en la supervisión y ejecución de Sus Fallos.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) cumple una función crucial no solo al sancionar a los Estados parte por violar obligaciones internacionales en materia de derechos humanos, sino también al supervisar la ejecución de sus fallos. Desde 2002, la Corte IDH actúa como juez de la ejecución de sus propias sentencias, asegurando que los Estados acaten sus decisiones.

Según Ayala Corao, antes de asumir este rol de supervisión activa, la Corte IDH se apoyaba en comunicaciones enviadas a los Estados y otras partes, así como en informes anuales presentados a la Asamblea General de la OEA y otros entes, para el seguimiento del cumplimiento de sus decisiones. Sin embargo, con el cambio en 2002, la Corte IDH intensificó su labor en este ámbito[10].

Es importante destacar que entre 2003 y septiembre de 2006, la Corte IDH emitió sesenta y cuatro resoluciones relacionadas con la supervisión del cumplimiento de sus sentencias. Esta cifra ha aumentado a setenta y una, según los últimos datos disponibles en el sitio oficial de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Estas resoluciones demuestran el compromiso activo de la Corte en garantizar que los Estados parte respeten y apliquen efectivamente sus fallos, reafirmando así su papel fundamental en la protección de los derechos humanos en el hemisferio americano.

6. Marco jurídico-legal en el que se hallan los fundamentos del ejercicio de esta función de supervisión por parte de la Corte IDH.

Los fundamentos que respaldan el proceder de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) son los siguientes:

a) La Corte IDH ejerce su jurisdicción como un órgano de protección internacional de los derechos humanos en virtud de lo establecido en el art. 33 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH).

10 Ayala Corao, C.: *La ejecución de sentencias*, cit., p. 84-98.

b) La Corte IDH tiene competencia obligatoria y automática sobre todos los casos relacionados con la interpretación o aplicación de la Convención Americana, de acuerdo con el art. 62.1 de la CADH.

c) La Corte IDH tiene la competencia para conocer cualquier caso relacionado con la interpretación y aplicación de las disposiciones de la Convención Americana, como se establece en el art. 62.3 de la CADH.

d) La Corte IDH tiene la facultad y la obligación de presentar un informe anual a la Asamblea General de la OEA sobre su labor del año anterior, haciendo hincapié en los casos en los que un Estado no haya cumplido con sus fallos, y formulando las recomendaciones pertinentes, conforme al art. 65 de la CADH.

e) Los fallos de la Corte IDH tienen carácter definitivo e inapelable, según lo establecido en el art. 67 de la CADH.

f) Los Estados parte de la Convención Americana tienen la obligación de cumplir las decisiones de la Corte IDH en todos los casos en los que sean parte, y las víctimas tienen el derecho de ejecutar la parte del fallo que disponga indemnización compensatoria a su favor a través de los procedimientos internos existentes para la ejecución de sentencias contra el Estado, de acuerdo con el art. 68.1 de la CADH.

g) Además de las fuentes legales mencionadas anteriormente, el proceder de la Corte IDH se basa en el art. 69 de su reglamento actual.

III. CONCLUSIONES.

En la elaboración de este artículo, se llegaron a conclusiones y hallazgos significativos respecto a la influencia y el impacto jurídico de las recomendaciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), dentro del ámbito del derecho internacional y los derechos humanos. Los hallazgos indican que las corrientes filosóficas históricas han tenido un impacto considerable en el desarrollo del pensamiento constitucional, especialmente en los Estados Unidos. Pensadores como San Agustín, Montesquieu y John Locke han dejado una marca indeleble en la formación de conceptos fundamentales como el pacto social, la supremacía de la ley y la separación de poderes, estableciendo así las bases del constitucionalismo moderno.

Se encontró que la interpretación de las recomendaciones de la CIDH por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) ha evolucionado significativamente. Inicialmente, estas recomendaciones no se consideraban

vinculantes, pero con el tiempo, la Corte IDH ha empezado a reconocer su relevancia como parte del compromiso de los Estados con los derechos humanos.

El estudio concluye que las sentencias de la Corte IDH son obligatorias para los Estados partes según la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH). Estas decisiones son definitivas e inapelables y deben ser cumplidas por los Estados implicados.

Se destacó la importancia de una ejecución efectiva de las sentencias de la Corte IDH como parte esencial de la tutela judicial efectiva. Los Estados partes deben asegurar el cumplimiento de estas decisiones para garantizar la protección de los derechos humanos.

Se reveló que la Corte IDH tiene un rol crucial tanto en la emisión de sentencias como en la supervisión de su ejecución. Desde 2002, la Corte ha reforzado su función supervisora para asegurar el acatamiento de sus fallos por parte de los Estados.

Se identificaron las bases legales que sustentan la labor supervisora de la Corte IDH, subrayando su competencia obligatoria y automática sobre casos relacionados con la interpretación o aplicación de la CADH.

Las recomendaciones de la CIDH tienen como objetivo principal promover el respeto y la protección de los derechos humanos en el continente americano. A través de ellas, la Comisión busca orientar a los Estados en la mejora de sus políticas y prácticas en materia de derechos humanos.

Las recomendaciones de la CIDH han influido significativamente en la jurisprudencia de la Corte IDH. La Corte, al interpretar y aplicar la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), ha integrado estas recomendaciones en sus decisiones, otorgándoles así una mayor relevancia jurídica.

La CIDH y la Corte IDH trabajan en conjunto para asegurar que los Estados implementen efectivamente las recomendaciones y las sentencias. Esta labor supervisora es clave para garantizar que los compromisos en materia de derechos humanos se traduzcan en acciones concretas y mejoras palpables en la protección de los derechos humanos en el continente.

BIBLIOGRAFÍA

Ayala Corao, C.: *La ejecución de sentencias de la Corte Interamericana, Ad Hoc,* Buenos Aires, 2007.

Bianchi, Alberto B.: "Orígenes históricos del derecho constitucional (Un estudio sobre la formación de la constitución inglesa)", *RAP,* 2002, nº 289, p. 71.

Carnota, W., Marianiello, P.: *Derecho Constitucional.* La Ley, Buenos Aires, 2008.

Faundez Ledezma, H.: *El sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos. San José de Costa Rica*, Astrea, Buenos Aires, 2005.

Fix Zamudio, H.: *La responsabilidad del Estado en el contexto del Sistema Interamericano de la Protección de los Derechos Humanos,* Ediar, Buenos Aires, 2018.

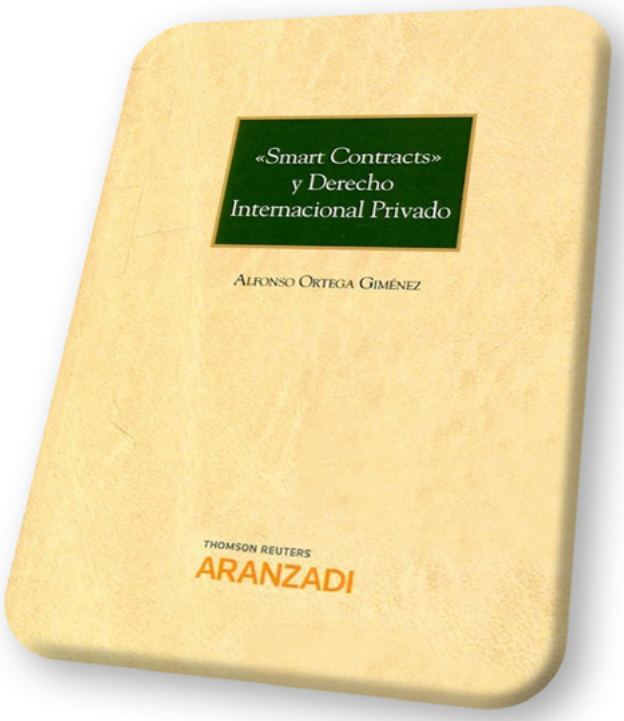
Méndez López, J.: *El sistema interamericano*, Astrea, Buenos Aires, 2015.

Mora Méndez, J. A.: *El Control de Convencionalidad: un replanteamiento de principios y fuentes de derechos*, Bogotá, Universidad Cooperativa de Colombia, 2019, p. 87.

Morello Augusto M., Sosa Gualberto, L., Berizonce, R.: *Códigos procesales en lo civil y comercial de la provincia de Buenos Aires y de la Nación*, La Plata, Platense, 1993.

RECENSIONES

ORTEGA GIMENEZ, A.: *Smart contracts and private international law,* Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Pamplona), 2022, pp. 80.



"Smart contracts and private international law" se configura como la primera obra en la rama de Derecho internacional privado que se encarga de abordar de forma genérica y global un tema de relevante complejidad e indiscutible actualidad, como son los Smart contracts.

Los contratos inteligentes, han revolucionado los aspectos más esenciales de la contratación -internacional o no- al introducir un enfoque automatizado y descentralizado para la ejecución de acuerdos. Estos contratos, basados en tecnologías blockchain, eliminan la necesidad de intermediarios al ejecutarse automáticamente cuando se cumplen las condiciones preestablecidas, brindando transparencia y eficiencia. Además, al estar respaldados por la seguridad criptográfica de la cadena de bloques, ofrecen un nivel adicional de confianza en comparación con los métodos tradicionales. Esta innovación ha transformado la forma en que se abordan los contratos, acelerando los procesos, reduciendo costos y brindando una mayor seguridad y confiabilidad en las transacciones comerciales y legales.

Por lo que se refiere a la disposición de la obra, el Prof. Ortega Giménez ha dibujado con arte una estructura lógica que permite, tanto a los iniciados como a los no iniciados en la materia, adquirir una visión transversal de la relación existente entre los Smart contracts y el Derecho, pero más particularmente sobre las raíces que este nuevo tipo de contratación hunde en el Derecho internacional privado.

En el primer capítulo de la obra, dedicado a una breve introducción, se hace una aproximación a los Smart contracts en la que se detalla no solo su importancia, sino también el crecimiento exponencial de los mismos en el comercio internacional, del que se beneficia igualmente el comercio minorista. Además, el autor pone de relieve dos aspectos fundamentales para comprender la obra: 1) el papel esencial que la tecnología juega en este escenario; y 2) el exponencial crecimiento de esta tecnología a la hora de contratar y la tendencia imparable de utilización de Smart contracts en el futuro. En última instancia, la introducción finaliza con la configuración del contenido y distribución de la obra que se verán a continuación.

El segundo capítulo comprende la evolución, el origen, el concepto y las características esenciales de los Smart contracts. Sobre la evolución, el Prof. Ortega, recuerda que cuando se piensa en un contrato, aún se tiene la concepción de ese papel o documento en el que se recogen una serie de acuerdos en forma de cláusulas y las partes implicadas firman al final del mismo. Hoy, aunque este tipo de contratación sigue usándose, son cada vez más los contratos que se ejecutan automáticamente. Sobre el origen de los Smart contracts el autor nos traslada a mediados de los años 90 para hablarnos de Nick Szabo quien acuñó el término de Smart Contracts y de David Chaum quien ya sugirió la utilización de protocolos criptográficos para dotar de seguridad a estos contratos. Igualmente, en este itinerario bien diseñado, se da a conocer la historia de Bitcoin, Ethereum, Solidity o el nacimiento del Blockchain. Por lo que respecta al concepto y su caracterización, solo un dominio solvente e íntegro de la materia podría dar varias definiciones correctas y siguiendo un mismo hilo conductor. De este modo, el autor nos sirve en bandeja de plata la compresión de qué son los Smart contracts, cuáles son sus ventajas e inconvenientes y cómo funcionan y se aplican en el mercado global. Ciertamente, la visión y propuesta del Prof. Ortega sobre la aplicación de los Smart contracts va más allá del ámbito puramente jurídico y se despliega sobre servicios financieros (préstamos, seguros, liquidaciones cupones, etc.), sistemas de salud (acceso a datos médicos, baremaciones, registros médicos, automatización de tareas, etc.), propiedad intelectual, servicios de energía, procesos públicos (elecciones, adquisiciones de propiedad, etc.). Dicha amplitud de miras, que traspasa lo jurídico, resulta, cuando menos, envidiable.

El tercer capítulo abarca la naturaleza legal de los contratos y la estructura legal de los mismos. Este parte de la obra se enfoca desde una perspectiva más civilista

centrando el análisis en los elementos típicos del contrato solo que poniendo el énfasis en la novedad, esto es: los contratos electrónicos. Así, con un lenguaje cuidado y cercano, el Prof. Ortega ofrece un paseo didáctico para conocer la validez y eficacia de los contratos electrónicos y los elementos esenciales de los mismos, prestando especial atención al consentimiento y al objeto. Igualmente, se dedican íntegramente varios apartados de este capítulo al perfeccionamiento del contrato, al derecho de desistimiento y a las obligaciones que se proyectan tras el acuerdo. El autor pone el broche final al capítulo con una recopilación de los instrumentos jurídicos básicos que contienen completa o parcialmente regulación de los Smart contracts.

El cuarto capítulo de la obra, quizá el mas interesante para los autores *iusinternacionalprivatistas,* examina dos de los tres sectores clásicos de Derecho internacional privado, a saber, la competencia judicial internacional y la ley aplicable. Aunque el dominio demostrado en el tercer capítulo sobre los aspectos puramente civiles de los Smart contracts pudiera hacer dudar al lector sobre en qué materia es especialista el autor, la parte final de la obra evidencia que el Prof. Ortega es un experto en una de las materias más complejas del Derecho: el Derecho internacional privado. En cuanto a la competencia judicial internacional, el Reglamento Bruselas I bis es el instrumento jurídico aplicable lo que supone el respeto de la estructura jerárquica de foros. Así, en primer lugar, se analiza tanto la sumisión expresa como la sumisión tácita. En segundo lugar, son objeto de examen igualmente el foro del domicilio del demandado y el foro de competencias especiales recogidos en los artículos 4 y 7 respectivamente del Reglamento Bruselas I bis. Asimismo, la cuestión de los consumidores es estudiada en el Reglamento Bruselas I bis (artículos 17 a 19) y en el Convenio de Lugano (artículos 15 a 17).

Por lo que se refiere a la determinación de la ley aplicable, el instrumento aplicable es el Reglamento Roma I. En este instrumento jurídico existe la posibilidad de que la ley aplicable se determine, bien porque las partes hayan escogido válidamente una ley aplicable al contrato según lo dispuesto en el artículo 3, bien porque las partes no hayan hecho elección y deban ser utilizados los puntos de conexión del artículo 4 del Reglamento. Salvo que se trate de consumidores, en tal caso se utilizará el artículo 6 dedicado en exclusiva a esta materia.

Breve pero intensa, solvente y sencilla, y acertada y rigurosa son adjetivos que si se conjugan entre sí definen a la perfección "Smart contracts and private international law". Todo aquel que desee tener un primer acercamiento, no solo a la relación existente entre el Derecho internacional privado y los contratos electrónicos, sino a los Smart contracts en general, queda fuera de toda duda que esta obra es la mejor opción con la que cuenta. Este tipo de producción científica

siempre constituye un motivo de agradecimiento. En este caso al Prof. Ortega por acercar una materia compleja a un lenguaje sencillo e inteligible.

Pablo M. Melgarejo Cordón
Predoctoral Contratado de la Universidad de Granada